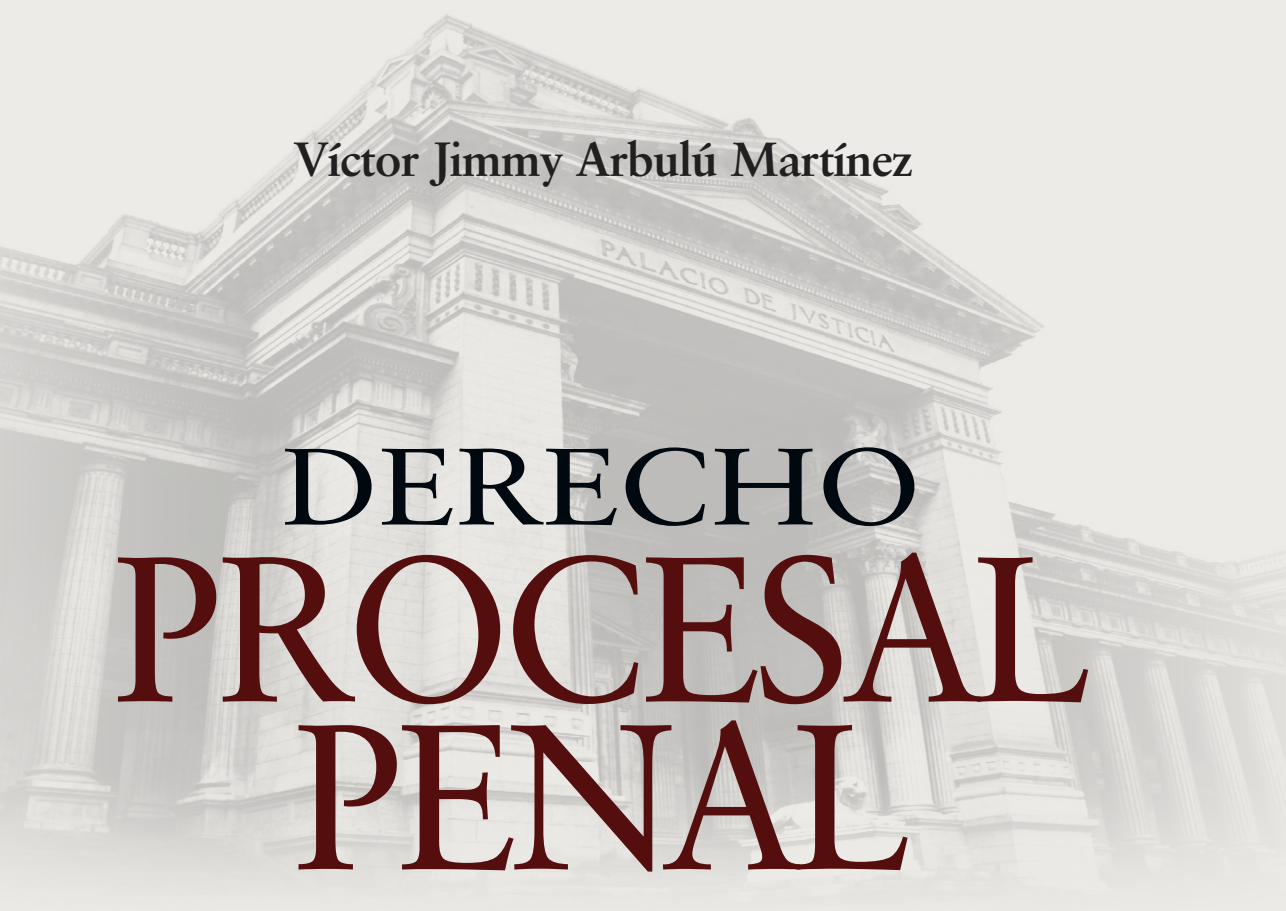
Víctor Jimmy Arbulú Martínez



DERECHO PROCESAL PENAL

Un enfoque doctrinario y jurisprudencial

TOMO II

GACETA JURIDICA

DERECHO PROCESAL PENAL.
UN ENFOQUE DOCTRINARIO Y JURISPRUDENCIAL

Víctor Jimmy Arbulú Martínez

DERECHO PROCESAL PENAL

Un enfoque doctrinario y jurisprudencial

TOMO II

GACETA JURIDICA
AV. ANGAMOS OESTE 526 - MIRAFLORES
☎ (01) 710-8900 / TELEFAX: (01) 241-2323
www.gacetajuridica.com.pe

GACETA
PENAL
& procesal penal

**DERECHO PROCESAL PENAL.
UN ENFOQUE DOCTRINARIO Y
JURISPRUDENCIAL**

TOMO II

PRIMERA EDICIÓN
MAYO 2015

6,140 ejemplares

© Víctor Jimmy Arbulú Martínez

© Gaceta Jurídica S.A.

PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN
TOTAL O PARCIAL

DERECHOS RESERVADOS

D.LEG. N° 822

HECHO EL DEPÓSITO LEGAL EN LA
BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ
2015-05908

LEY Nº 26905 / D.S. Nº 017-98-ED

ISBN OBRA COMPLETA: 978-612-311-249-3

ISBN TOMO II: 978-612-311-251-6

REGISTRO DE PROYECTO EDITORIAL
31501221500512

DIAGRAMACIÓN DE CARÁTULA
Martha Hidalgo Rivero

DIAGRAMACIÓN DE INTERIORES
Gabriela Córdova Torres

GACETA JURÍDICA S.A.

ANGAMOS OESTE 526-MIRAFLORES
LIMA 18-PERÚ
CENTRAL TELEFÓNICA: (01)710-8900
FAX: 241-2323
E-mail: ventas@gacetajuridica.com.pe

Impreso en:
Imprenta Editorial El Búho E.I.R.L.
San Alberto 201-Surquillo
Lima 34-Perú

PARTE V

LA PRUEBA

Capítulo I
Nociones generales sobre la prueba

La prueba es un instrumento sustancial dentro de un proceso penal, en el que las partes, en el juicio oral y contradictorio, enfrentan hipótesis fácticas con calificaciones jurídicas, sujetas a verificación y que constituyen elementos de sus teorías del caso. Los procedimientos legales para acreditar los hechos son los medios de prueba.

Qué cosa es prueba, se interrogaba Jeremías Bentham, y contestaba que en el sentido más lato que puede darse a esa palabra, se entiende por prueba un hecho que se da por supuesto como verdadero y que se considera como debiendo servir de motivo de credibilidad acerca de la existencia o no existencia de un hecho(1).

Maier considera que la prueba es todo aquello que en el procedimiento, representa el esfuerzo por incorporar los rastros o señales que conducen al conocimiento cierto o probable de su objeto(2). Estos rastros o señales son los hechos del proceso que permitirán probar o no responsabilidad penal.

Levene ve a la prueba como "el conjunto de actividades destinadas a obtener el cercioramiento judicial acerca de los elementos indispensables para la decisión del litigio sometido a proceso"(3). Aquí se conceptúa la prueba en cuanto a su finalidad, esto es, que el juez decida sobre la controversia sometida a su conocimiento. Aquí tiene sentido la definición de probar que, según Roxin, significa convencer al juez sobre la certeza de la existencia de un hecho(4) y la Prueba es todo aquello que puede servir al descubrimiento de la verdad acerca de los hechos que en el proceso son investigados y respecto de los cuales se pretende actuar la ley sustantiva(5).

(1) BENTHAM, Jeremías. *Tratado de las Pruebas Judiciales*, elaborado de sus manuscritos por Esteban Dumont. Traducido por José Gómez de Castro, Imprenta de don Gómez Jordán, Madrid, 1835, p. 23.
(2) MAIER Julio. Ob. cit., Tomo I, p. 860.
(3) LEVENE, Ricardo. Ob. cit., Tomo II, p. 565.
(4) ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Editores del Puerto. Buenos Aires, 2000, p. 185.
(5) CAFFERATA NORES, José. *La prueba en el proceso penal*. 4ª edición, Depalma, Buenos Aires, 2000, p. 4.

El procesalista Caferatta Nores señala que la prueba, históricamente, tuvo dos momentos definidos. El primero, que ponía a cargo de la divinidad el señalamiento del culpable y los tribunales se limitaban a practicar los actos para que esa verdad se manifestara el Juicio de Dios, ordalías. En el segundo momento se impuso la obligación a los jueces a formarse por sí mismos del convencimiento de la culpabilidad del acusado mediante la utilización de su capacidad intelectual. En este momento aparece la prueba(6). La primera dejaba a elementos externos para que se establezca responsabilidad, que pasó en los casos más graves vinculados, por ejemplo, a asuntos de fe, al uso de la tortura. Recordemos que el Tribunal del Santo Oficio tenía facultades, incluso, de ejecutar a un imputado. Como telón de fondo, el irracionalismo imperante. En el segundo, aparecen criterios de valoración basados en el raciocinio que es la que predomina hasta ahora.

En el sistema del *Common Law*, a la prueba como medio se le aplica la denominación de *evidence* y el resultado es singularizado con el vocablo *proof*. La actividad probatoria o recepción de la prueba para nosotros, se vincula con el término *litigation*, que designa el procedimiento formal al que debe sujetarse una acción judicial(7). En esta aproximación a los conceptos del Common Law, se puede admitir que la prueba judicial se presenta como todo aquello que permite acreditar o desacreditar la existencia de un hecho alegado en una causa. *Evidence* es lo que tiende a probar o refutar la existencia de un hecho alegado y que cuando se presenta a la mente, está destinada a producir una persuasión (afirmativa o negativa) acerca de la existencia de alguna otra cuestión de hecho"(8).

En el proceso penal se prueban hechos; por eso, para Palacio no existen, en materia penal, las denominadas causas **de puro derecho** con el alcance que a esta modalidad se asigna en el proceso civil, porque no se les permite a las partes la disposición del objeto procesal y además no son vinculantes para el órgano judicial la admisión de los hechos formulada por el imputado. Resulta imprescindible el cumplimiento de una actividad destinada a comprobar la realidad de esos hechos y de las circunstancias que los rodearon y en esa actividad consiste la prueba(9).

(6) Ibídem, p. 4.
(7) MENESES PACHECO, Claudio. "Fuentes de prueba y medios de prueba en el proceso civil". En: Rev. *Just Et Praxis*. Vol. 14, Número 2, Universidad de Talca, Chile, 2008, p. 4.
(8) Ídem.
(9) ENRIQUE PALACIO, Lino. *La prueba en el proceso penal*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, p. 11.

En una definición más genérica e instrumental, se considera a la prueba penal como el conjunto de actos procesales cumplidos con el auxilio de los medios previstos o implícitamente autorizados por la ley, y encaminados a generar la convicción judicial acerca de la existencia o inexistencia, la veracidad o la falsedad, de los hechos sobre los cuales versa la imputación[10], esto es, de las proposiciones fácticas que sustentan los cargos contra el imputado.

I. Principios que rigen la prueba penal

El CPPMI propone los siguientes principios generales que orientan la prueba penal dentro de un debido proceso:

> "**Objetividad, investigación judicial autónoma**. Salvo que la ley penal disponga lo contrario, el ministerio público y los tribunales tienen el deber de procurar por sí la averiguación de la verdad mediante los medios de prueba permitidos (…)" (art. 147).

Aquí está el quid del problema para marchar a un sistema acusatorio puro. Si bien se reconoce que la labor principal de indagación le corresponde al Ministerio Público, esto implica que los jueces no deben hacer nada. Estimamos que no, los jueces desde otro ámbito buscan arribar al convencimiento o verdad desde la perspectiva de fallo, luego que ha recibido todos los insumos de las partes.

Puede darse un vacío en esa averiguación de la verdad, de allí que el CPPMI recomiende que durante el juicio, los tribunales solo podrán proceder de oficio a la incorporación de prueba no ofrecida por los intervinientes en las oportunidades y bajo las condiciones que fijan los arts. 285[11], 289[12], 316[13], 317[14] y 320[15]. El CPPMI plantea varias posibilidades que han sido recogidas por los sistemas procesales, pero nosotros nos asimilamos a la posición excepcional, y bajo supuestos muy precisos establecidos en el NCPP.

(10) Ídem. p.12.
(11) **285. Anticipo de prueba.** El presidente del tribunal podrá ordenar, de oficio o a pedido de alguno de los intervinientes, con noticia a todos ellos, una investigación suplementaria a fin de re3cibir declaración a los órganos de prueba que, por algún obstáculo difícil de superar, se presuma que no podrán concurrir al debate, adelantar las operaciones periciales necesarias para informar en él, o llevar a cabo los actos probatorios que fuera dificultoso cumplir en la audiencia o que no admitieren dilación.
(12) **289. Prueba de oficio.** En la decisión, el tribunal ordenará, de oficio, la recepción de prueba pertinente y útil que considere conveniente, siempre que su fuente resida en las actuaciones ya practicadas.
(13) Inspección o reconstrucción de oficio.
(14) Nuevas pruebas de oficio.
(15) Luego de reapertura del debate en sentencia.

El CPPMI establece como sistema de valoración de la prueba, el de libertad de la prueba. Señala que salvo previsión expresa en contrario de la ley, se podrá probar todos los hechos y circunstancias de interés para la correcta solución del caso y por cualquier medio de prueba permitido. Fija los límites cuando se trate de aquellas relativas al estado civil de las personas. El Código Procesal chileno sigue esta orientación cuando en su artículo 295 dice que todos los hechos y circunstancias pertinentes para la adecuada solución del caso sometido a enjuiciamiento podrán ser probados por cualquier medio producido e incorporado en conformidad a la ley. En general los sistemas procesales modernos han admitido una especie de números apertus en cuanto a los medios de prueba, pero limitado por garantías y principios.

La regla de pertinencia implica que el medio de prueba, para ser admitido, debe referirse, directa o indirectamente, al objeto de la averiguación y ser útil para el descubrimiento de la verdad. En cuanto al aspecto cuantitativo de los medios de prueba, recomienda que estos sean en número razonable para demostrar un hecho o una circunstancia, debiendo el tribunal limitar la admisión.

Con relación a prueba prohibida establece claramente que son inadmisibles, los elementos de prueba obtenidos por tortura, la indebida intromisión en la intimidad del domicilio, la correspondencia, las comunicaciones, los papeles y los archivos privados. Nosotros le denominamos a esto la constitucionalidad de la prueba, que trasciende la mera legalidad.

Si se postula un hecho como notorio, el tribunal, con el acuerdo de todos los intervinientes, puede prescindir de la prueba ofrecida para demostrarlo, declarándolo comprobado. El tribunal puede, de oficio, provocar el acuerdo. Esto ha sido recogido por el NCPP en los acuerdos sobre prueba de hechos, siempre bajo control judicial, para evitar concentrar un debate en hechos en los que las partes están de acuerdo que sucedieron, logrando de esta manera racionalizar el contradictorio (art. 148).

La actuación de la prueba exige posteriormente un ámbito de valoración, por lo que el CPPMI (art. 149) establece que **t**odo elemento de prueba, para ser valorado, debe haber sido obtenido por un procedimiento permitido e incorporado al proceso válidamente. No se valora cualquier cosa sino lo que se ha actuado en juicio. Los elementos de prueba se valorarán crítica y racionalmente; fuera de toda lógica arbitraria y subjetiva.

De la doctrina procesal podemos resumir los principios que sustentan la prueba, en cuanto a su proposición, admisión, recepción y valoración, y que son los siguientes:

1. Investigación oficial de la verdad

Se erige cuando el interés público por la pena estatal ha sustituido al interés particular, incluso en materia probatoria[16], es decir, que el descubrimiento de la verdad tiene un rango alto de interés estatal y público y se asigna la titularidad de la inquisitio al Ministerio Público.

2. La libertad de prueba

En materia penal, todo hecho, circunstancia o elemento contenido en el objeto del procedimiento, y que es importante para la decisión final, puede ser probado por cualquier medio de prueba. El límite a este principio es la prueba obtenida al margen de la ley.

3. Constitucionalidad de la prueba

Que la prueba se obtenga sin afectar derechos fundamentales. Esto tiene su expresión en la prohibición de admisión, recepción o valoración de prueba ilícita.

4. Relevancia

Este principio es reconocido por las Federal Rules of Evidence de Estados Unidos cuya regla 402 establece que todos los elementos de prueba relevantes son admisibles, salvo que se disponga lo contrario.[17] Funciona como regla incluyente, esto es, que medios de prueba deben ser admitidos.

5. Oralidad

Este principio instrumental es empleado por los sujetos procesales para transferir la información para el conocimiento del juzgador.

6. Contradicción

Las pruebas tienen que estar sujetas cuando sean necesarias a la refutación por la parte afectada. No permitir el ejercicio de este principio, sería atentar contra el debido proceso y, concretamente, contra el derecho a la defensa.

(16) MAIER, Julio. Ob. cit., Tomo I, p. 860.
(17) TARUFFO, Michelle. Ob. cit., p. 41.

7. Publicidad

Esta regla irradia sobre el juicio que debe ser público. Lo que hace es trasparentar la actuación probatoria como regla general, de tal forma que sobre ella exista control ciudadano.

8. Inmediación

La actuación probatoria se realiza frente al juez, quien va a decidir sobre la controversia penal. Esta inmediatez permite que aprecie de cerca lo que tiene que valorar.

9. Comunidad de la prueba

Este principio determina que una vez que se ha actuado el medio de prueba, este deja de pertenecer a quien lo ofreció y cualquier parte puede emplearla si así lo considera para reforzar su teoría del caso.

10. Libre valoración

El principio de libre valoración de la prueba significa que el juez debe percibir la prueba durante el juicio según las reglas del criterio racional, o según las reglas de la lógica y, dentro de ellas, el principio de no contradicción, así como según los principios generales de la experiencia. Esta forma de valoración que Maier acuña como la libre convicción, exige la fundamentación o motivación de la decisión, esto es, la expresión de los motivos por los cuales se decide de una u otra manera y, con ello, la mención de los elementos de prueba que fueron tenidos en cuenta para arribar a una decisión y su valoración crítica (exigencia externa).(18)

11. Principio *in dubio pro reo*

Implica la aplicación de un criterio de favorabilidad al reo cuando de las pruebas de cargo actuadas, al valorarlas el juez considere que hay duda razonable respecto de la responsabilidad penal del acusado.

12. La prueba y la presunción de inocencia

El artículo II, inciso 1 del NCPP instituye el principio de presunción de inocencia en el siguiente sentido: Toda persona imputada de la comisión de

(18) MAIER, Julio. Ob. cit., p. 871.

un delito es considerada inocente, y debe ser tratada como tal, mientras no se demuestre lo contrario y se haya declarado su responsabilidad mediante sentencia firme debidamente motivada. Para una condena se requiere de requiere de una suficiente **actividad probatoria de cargo**, obtenida y actuada con las debidas garantías procesales. Aquí se consagra la presunción de inocencia, que se desvirtúa con la actividad del Ministerio Público como titular de las pruebas de cargo.

El origen de este principio en la historia lo rastreamos como una reacción contra la Inquisición(19). Tiene sustento positivo en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en Francia, que en su artículo 9 indicaba que debía presumirse inocente a todo hombre hasta que no haya sido declarado culpable. Igualmente es recogida por la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el Pacto de San José de Costa Rica en su artículo 8. Esta garantía del procesado puede ser desvirtuada con una actuación probatoria que determine su responsabilidad y que será establecida por sentencia. ¿Qué efectos prácticos tiene este principio? Pues limitar las medidas de coerción que pudieran aplicárseles, en todo caso, excepcionalmente, como la privación de libertad; que no está obligado a probar su inocencia, ya que la carga de la prueba corre a cargo de la parte acusadora.

Sobre este principio, Alberto Binder considera que tiene un efecto práctico y es que a la persona que ingresa a un proceso penal no se le podrá aplicar consecuencias penales hasta que no sea declarada culpable(20). ¿Cómo se puede declarar culpable a un imputado? Pues con pruebas, pero no cualesquiera sino pruebas suficientes para que se desvirtúe el estado de inocencia.

En la jurisprudencia suprema podemos extraer la apreciación que se tiene respecto de la presunción de inocencia. En la Casación N° 10-2007 Trujillo, de fecha 29-01-2008, la Corte Suprema señala: "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".

(19) Ibídem, p. 491.
(20) BINDER, Alberto. *Introducción al Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires, 2002, p. 121.

Las pruebas deben acreditar lo que es objeto del proceso, siendo el centro de este la imputación, pero que además deben incriminar de tal forma que puedan ser el fundamento de una condena de manera firme e indubitable.

II. Finalidad de la prueba

Las pruebas, según Carnelutti, sirven al juicio en cuanto suministran al juez el medio para hacer un examen. También como el nexo entre **prueba y examen** interesa el nexo entre **prueba y juicio**. **Examen** (de *ex agmen,* y *agmen* de *ago)* alude a una acción para extraer algo que está oculto. Que el quid oculto sea el valor, se intuye en el uso metafórico de *examen* para denotar el fiel de la balanza: *ligula staterae vel librae, quae per mediam aginam vertitur, et cum in neutram partem incli natur, aeguüibrium, indicai* [la lengüeta de la balanza que se mueve en el centro, y que cuando no se inclina ni a una parte ni a otra, indica el *equilibrio, o* la igualdad de peso][(21)]. Carnelutti lo que nos dice es que la finalidad de la prueba es el suministro de información para que este posteriormente haga la respectiva valoración de tal forma que le dará un peso probatorio a unas y descartará a otras y acercándose a la verdad podrá inclinar la balanza de la justicia para un lado o para otro.

III. Objeto de prueba

Se tiene que el objeto de prueba son los hechos; como definición operativa tenemos que "hecho" es lo que sucede en la realidad (lo que parece una tautología), que en la filosofía ha generado diversas posturas. Una cosa son los hechos y otra muy distinta la idea de hechos. En materia procesal penal los hechos han sucedido antes por lo que estamos frente a entidades del pasado. Se trata de probar algo que existió, pero ese hecho en cuanto a su reproducción con los medios de prueba se corporizan en otras formas que son los enunciados fácticos, que describen o representan estos hechos, y afirman o niegan su existencia. Un hecho debe ser probado como verdadero o falso y luego ser evaluado para poder decir que existe como un hecho cargado de valor.[(22)] Los hechos a ser valorados son aquellos que tienen relevancia jurídica e inciden en la situación de un imputado.

(21) CARNELUTTI, Francesco. *Cuestiones sobre el proceso penal*. El Foro, Buenos Aires, 1994, p. 83.
(22) TARUFFO, Michelle. Ob. cit., p. 19.

Lo que se debe probar son proposiciones o enunciados fácticos; si son verdaderos o falsos, por lo que en puridad, estos son los objetos de la prueba judicial. Nos parece importante entender este aspecto para evitar confusiones. Siguiendo a Taruffo, este señala respecto de los hechos que en los procedimientos judiciales no se incorporan en su realidad material o empírica porque en general estos **ya ocurrieron** y, por tanto, pertenecen al pasado. En materia de prueba los hechos, reconstruidos con los medios de prueba, se toman en consideración de una forma especial: en forma de enunciados acerca de lo acontecido fácticamente llegando a la conclusión que lo que se demuestra en proceso judicial es la **verdad y falsedad** de los enunciados sobre los hechos en litigio(23).

Es la materialidad sobre la cual recae la actividad, lo que se puede o debe probar, no se trata propiamente del objeto procesal sino de los datos materiales que, introducidos como elementos de convicción en el proceso, tienen capacidad de producir un conocimiento relacionado con la conducta incriminada(24). Lo material está vinculado a lo real, a lo que sucedió. Se busca que esos datos materiales o sus enunciados probados generen convicción respecto de alguna teoría del caso presentado por las partes.

Haciendo más precisiones, Taruffo dice que los enunciados no están dados a priori ni son determinados objetivamente por nadie: los enunciados fácticos son constructos lingüísticos definidos por las partes y el juez. Sus autores los constituyen sobre la base de diversos criterios, como reglas del lenguaje, factores institucionales, categorías del pensamiento, normas sociales y morales, disposiciones jurídicas. En consecuencia, la construcción de enunciados fácticos es una cuestión de elección: formular un enunciado acerca de un hecho significa elegir una descripción de ese hecho entre el número infinito de sus posibles descripciones(25). De aquí sale el razonamiento que lo que se prueba son las afirmaciones de las partes sobre los hechos.

En general, podemos admitir que los enunciados fácticos, como objetos de prueba, son los que describen hechos externos, los sucesos o eventos que se materializaron en la realidad circundante, y también los que describen los hechos internos que se ubican en el ámbito subjetivo del agente, como el dolo, o las motivaciones.

(23) Ídem.
(24) CLARIÁ OLMEDO, Jorge. Ob. cit., p. 308.
(25) Ibídem, p. 20.

IV. Los hechos objetos de prueba

El objeto de la prueba son enunciados fácticos como expresión lingüística de hechos ya ocurridos, que tienen relación con la imputación, si el hecho objetivo y subjetivo es típico, si concurre algún hecho que justifique la conducta típica. La prueba sobre la culpabilidad que se centra en determinar si el agente tiene capacidad para conocer lo antijurídico de su acto, la punibilidad si el delito es pasible de reproche con una pena, los hechos vinculados a la determinación de la pena o medida de seguridad, como las carencias sociales que hubiere sufrido el agente (art. 45.1 del Código Penal) a fin de fijar la proporción a imponérsele, es decir, aquí también se trata de probar hechos. La acreditación de los elementos fácticos que componen la responsabilidad civil derivada del delito, que se pueden dividir en patrimoniales o extrapatrimoniales.

1. Lo que no es objeto de prueba

Las máximas de la experiencia, las leyes naturales, la norma jurídica interna vigente, aquello que es objeto de cosa juzgada, lo imposible y lo notorio. Veamos su significado.

a) Máximas de la experiencia

Son respuestas generales que dan las personas frente a determinadas situaciones de la realidad. En la doctrina se dice que "(…) las máximas de experiencia entrañan principios generales extraídos de la observación de los fenómenos físicos o del corriente comportamiento de los hombres y, como tales, sirven de apoyo para establecer una presunción o para efectuar la valoración de la prueba, funcionando en consecuencia como reglas destinadas a esclarecer el sentido jurídico de la conducta"(26).

Baytelman pone ejemplos para entender mejor esas máximas de la experiencia: Un testigo asegura que se mantuvo de pie observando atentamente cómo un individuo disparaba al interior del bar en que él estaba. Otro afirma que mientras recibía el impacto del auto con el que chocó violentamente pudo ver –y recuerda– el número de su patente. Una niña de ocho años, en fin, afirma que su tío la "abusó sexualmente haciendo vocaciones en sus labios vaginales". Las respuestas de estas personas no son compatibles con la experiencia que la mayoría de la gente comparte. Las expectativas son otras, que la persona ante un ataque con arma de fuego se protege, o que otro impactado por un

(26) ENRIQUE PALACIO, Lino. Ob. cit., p. 21.

auto no esté preocupado por retener el número de la placa o una niña no narra con términos que domina gente con más formación.

Estas máximas de la experiencia de todas formas pueden tener excepciones por lo que se debe ser meticuloso de advertir la existencia de factores que podrían cambiar esta generalización, y lo doy con un ejemplo. Si llueve, ¿qué hace la gente? Pues me dirán que se guarecen o se tratan de proteger; pero, si estamos ante un clima supercaluroso algunos se verán tentados a mojarse. Entonces hay que tener cuidado. Pueden existir también factores culturales que deben ser tomados en cuenta.

Taruffo señala que el aspecto esencial que sigue planteando dudas es si la experiencia común es apta para construir inductivamente generalizaciones dotadas de una forma lógica y de un contenido cognoscitivo prácticamente equiparable, al menos al de las leyes científicas generales o cuasi generales.(27)

b) Las leyes naturales

Las leyes naturales no pueden probarse en proceso penal ya que el ámbito de su verificación corresponde a las ciencias naturales. Estas leyes que son de un alto nivel de abstracción instituyen regularidades o relaciones causales, no requieren su prueba en proceso, en principio porque son de naturaleza diferente. Las leyes naturales operan como premisas para esclarecer respecto del objeto de prueba. Las leyes de la física aplicables en balística o la química, cuando se trata de casos de envenenamiento, se convierten en un soporte para los expertos como los peritos que proveerán sus informes en juicio oral.

c) La norma jurídica interna vigente

La existencia de una norma más tiene que ver con un tema de interpretación que objeto de prueba. La norma jurídica es un enunciado que funciona como premisa para resolver un caso concreto. Las normas son públicas y surten efecto al día siguiente de su publicación, y el juez está obligado a conocer la ley.

d) Aquello que es objeto de cosa juzgada

Los hechos dilucidados en un proceso penal que tienen la calidad de cosa juzgada no pueden a volver ser objeto de prueba en otro juicio. Por ejemplo, si a una persona se le ha declarado para la ley inocente, no puede volver a discutirse su responsabilidad penal.

(27) TARUFFO, Michelle. Ob. cit., p. 268.

e) Lo imposible

Es aquello que no puede ser verificado o contrastado con la realidad, es un enunciado fáctico que no tiene correlación con la realidad, como una suerte de quimera.

f) Lo notorio

Son aquellos conocimientos que maneja el común de la gente. En la doctrina se reconoce que se encuentran exentos de prueba los **hechos notorios**, pues en tanto el conocimiento de estos forma parte de la cultura normal propia de un determinado círculo social en el tiempo en que se produce la decisión"[28]. Por ejemplo, probar quién fue presidente del Perú desde el 2006 al 2011.

Calamandrei –citado por Fairén Guillén– dice que para que un hecho pueda considerarse notorio en sentido propio no basta que el mismo sea conocido por la generalidad de los ciudadanos en el tiempo y en el lugar en que se produce la decisión. No es el conocimiento efectivo el que produce la notoriedad, sino la normalidad de este conocimiento en el tipo medio de hombre perteneciente a un cierto círculo social y por esto dotado de una cierta cultura. Se consideran notorios aquellos hechos, el conocimiento de los cuales forma parte de la cultura normal propia de un determinado círculo social en el tiempo en que se produce la decisión[29].

(28) PALACIO, Lino Enrique. Ob. cit., p. 20.
(29) FAIRÉN GUILLÉN, Víctor. Ob. cit., p. 399.

Capítulo II
Clasificación de la prueba

En la doctrina, cuando se clasifica la prueba, el procesalista César San Martín sostiene que los **elementos de prueba** son los datos objetivos que tienen que ser trasladados al proceso penal con los medios de prueba. A los elementos de prueba también se les trata como **fuentes de prueba**, como todos aquellos datos que, existiendo con independencia del proceso, se incorporan a este a través de los distintos **medios de prueba.** Mientras estos, como dice Carnelutti, se hallan conformados por la actividad del juez mediante el cual busca la verdad del hecho a probar, la fuente de prueba es el hecho del cual se sirve para deducir la propia verdad. Caferatta Nores –citando a Vélez Mariconde– dice que elemento de prueba es todo dato objetivo que se incorpora legalmente al proceso, capaz de producir un conocimiento cierto y probable acerca de los extremos de la imputación delictiva(30).

Palacio Lino Enrique dice, sobre las fuentes de prueba, que son las circunstancias o características de la cosa inspeccionada por el juez, la materialidad del documento o el hecho en él consignado, o el hecho declarado por la parte, el testigo o el informante o aquel sobre el cual versa la prueba pericial(31). Es decir, los datos objetivos que serán incorporados en el proceso penal.

Fue Sentís Melendo, quien partiendo del supuesto que el fenómeno probatorio no pertenece esencialmente al mundo jurídico, formuló la disección de los factores con los cuales se acreditan cuestiones de hecho. Para Sentís, las fuentes de prueba "son los elementos que existen en la realidad", mientras que los medios "están constituidos por la actividad para incorporarlos al proceso"; la fuente es "un concepto metajurídico, extrajurídico o ajurídico, que corresponde forzosamente a una realidad anterior y extraña al proceso", en tanto que el medio "es un concepto jurídico y absolutamente procesal"; la fuente "existirá con independencia de que se siga o no el proceso", en cambio el

(30) CAFFERATA NORES, José. Ob. cit., p. 16.
(31) PALACIO, Lino Enrique. Ob. cit., p. 22.

medio "nacerá y se formará en el proceso"; en fin, la fuente es "lo sustancial y material", y el medio es "lo adjetivo y formal[32].

Montero Aroca tiene una postura parecida indicando que para responder a la pregunta con qué se prueba, es necesario hacer la división conceptual entre "lo que ya existe en la realidad (fuente)" y "el cómo se aporta al proceso (medio) con el fin de obtener la certeza del juzgador" y que la relación existente entre ambos niveles es la siguiente: medio de prueba es esencialmente la "actuación procesal por la que una fuente se introduce al proceso"[33]. Pablo Talavera, en su estudio sobre la prueba, asume que elementos de prueba y fuentes de prueba son lo mismo[34]. En el NCPP se emplea el término elemento de prueba; en el artículo 67.1 respecto de una de las funciones de la PNP que es la de reunir y asegurar los elementos de prueba que puedan servir para la aplicación de la Ley penal. Los criterios para calificar el peligro procesal en el artículo 270.1 como la conducta del imputado de destruir, modificar, ocultar, suprimir o falsificar elementos de prueba. La causal de sobreseimiento cuando no se pueda incorporar más elementos de prueba en el artículo 352.4. Las incidencias de modificación de pena en el artículo 491.2 permite al juez que de oficio pueda incorporar nuevos elementos de prueba. También como un acto de cooperación judicial internacional en el artículo 511.1.f. para facilitar información y elementos de prueba. Efectos de la extradición de entregar elementos de prueba en el artículo 520.5. El artículo 521.3 cuando se examina una solicitud de extradición debe verificarse si se ha anexado elementos de prueba. En cuanto a las referencias a fuentes de prueba, las tenemos en el artículo 159 respecto de la utilización de prueba prohibida.

Este uso de distinta terminología nos lleva a dilucidar si existe alguna diferencia o son lo mismo. Sujetándonos a una acepción lingüística, tenemos que fuente es el origen de algo, y que es ese algo son datos, o información. Por ejemplo, en delito de falsificación de documento, la fuente es el documento y el dato es la firma falsa. La fuente es el testigo, y el dato es la versión que va a dar sobre el dato delictuoso. Se dirá que si es testigo es medio de prueba y no fuente. La distinción radica que siendo el mismo testigo cuando lo calificamos como fuente de prueba nos referimos a una posición extraprocesal; cuando ingresa al proceso se convierte recién en medio de prueba, que al desplegar sus efectos al actuarse o recepcionarse en juicio, traslada la información al conocimiento de los jueces.

(32) MENESES PACHECO, Claudio. Ob. cit., p. 7.
(33) Ídem.
(34) TALAVERA ELGUERA, Pablo. *La Prueba*. AMAG. Lima, 2009, p. 71.

En esta línea de hacer precisiones en aras de tratar de normalizar la terminología haciéndola compatible con las reglas de la lingüística, podemos señalar que lo que está unido a la fuente de prueba es información, que independiente de su relevancia jurídica o no será incorporada al proceso con los medios de prueba. Identificar la fuente de prueba con el dato no nos parece convincente, es confundir el continente con el contenido. La fuente, si vamos a su significado en la lengua española, como bien anota Meneses, esta locución es definida –en una de sus acepciones– como "principio, fundamento u origen de algo" y, también, como "material que sirve de información a un investigador o de inspiración a un autor" y en su etimología (del latín "*fontem*", "*fons*"), designa aquello que constituye un "punto de origen" desde donde fluye o mana algo(35). ¿Qué es lo que mana de la fuente de prueba? Pues el dato, la información, que con los medios de prueba serán ingresados al proceso judicial.

Hemos visto pues que se utiliza indistintamente elemento de prueba y fuente de prueba. El uso del término elemento, si vamos a su raíz filosófica, advertimos que se alude para **compendiar** una serie de vocablos usados por diversos filósofos con el fin de designar las entidades últimas que, a su entender, constituyen la realidad y en particular la realidad material.(36) Estos vocablos distintos son, por ejemplo, el átomo, corpúsculo, partes mínimas, homeomerías, semillas, espermas, razones seminales, etc. El número y cualidad de los elementos considerados como "partes constitutivas" de las realidades naturales ha variado a lo largo de la historia de la filosofía. En los sistemas de la filosofía india se hace referencia a cuatro elementos o *bhutas* (tierra, agua, fuego, aire) y a veces de cinco (los cuatro citados más el éter). Los budistas hablan de los elementos o *shandhas* que suelen (engañosamente) unirse en la supuesta individualidad. Los chinos asumen la existencia de cinco elementos (tierra, agua, fuego, madera, metal); y tres de estos elementos (fuego, agua, tierra) son los que tienen más peso. Filósofos como Tales, Anaximandro, Anaxímenes hablaron de un solo elemento (agua, "apeirón" y aire, respectivamente). Para Jenófanes, hay dos elementos básicos (tierra, agua). Para Parménides, los elementos eran "formas". Anaxágoras habló de un número infinito (o indefinido) de elementos cualitativamente distintos (las "homeomerías") y Demócrito de un número infinito de elementos refiriéndose a los átomos. Se debe a Empédocles la formulación más precisa de la llamada "doctrina de los cuatro elementos" (tierra, agua, fuego, aire; o, mejor, "lo sólido", "lo líquido", "lo seco", "lo gaseoso"), de tan persistente influencia en la Antigüedad y Edad Media y hasta

(35) MENESES PACHECO, Claudio. "Fuentes de Prueba y Medios de Prueba en el Proceso Civil". Ob. cit., p. 13.

(36) FERRATER MORA, José. *Diccionario de Filosofía*. Tomo I, 5ª edición, Edit. Sudamericana, Buenos Aires, 1964, p. 507.

principios de la época moderna. Platón habló de cuatro elementos (los citados de Empédocles), pero no los consideró como verdaderas "partes constituyentes"; tales partes son más bien ciertas figuras sólidas, cada una de las cuales es la base de un "elemento" (el tetraedro = fuego; el cubo = tierra; el octaedro = aire; el icosaedro = agua).

De lo expuesto, tenemos que los elementos son entidades materiales, esto es que expresan una parte de la realidad. Es en este sentido que hay que asumir cuando se hace referencia a elementos de prueba, como expresión de realidades que tienen que ser verificadas en cuanto a su materialidad en el proceso judicial. Si hiciéramos más precisiones tenemos que en la fuente de prueba estaría contenido el elemento de prueba toda vez que la entidad o representación de la realidad debe surgir de algo y ese es la fuente de prueba, por lo que esta postura sería la más cercana a su significado lingüístico y filosófico.

I. Medios de prueba

Se advierte que se confunde a veces prueba con medios de prueba. Cuando se hace referencia a medios de prueba se habla de la prueba en sí, pero utilizada en un proceso judicial, esto es cuando es ofrecida y admitida como tal(37). Plascencia Villanueva hace una distinción entre fuente de prueba, medio de prueba y prueba poniendo el caso de un testigo de un delito. Tenemos que al testigo le constan determinados hechos, y si está en una posición extraprocesal tiene la condición de fuente de prueba, cuando es ofrecido y admitido en el proceso adquiere la calidad de medio de prueba, y cuando es actuado y valorado se convierte en prueba.

El procesalista César San Martín –citando a Clariá Olmedo– dice que son procedimientos destinados a poner el objeto de prueba –en rigor, el elemento de prueba– al alcance del juzgador. Se trata de elaboraciones legales destinadas a proporcionar garantía y eficacia para el descubrimiento de la verdad y constituyen un nexo de unión entre el objeto a probarse y el conocimiento que el juzgador adquirirá sobre ese objeto(38). Considera la siguiente clasificación:

- Personales, también conocidos como Órganos de Prueba que corresponde entender, por tales, a las personas físicas que suministran el conocimiento de los hechos sobre que versa el objeto de la prueba, y que

(37) PLASCENCIA VILLANUEVA. *Los medios de prueba en el proceso penal*. p. 715. <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/boletin/cont/83/art/art9.pdf> [Fecha de consulta 2 de marzo del 2014].

(38) SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*. Vol. II, Grijley, Lima, 2001, p. 601.

constituyen un elemento intermediario entre dicho objeto y el juez, y el dato que aportan al proceso pueden haberlo conocido accidentalmente, según ocurre con los testigos, o por encargo judicial, como acontece con los peritos[39]. Aquí también están otras personas que proveen la información en el juicio como el acusado, o el agraviado.

- Reales, que son aquellos medios que versan sobre cosas, objetos e instrumentos de comisión del delito, o efectos del mismo.

Ya Bentham había establecido esa clasificación como una primera división de medios de prueba: La prueba personal es la que es suministrada por un ser humano y se le nombra comúnmente testificación o testimonio. La prueba real es la que se deduce del estado de las cosas[40].

II. Momentos de la actividad probatoria

La primera gran división se manifiesta en la actividad introductiva y la actividad valoratoria de la prueba. El primero es el momento práctico y el segundo el momento crítico. Cada uno se fracciona en momentos menores, todos orientados por el principio de la investigación integral[41]. No en cualquier momento se puede presentar medios de pruebas. Aquí opera la preclusión, tal como se reconoce en la doctrina jurisprudencial constitucional como la STC Exp. N° 6712-2005-HC que respecto de los requisitos de la prueba dice que existe el principio de **preclusión o eventualidad**, esto es, que en todo proceso existe una oportunidad para solicitar la admisión de medios probatorios, pasado dicho plazo, no tendrá lugar la solicitud probatoria.

III. Introducción de la prueba en la etapa intermedia

El momento introductivo tiende a poner definitivamente en el proceso los elementos de convicción que habrán de ser valorados. Comienza con el intento de introducción o iniciativa probatoria que, cuando es obra de las partes, se conoce por proposición de pruebas durante la instrucción y por ofrecimiento de pruebas en el juicio. Las partes actúan a través de instancias por las que exhiben los medios de prueba conducentes a la protección del interés que tienden

(39) Ídem.
(40) BENTHAM, Jeremías. *Tratado de las Pruebas Judiciales*, elaborado de sus manuscritos por Esteban Dumont. Traducido por José Gómez de Castro, Imprenta de don Gómez Jordán, Madrid, 1835, pp. 49-50.
(41) CLARIÁ OLMEDO, Jorge. Ob. cit., p. 306.

a resguardar.(42) Este interés está vinculado a la teoría del caso que pretenden demostrar en juicio.

La admisibilidad de la prueba se vincula, en cambio, a la legalidad (posibilidad jurídica) del medio ofrecido o dispuesto para practicarla, o con el tiempo y la forma de su ofrecimiento o agregación(43). La admisibilidad implica un control de los aspectos formales de los medios de prueba ofrecidos; en nuestro sistema, se entiende por la pertinencia, conducencia y utilidad.

IV. Acusación directa y admisión probatoria

Hay que tener en cuenta que existe un acto de postulación especial del Ministerio Público como es el de la acusación directa y también el proceso inmediato que no contempla etapa intermedia. El Acuerdo Plenario 6-2010/CJ-116 ha establecido reglas de admisión probatoria que es menester tomarlos en cuenta.

La acuñación directa forma parte del proceso común y es un mecanismo de aceleración del proceso que busca evitar trámites innecesarios. El artículo 336.4 del NCPP faculta al fiscal formular acusación si de las diligencias preliminares o recibidas, el Informe Policial considera que los elementos obtenidos de la investigación establecen suficientemente la realidad del delito y la intervención del imputado en la comisión. Sus requisitos están señalados en el artículo 349 del código adjetivo y su control lo hará el juez de la investigación preparatoria previo traslado a las partes, pudiendo desestimar el requerimiento fiscal si hay causal de sobreseimiento (art. 344 del NCPP), pero si considera que es procedente hará el respectivo examen de admisión de medios de prueba antes de derivarlo al juez del juicio oral. El Acuerdo Plenario 6-2010/CJ-116 considera que el requerimiento acusatorio en el procedimiento de acusación directa cumple funciones de disposición de formalización de investigación preparatoria, en la medida que:

a) individualiza al imputado;

b) satisface el principio de imputación necesaria describiendo el hecho punible;

c) establece la suficiencia probatoria señalando los elementos de convicción;

(42) CLARIÁ OLMEDO, Jorge. Ob. cit., p. 306.
(43) ENRIQUE PALACIO, Lino. Ob. cit., p. 30.

d) determina cuantía de pena y se foja la reparación civil; y

e) ofrece medios de prueba para su actuación en audiencia.

V. El proceso inmediato y admisión probatoria

Es un proceso penal especial de simplificación procesal que se fundamenta en la facultad del Estado de organizar la respuesta del sistema penal con criterios de racionalidad y eficiencia en los casos que no se requieren mayores actos de investigación (arts. 446 a 449 del NCPP). El proceso inmediato tiene como presupuestos para su aplicación cuando:

a) el imputado ha sido sorprendido y detenido en flagrante delito;

b) el imputado ha confesado la comisión del delito;

c) los elementos de convicción acumulados durante las diligencias preliminares, y previo interrogatorio del imputado, sean evidentes.

El fiscal lo solicita al juez de la investigación preparatoria y la oportunidad es cuando han concluido las diligencias preliminares o dentro de 30 días de la investigación preparatoria. El juez correrá traslado a las partes. Si admite, dictará un auto y el fiscal formulará acusación. Luego lo remitirá al juez competente quien dictará acumulativamente auto de enjuiciamiento y de citación a juicio.

Al ser distinto al proceso común y no existir etapa intermedia, será el juez del juicio oral quien hará control de acusación y evaluará la admisión de medios probatorios conforme lo ha fijado el Acuerdo Plenario 6-2010/CJ – 116, bajo las reglas de pertinencia, conducencia y utilidad.

VI. Requisitos de los medios de prueba

La admisión de los medios de prueba según el artículo 352.5 a) del NCPP fija, como requisitos de la petición probatoria, que contenga la especificación del probable aporte a obtener para el mejor conocimiento del caso; y el artículo 352.5 b) que el acto probatorio propuesto sea pertinente, conducente y útil**.**

Pertinencia. Que guarde relación con los hechos a probar, lo que trate de probar otro que no tiene conexión es descartado por impertinente. Por ejemplo, en un caso de violación sexual de una mujer adulta, tratar de probar que

ya había tenido relaciones sexuales antes del hecho en su agravio. Es pertinente el hecho referido a lo que debe probarse. Es impertinente el hecho totalmente ajeno a aquel que corresponde probar, o sea, al que se cuestiona en el proceso, en un incidente o en un artículo(44).

El Tribunal Constitucional en el Exp. N° 6712-2005-HC, del 17-10-2005, define la pertinencia como uno de los requisitos de la prueba de la siguiente forma: "**Pertinencia**: Exige que el medio probatorio tenga una relación directa o indirecta con el hecho que es objeto de proceso. Los medios probatorios pertinentes sustentan hechos relacionados directamente con el objeto del proceso".

Conducencia. Significa que la prueba tenga idoneidad legal para producir un resultado. Esto tiene que ver con la legalidad de las pruebas.

Es una cuestión de derecho, porque se trata de determinar si el medio utilizado presentado o solicitado es legalmente apto para probar el hecho. Ejemplo: solicitar la testimonial de un diplomático oralmente cuando es por escrito o el careo entre víctima de violación sexual de 14 años y la víctima(45).

En la sentencia del TC Exp. N° 6712-2005-HC se dice sobre este requisito: "**Conducencia o idoneidad**: El legislador puede establecer la necesidad de que determinados hechos deban ser probados a través de determinados medios probatorios. Será inconducente o no idóneo aquel medio probatorio que se encuentre prohibido en determinada vía procedimental o prohibido para verificar un determinado hecho".

Utilidad o relevancia. La petición probatoria debe especificar el probable aporte para conocer mejor los hechos. Esto en doctrina se conoce como utilidad. La relevancia se manifiesta como presunta utilidad del dato a obtener; se define por la importancia con relación al fin probatorio propuesto; el elemento pertinente debe servir a ese fin. De lo contrario, será irrelevante y no merece que se lo tenga en cuenta(46). En la sentencia del TC Exp. N° 6712-2005-HC se dice sobre este requisito: "**Utilidad**: Se presenta cuando contribuya a conocer lo que es objeto de prueba, a descubrir la verdad, a alcanzar probabilidad o certeza. Solo pueden ser admitidos aquellos medios probatorios que presten algún servicio en el proceso de convicción del juzgador, mas ello no podrá hacerse cuando se ofrecen medios probatorios destinados a acreditar hechos contrarios a una presunción de derecho absoluta; cuando se ofrecen

(44) CLARIÁ OLMEDO, Jorge. Ob. cit., p. 310.
(45) TALAVERA ELGUERA, Pablo. Ob. cit., p. 57.
(46) CLARIÁ OLMEDO, Jorge. Ob. cit., p. 310.

medios probatorios para acreditar hechos no controvertidos, imposibles, notorios, o de pública evidencia; cuando se trata de desvirtuar lo que ha sido objeto de juzgamiento y ha hecho tránsito a cosa juzgada; cuando el medio probatorio ofrecido no es el adecuado para verificar con él los hechos que pretenden ser probados por la parte; y, cuando se ofrecen medios probatorios superfluos, bien porque se han propuesto dos medios probatorios iguales con el mismo fin (dos pericias con la finalidad de acreditar un mismo hecho) o bien porque el medio de prueba ya se había actuado antes".

Admitido el medio de prueba con los requisitos de pertinencia, conducencia y utilidad, el juez de la investigación preparatoria dispondrá de 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 y el domicilio del testigo o del perito. La resolución que se dicte es inimpugnable.

VII. Convenciones probatorias

Este instituto procesal lo encontramos en el derecho comparado. El artículo 275 del CPP de Chile dice que los hechos no controvertidos son los que forman parte de convenciones probatorias. Según recuerda Baytelman, por esa norma, los hechos fijados en las convenciones probatorias no pueden ser objeto de debate en el juicio oral. Como excepción, la regla puede ser atenuada según las circunstancias del caso concreto; pero, como regla general, la institución impone un principio fuerte de hechos no controvertidos y, en consecuencia, suprime la carga de la prueba(47).

En el NCPP las partes pueden convenir que un hecho no se probará si ambas coinciden en su existencia y este, en el momento de la valoración, deberá tenerse como hecho notorio conforme el artículo 156, inciso 3 del NCPP. Dicha convención debe constar en acta. Por otro lado, también los sujetos procesales pueden convenir respecto de qué medios de prueba se deben actuar para probar determinado hecho (art. 350, inciso 2).

Estas convenciones no vincularán obligatoriamente al juez, quien debe exponer las razones para no tomarlas en cuenta. Si no lo hace así, su decisión desestimatoria no tendrá ningún efecto. Si no es recurrible esta decisión del juez

(47) BAYTELMAN A. Andrés, DUCE J. Mauricio. *Litigación Penal. Juicio Oral y Prueba*. Universidad Diego Portales, Chile, 2004, p. 233.

conforme al artículo 252 inciso 6 del NCPP, cómo se puede entonces lograr que estas convenciones tengan efecto. Consideramos que debe hacerse nuevamente la petición ya en juicio oral haciendo que el juez reexamine la decisión del juez de la investigación preparatoria concordándolo con el ofrecimiento de nueva prueba que regula el artículo 373, inciso 2 del NCPP.

Un acercamiento a esta institución en la jurisprudencia suprema es la Casación N° 12-2010-Huaura del veintiséis de abril de dos mil diez respecto del artículo 350 del NCPP en la que señala:

> "(…) dicho precepto legal regula los acuerdos probatorios de los sujetos procesales referidos a los convenios de las partes sobre determinados hechos, siempre que no se acepte responsabilidad, pues si se admiten pactos sobre la ocurrencia del hecho punible y responsabilidad del imputado, involucraría aceptar preacuerdos con la finalidad de poner fin anticipadamente al proceso. De esta manera se sustrae la controversia, en cuanto a esos hechos aceptados, y el juez ya no realizará actividad probatoria al respecto, debiendo tenerlo por acreditado, siempre que se llegue al juicio oral –dentro de la audiencia preliminar de control de la acusación de conformidad con el inciso seis del artículo trescientos cincuenta y dos del Código Procesal Penal–, que es donde tiene aplicación. Asimismo, esta disposición regula los acuerdos de las partes procesales respecto a determinados medios probatorios para demostrar determinados hechos, lo que limitará la actuación probatoria en el contradictorio solo a la actuación de esas instrumentales".

VIII. Solicitud de nueva prueba en juicio oral

Como regla general del NCPP, la introducción de medios de prueba se realiza en la etapa intermedia, en la estación del control de acusación (art. 373). Sin embargo, ya en juicio oral se establece que concluida la fase de propuesta de conclusión anticipada del juicio oral y negativa de aceptar los cargos por parte del acusado, se permite que las partes puedan ofrecer nuevos medios de prueba; pero con el requisito de haberse conocido después de concluido el control de acusación. La parte que ofrece de acreditar ese hecho como un requisito de admisibilidad, sumándose a la pertinencia, conducencia y utilidad. El juez, si se cumplen los referidos requisitos, puede darlos por admitidos para su actuación en juicio oral. Además, las partes tienen la posibilidad de que el juez de Juicio Oral reexamine la denegatoria de medios de prueba ofrecidos en

la etapa intermedia, y el requisito es que esta petición debe aparejar una especial argumentación, esto es, que si se denegó por falta de pertinencia, la parte que ofrece deberá convencer al juez porque este medio de prueba sí es pertinente con el objeto de prueba. El juez podrá, luego de reexaminar, admitir o no la petición del sujeto procesal que lo ha solicitado. Se establece que estas decisiones son inapelables.

Respecto al reexamen de medios de prueba inadmitidos, es menester tener en cuenta los argumentos de la Casación N° 10-2007-Trujillo, de fecha 29-01-2008 en la que se examinó un agravio expresado por el impugnante en el sentido que en Juicio Oral fue ofrecido un testigo cuando había sido rechazado el ofrecimiento de la copia de su declaración preliminar, en un caso de robo agravado en el que hubo condena. La Corte Suprema se pronuncia respecto a ese ofrecimiento de prueba documental así: "La excepcionalidad en la admisión de la lectura de una declaración sumaria de un testigo se basa en argumentos de urgencia y excepcionalidad, por lo que en caso que estos presupuestos no se presenten es indispensable que el testigo concurra al acto oral para que exponga lo que sabe acerca de los hechos enjuiciados".

Lo que se había rechazado en control fue la prueba instrumental, por lo que el fiscal solicitó la presencia del testigo en juicio para que declare. La suprema consideró legal la admisión con el siguiente argumento:

> "(…) la insistencia del testimonio personal en el acto oral, en esas condiciones de rechazo del acta de declaración sumaria, muy bien puede ser invocada en la oportunidad prevista en el artículo trescientos setenta y tres, apartado dos, del Nuevo Código Procesal Penal. La necesidad del pleno esclarecimiento de los hechos acusados exige que se superen interpretaciones formalistas de la ley procesal, sin que ello signifique, desde luego, una lesión a los derechos de las partes. En el presente caso, el testigo citado asistió al acto oral, fue examinado por las partes y, es más, la solicitud probatoria que justificó su presencia no fue objetada por el imputado. No se está, pues, ante una prueba inconstitucional en la medida en que se cumplieron los principios fundamentales de la actuación probatoria: contradicción, inmediación y publicidad; la testimonial no incidió en un ámbito prohibido ni está referida a una intervención ilegal de la autoridad, tampoco se trató de una prueba sorpresiva. Las garantías procesales en la actuación probatoria, que es lo esencial desde la presunción de inocencia, no se han vulnerado. La causal de casación por vulneración de la presunción de inocencia debe desestimarse".

Aquí, la Corte Suprema señala que hay que superar una visión formalista del Código Procesal Penal, pero consideramos que hay parámetros que deben respetarse. Con esta decisión, la Suprema equipara un documento donde consta la declaración sumaria de testigo, con su testimonio ofrecido en juicio oral lo que no nos parece correcto, fundándolo en que esa era la intención del Fiscal, incorporar la información sobre hechos del testigo. Entonces por qué el Fiscal no lo ofreció directamente como testigo para juicio. El reexamen se hace en base al medio de prueba ofrecido y lo que el fiscal solicitó que se actúe fue un documento y, en consecuencia, no cabe invocar el artículo 373.2. Me parece más sólido el argumento que el sentenciado no se opuso a su actuación, convalidando un defecto de nulidad relativo.

IX. Prueba indiciaria

Es la prueba identificada también como prueba indirecta, circunstancial, conjetural o de presunciones. El hecho a partir de cuya demostración se realiza la inferencia es el indicio que etimológicamente proviene del latín *indicium*. Según la Real Academia, el indicio alude al fenómeno que permite conocer o inferir la existencia de otro dato no percibido.

En el descubrimiento de la verdad en el proceso penal, no siempre puede acudirse a la prueba directa; por esa razón, la doctrina jurisprudencial española tiene una definición de la prueba de indicios así: "...igualmente identificada como prueba indirecta, circunstancial, conjetural o de presunciones, es aquella que mediante la demostración de los mismos –también llamados "hechos base"– permite deducir la ejecución del hecho delictivo y/o la participación en el mismo –el "hecho consecuencia"– siempre que exista un enlace preciso y directo entre aquellos y este"[48].

Juan Alberto Belloch Julbe –citado por Rosas Castañeda– dice que la prueba indiciaria presupone tres elementos esenciales: a) una serie de hechos-base o uno solo "especialmente significativo o necesario", que constituirán los indicios en sentido propio; b) un proceso deductivo, que puede ser explícito o implícito (esto último, cuando el valor significativo del o de los indicios se impone por sí mismo); y, c) una conclusión o deducción, en cuya virtud uno o varios hechos periféricos han pretendido tener por acreditado un hecho central

(48) ZARAGOZA AGUADO, Javier Alberto. "Aspectos probatorios y técnicas de investigación en los procesos por lavado de dinero. Medidas preventivas y cautelares. Recomendaciones internacionales". En la obra: *Tipologías y Lógica del Lavado de Dinero*. Madrid, 2006, p. 222.

a la dinámica comitiva, conclusión que ha de ser conforme a las exigencias del discurso lógico[49].

El Tribunal Supremo en lo Penal de España adopta la posición que la prueba indiciaria es aceptada para enervar la presunción de inocencia, pero debe cumplir determinados requisitos que se establecen en la causa 220/2008[50] sentencia de fecha 28 de mayo de 2008:

> "Por lo que se refiere a los indicios, la prueba indiciaria es aceptada por la doctrina jurisprudencial de esta Sala como hábil para enervar la presunción de inocencia. A través de esta clase de prueba, es posible afirmar la realidad de un hecho principal necesitado de prueba como conclusión de un razonamiento construido sobre la base de otros hechos, los indicios, que deben reunir una serie de condiciones. Estos requisitos han sido reiteradamente descritos por la jurisprudencia, con mayor o menor amplitud.
>
> En definitiva, la jurisprudencia de esta Sala (SSTS núm. 1090/2002, de 11 de junio; 499/2003, de 4 de abril y de 27-10-2005, Nº 1200), exige que el razonamiento se apoye en elementos de hecho y que estos sean varios; que estén acreditados; que se relacionen reforzándose entre sí, y, desde el punto de vista formal, que el juicio de inferencia pueda considerarse razonable según las reglas del criterio humano, de forma que aparezca como la conclusión adecuada al razonamiento previo, y que la sentencia lo exprese. La razonabilidad del juicio de inferencia no supone la imposibilidad de otras versiones distintas de los hechos, de manera que el Tribunal haya debido inclinarse por la única certeza posible, pero sí exige que no se opte por una ocurrencia fáctica basada en una inferencia débil, inconsistente o excesivamente abierta".

La prueba indiciaria tiene requisitos que deben ser observados por los jueces. Una característica de esta prueba es que su objeto no es directamente el hecho constitutivo del delito, sino otro **hecho intermedio** que permite llegar al primero por medio de una inferencia basada en el nexo causal y lógico existente entre los hechos probados y los que se tratan de probar.

(49) ROSAS CASTAÑEDA, Juan Antonio. *Algunas consideraciones sobre la teoría de la prueba indiciaria en el proceso penal y los derechos del imputado*. <Ver http://www.porticolegal.com/pa_articulo.php?ref=285#_ftn1> [Fecha de consulta: 1 de julio de 2013].

(50) Extraída del banco de jurisprudencia del Tribunal Supremo de España. <www.poderjudicial.es> [Fecha de consulta: 18 de noviembre de 2013].

1. Prueba indiciaria sobre hechos internos

Uno de los problemas de la doctrina procesal penal es cómo probar los hechos internos como el dolo o las motivaciones para sancionar al agente culpable. Ya en el XVIII Bentham se había planteado la prueba de lo que denominaba los hechos psicológicos. Decía que el hecho psicológico oculto en el interior de un hombre no puede probarse sino por hechos físicos que son como la aguja de la muestra. Se trata de un robo; la intención de tomar la cosa y de usar de ella, la conciencia de no tener ningún derecho a la cosa tomada, son dos hechos psicológicos que se prueban, ya por los discursos del individuo, ya por sus precauciones para tomar la huida o para ocultar el objeto robado(51).

Se dice que el dolo requiere por lo menos un conocimiento de parte del acusado de lo que hizo, y citando a Hassemer, dice que con la prueba de indicios hay que descubrir lo que se esconde detrás de la frente de una persona(52). Se podría tener prueba directa como la autoincriminación del agente que confiesa sus motivaciones internas para realizar la conducta delictiva o de testigos que le oyeron respecto de sus intenciones; sin embargo, ante la ausencia de estos medios de prueba se requiere hacer uso de otra modalidad de prueba y la que más se acerca a esta finalidad es la prueba indiciaria. Palacio señala "…cuanto los hechos psíquicos (v.gr. la voluntariedad, el dolo, la culpa, el dolo específico, etc.) es, **con** la variante de que mientras los primeros se prestan a su inmediata investigación, inclusive a través de la directa percepción del juez, la prueba de los segundos ofrece mayor complejidad y puede llevarse a cabo mediante la revelación del mismo sujeto a través de la reconstrucción de su propia vida psíquica o por conducto del auxilio que al respecto pueden prestar los peritos al juez o tribunal(53).

Jaén Vallejo, al plantearse el problema de probar que el acusado tuvo conocimiento de lo que hizo, se adhiere a la posición del Tribunal Supremo Español que en la Sentencia de 23 de abril de 1992 ("caso del aceite de colza"), dijo que "cuando no existe prueba directa de un concreto estado de la conciencia o de la voluntad, ha de acudirse a la denominada prueba de indicios o presunciones, para a través de unos datos o circunstancias exteriores completamente acreditados inferir la realidad de este estado de espíritu del autor del hecho, necesario para la incriminación del comportamiento de que se trate"(54).

(51) BENTHAM, Jeremías. Ob. cit., p. 27.
(52) JAÉN VALLEJO, Manuel. *La prueba en el proceso penal*. Ad-Hoc. Buenos Aires, 2000, p. 108.
(53) ENRIQUE PALACIO, Lino. Ob. cit., p. 19.
(54) JAÉN VALLEJO. *Los principios de la prueba en el proceso penal español*. Véase: <http://enj.org/portal/biblioteca/penal/la_prueba_proceso_penal/30.pdf>. p. 14. [Fecha de consulta 14 de marzo de 2013].

Respecto del dolo eventual en un caso donde la Audiencia Nacional había sostenido que en el resultado de muerte solo hubo imprudencia, el Tribunal Supremo estableció el siguiente raciocinio en contra de la anterior postura: "obrará con dolo el autor que haya tenido conocimiento del peligro concreto que deriva de su acción para los bienes jurídicos" y que "si el autor sabía de la sustancia venenosa contenida en el aceite y de la posibilidad concreta y seria de que este aceite fuera introducido en el mercado de consumo con resultado de muerte para las personas, no es posible negar su dolo eventual respecto de los resultados de muerte y lesiones"[55]. Esto guarda coherencia con la doctrina del dolo eventual que se configura cuando el agente se representa mentalmente la posibilidad de un resultado dañoso y sin embargo continúa con su comportamiento.

X. Prueba preconstituida

Es una prueba documental que puede practicar el juez de instrucción y su personal colaborador (Policía Judicial y Ministerio Fiscal) sobre hechos irrepetibles, que no pueden a través de los medios de prueba ordinarios, ser trasladados al momento de realización del juicio oral. Por ello, dicha prueba tiene un carácter aseguratorio de los indicios y fuentes de prueba, que bajo determinadas garantías formales, de entre las que destaca la de garantizar la "posibilidad de contradicción", posibilitan su introducción en el juicio oral a través de la lectura de documentos[56].

San Martín –citando a Hernández Gil– dice que es aquella prueba practicada tanto antes del inicio formal del proceso penal –en la denominada fase pre procesal– cuanto en la propia fase de investigación, realizada siempre con las garantías constitucionales y legales pertinentes y en la medida en que sean de imposible o de muy difícil reproducción[57].

Para Talavera, es aquella practicada antes del inicio formal del proceso penal o en la fase de investigación observando las garantías constitucionales y las prescripciones legales con la finalidad de asegurar o mantener la disponibilidad

(55) JAÉN VALLEJO. *Los principios de la prueba en el proceso penal español*. Véase: <http://enj.org/portal/biblioteca/penal/la_prueba_proceso_penal/30.pdf>. p. 14. [Fecha de consulta 14 de marzo de 2013].
(56) GIMENO SENDRA, Vicente. "Aseguramiento y valoración de la prueba preconstituida de la policía judicial". En: *Gaceta Penal y Procesal Penal*. N° 19. Gaceta Jurídica, Lima, febrero de 2011, p. 210.
(57) SAN MARTÍN CASTRO, César. Ob. cit., Vol. II, p. 589.

de las fuentes de prueba(58). La incorporación en el juicio se hace mediante la oralización de las actas que registraron los sucesos.

En el NCPP se hace mención de las prueba preconstituidas en el artículo 325 que dice que los efectos de la sentencia tienen carácter de acto de prueba las actuaciones objetivas e irreproducibles cuya lectura en el juicio oral autoriza el Código Procesal Penal. A diferencia de que se propagandice que predomina lo oral y se elimina la escrituralidad, tenemos que el artículo 136 del NCPP regula sobre el contenido del expediente judicial que se formará luego de ser dictado el auto de citación a juicio en el que se adjuntará los actuados relativos al ejercicio de la acción penal y de la acción civil derivada del delito y las actas en que consten las actuaciones objetivas e irreproducibles realizadas por la policía o el Ministerio Público, esto es, las pruebas preconstituidas así como las declaraciones del imputado. En el artículo 383 del NCPP se precisa que serán incorporados al juicio para su lectura como prueba documental las actas levantadas por la policía, el fiscal o el juez de la investigación preparatoria que contienen diligencias objetivas e irreproducibles esto es pruebas preconstituidas y que se detallan en actas de detención, reconocimiento, registro, inspección, revisión, pesaje, hallazgo, incautación y allanamiento.

La validez de las pruebas preconstituidas se consagran en el proceso por colaboración eficaz incluso en el supuesto que el acuerdo es denegado por el fiscal desaprobado por el juez. El artículo 481.2 del NCPP le da mérito, entre otras, a las declaraciones prestadas por otras personas durante la etapa de corroboración, prueba documental, los informes o dictámenes periciales y las diligencias objetivas e irreproducibles. Estas mantendrán su validez y podrán ser valoradas en otros procesos conforme a su propio mérito.

XI. Prueba prohibida

Una prueba es ilícita, en general, cuando el modo de adquisición, su ofrecimiento o su producción y efectos de la sentencia traspasa el límite que el ordenamiento jurídico o el conocimiento científico han fijado(59). La forma de adquisición de esta prueba se hace con la vulneración de derechos fundamentales tutelados constitucionalmente.

(58) TALAVERA ELGUERA, Pablo. *La prueba*. AMAG. Lima, 2009, p. 72.
(59) FALCÓN, Enrique M. *Tratado de la prueba*. Astrea. Tomo I. Buenos Aires, 2003, p. 770.

En la doctrina del Tribunal Constitucional como la STC Exp. N° 6712-2005-HC al establecer los requisitos de la prueba hacen referencia al principio de licitud por la que no pueden admitirse medios probatorios obtenidos en contravención del ordenamiento jurídico, lo que permite excluir supuestos de prueba prohibida.

En el NCPP hay una referencia a la prueba prohibida o prueba ilícita en el artículo 159 que dice que el juez no podrá utilizar, directa o indirectamente, las fuentes o medios de prueba obtenidos con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona.

1. Regla de exclusión

Esta regla construida por la jurisprudencia norteamericana, manda en dicho país, que cada prueba que haya sido obtenida en violación de las normas de protección de las garantías contenidas en la Constitución de los Estados Unidos, no pueda ser usada en juicio como defensa. Bajo esta regla la prueba así obtenida por una búsqueda y adquisición irrazonable será excluida como inadmisible bajo la cuarta enmienda(60).

Para esta exclusión en la doctrina norteamericana hay una excepción de buena fe (good faith exception) por la que cuando la evidencia ha sido descubierta por oficiales que actúan de buena fe y de modo razonable, aunque erróneamente crean que están autorizados a tomar dichas medidas. Por esta excepción, la evidencia no puede ser suprimida(61), es decir, que se evalúa el modo de adquisición centrado básicamente en el accionar de quienes levantaron la evidencia.

Es de recordar también los datos que derivan de una prueba ilícita quedan contaminados con estos. Esto es desarrollado por la doctrina del árbol venenoso (*fruit of poisonous tree doctrine*) que señala que cuando la prueba es directamente el resultado de una investigación ilegal o de una interrogación ilegal, es generalmente inadmisible como elemento probatorio en su origen aunque el conocimiento de los hechos siguientes que deriven de manera independiente de los originales viciados sean admisibles(62). Bajo esta perspectiva, una prueba que contamina la información que se derive directamente de ella en forma dependiente.

(60) FALCÓN, Enrique M. *Tratado de la prueba*. Tomo I, Astrea, Buenos Aires, 2003, p. 773.
(61) Ibídem, p. 770.
(62) Ibídem, p. 774.

2. Límites de las reglas de exclusión

Derivaciones restrictivas sostienen que cuando por una vía o cauce independiente se demuestra que se habría llegado al mismo resultado, aunque no se hubiera adquirido la prueba de manera ilegal, incluso sin que se produzcan los medios independientes, la prueba ilícita podrá ser tomada en cuenta(63). En esta se hace una representación mental de la forma como se llegó al medio de prueba, si se hubiese hecho por los mecanismos legales y se hubiese dado el mismo resultado; si se ha obtenido ilícitamente, pero el resultado sigue siendo el mismo, entonces la prueba es válida.

3. Precedentes vinculantes: audiencia de tutela de derechos y exclusión de prueba prohibida

El Acuerdo Plenario 4-2010/CJ-116 desarrolló el tema de la audiencia de tutela que tiene la finalidad de proteger los derechos fundamentales del imputado y que el juez disponga medidas correctivas si fuera el caso. La afectación puede provenir del fiscal o la policía (art. 71.4 del NCPP). Se considera que esta audiencia tiene carácter residual cuando la afectación de derechos fundamentales no tiene vía propia. Si se solicita una tutela de derechos el juez, está obligado a convocar audiencia; sin embargo, si el agravio puede ser irreparable excepcionalmente puede prescindir y resolver de manera directa. El juez no convocará si detecta que es con la finalidad de obstruir la investigación pudiendo desde un examen de admisibilidad rechazar liminarmente la solicitud.

Esta decisión guarda relación con pronunciamientos contrarios a que en audiencia de tutela se decida sobre la exclusión de prueba prohibida como la siguiente:

Exp. N° 00017-2008-15 Sala de Apelaciones de Moquegua del 20-06-2008: "Si es que se obtienen fuentes de prueba con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales, el momento para cuestionar dicho material probatorio no es la fase de investigación sino la fase intermedia o el juicio oral, por lo que, en estos casos, debe declararse improcedente el pedido de tutela"(64).

Respecto a si se puede solicitar la exclusión de prueba prohibida en la audiencia de tutela de derechos que ha generado posturas contradictorias en la jurisprudencia sobre el NCPP, el Pleno de supremos en el Acuerdo Plenario N° 4-2010/

(63) Ibídem, p. 789.
(64) ESPINOZA GOYENA, Julio César. Ob. cit., p. 52.

CJ-116 ha determinado como regla que si se puede discutir y, en consecuencia, si se acredita la existencia de prueba prohibida, el juez de la investigación preparatoria puede eliminarla. Es menester citar el fundamento de la regla jurídica:

> "(…) a través de la audiencia de tutela se podrá solicitar la exclusión del material probatorio obtenido ilícitamente –en los casos en que esta sea la base de sucesivas medidas o diligencias– siempre que no exista una vía propia para alcanzar este propósito y que tenga que ver con la afectación o vulneración de alguno de los derechos fundamentales del imputado reconocido en el artículo 71, NCPP. La posibilidad de atacar el material probatorio obtenido ilegalmente deriva del reconocimiento del principio de legitimidad de la prueba –axioma que instruye que todo medio de prueba será valorado solo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo, y que carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona– que se encuentra establecido en el artículo VIII del Título Preliminar del NCPP y de la que establece que el juez no podrá utilizar, directa o indirectamente, las fuentes o medios de prueba obtenidos con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona. Lo anotado hace viable que en la Audiencia de tutela se cuestionen los elementos probatorios obtenidos mediante procedimientos ilegales o viciosos y que una vez comprobada su ilicitud el juez determine su exclusión, como medida correctiva o de protección".

No sé hasta dónde sea viable este cuestionamiento del medio de prueba cuando existe una etapa intermedia de control de acusación que permitirá también examinar el ofrecimiento. Allí también es el escenario donde el juez podrá excluir medios de prueba con vicios de ilegalidad declarándola inadmisible.

Quizás lo que podemos entender aquí es que se trata de cuestionar actos de investigación que están siendo realizados ilegalmente de tal forma que los resultados de estos actos, violatorios de derechos fundamentales sean empleados para sustentar una acusación. Para qué esperar que se llegue a la etapa intermedia si se puede impedir que se declare sin efecto ese acto ilícito. Aquí sí tendría un sentido la exclusión como medida correctiva.

XII. Prueba diabólica

¿Puede probarse que no existen marcianos en Marte? ¿Puede probarse que el imputado no participó en el homicidio de la víctima? ¿Cómo probar un hecho

inexistente? Esto sí es un problema complejo que directamente no se puede probar y es conocida como la prueba diabólica. ¿Habrá forma de probar que el hecho no existió? Si asumimos que lo que se prueba son enunciados fácticos referidos a sucesos acaecidos, para acreditar, por ejemplo, que Juan no estuvo presente en la escena del crimen, la única forma de arribar a esa conclusión es probando un hecho positivo, que Juan estuvo en otro lugar, y por inferencia tenemos que Juan no pudo estar en dos sitios distintos a la vez, salvo que tenga el poder del desdoblamiento o tenga un gemelo.

1. La prueba diabólica en la jurisprudencia constitucional

En la STC Exp. N° 06135-2006-PA/TC-Ica, Caso Hatuchay E.I.R.L. seguida contra el Indecopi que tiene como antecedentes un procedimiento sancionatorio, en la que se precisan reglas probatorias clásicas como a quien corresponde la carga de la prueba, pero en cuanto a la prueba diabólica la conciben no como la prueba de un hecho inexistente sino de algo difícil de probar. Veamos cómo se les describe en el siguiente párrafo:

> "En el procedimiento sancionatorio seguido contra la recurrente en Indecopi resulta que la parte denunciada debe probar que la parte denunciante carece del título del derecho que dice representar. Ahora bien, como es sabido, constituye principio procesal que la carga de la prueba corresponde a quien afirma un hecho. Si la sociedad colectiva denunciante afirma detentar la representación de determinadas obras, no resulta nada oneroso para ella exhibir el documento que la acredita. Por el contrario, si es a la parte denunciada a quien se exige acreditar que la sociedad colectiva carece del título de representación, significa ello una carga excesiva e intolerable. Esto es así debido a que mientras para la parte denunciante el acreditar la representación de la obra no significa carga alguna, dado que tiene a disposición el archivo de documentos donde consta el otorgamiento de la representación, para el denunciado significa una carga excesiva, de difícil acreditación, e incluso, para algún denunciado, de acreditación prácticamente imposible. Tal exigencia constituye un típico caso de prueba diabólica, dado que significa exigir al denunciado una prueba de difícil e, incluso, imposible acreditación, pero ello no por su inexistencia, sino por el considerable grado de dificultad que implica su obtención".

La exigencia probatoria de un hecho difícil de acreditar puede ser atentatoria al principio de igualdad de las partes. Así se señala en el siguiente considerando:

> "Esta situación tiene como consecuencia que el denunciado se encuentre en desventaja con respecto al denunciante, en relación con la posibilidad de probar (probar algo de difícil acreditación y que, por el contrario, puede efectuarlo fácilmente el denunciante) y, con ello, con la posibilidad de defenderse de manera efectiva; dicho de otro modo, la disposición cuestionada coloca en desventaja al denunciado frente al denunciante, con respecto al ejercicio de su derecho a probar y de su derecho de defensa. Esta circunstancia es por sí misma lesiva del derecho de igualdad procesal".

No puede obligarse al imputado que pruebe su inocencia, esta es una responsabilidad del Ministerio Público; sin embargo, la defensa puede ofrecer una teoría de refutación y debe sustentarla en medios probatorios.

En la jurisprudencia española la prueba diabólica está proscrita, así lo señala el **Tribunal Supremo** en la sentencia emitida por Sala de lo Penal Sección 1 Nº de Recurso: 715/2006 Nº de Resolución: 1200/2006 Procedimiento: PENAL - así: "De todos es sabido, por así explicarlo nuestro Tribunal Constitucional, que la presunción de inocencia en el orden penal comporta: 1) La carga de la prueba sobre los hechos constitutivos de la pretensión penal corresponde exclusivamente a la acusación, sin que sea exigible a la defensa una **probatio diabólica** de los hechos negativos".

El Tribunal Constitucional español en la Sentencia Nº 342/2006, de 11/12/2006, al desarrollar en el ámbito laboral la actividad probatoria hace distinciones entre la prueba indiciaria y la prueba diabólica así:

> "Es sabido que la prueba indiciaria se articula en un doble plano. El primero, la necesidad por parte del trabajador de aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental, principio de prueba o prueba verosímil dirigidos a poner de manifiesto el motivo oculto que se denuncia. Bajo esas circunstancias, el indicio no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que debe permitir deducir la posibilidad de que ha podido producirse. Solo una vez cumplido este primer e inexcusable deber, recaerá sobre la parte demandada la carga de probar que su actuación tuvo causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración, así como que tenían entidad suficiente para justificar la decisión adoptada. Dicho de otro modo, para que opere este desplazamiento de la carga probatoria no basta que el trabajador tache de discriminatoria la decisión empresarial, sino que ha de acreditar la existencia de indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción a favor

> de semejante alegato. Ahora bien, una vez producida esta prueba indiciaria, la empresa demandada asume ya la carga de probar que los hechos motivadores de la decisión son legítimos o, aún sin justificar su licitud, se presentan razonablemente ajenos a todo móvil atentatorio de derechos fundamentales. No se le impone, por tanto, la **prueba diabólica de un hecho negativo** –la no discriminación–, sino la de acreditar la razonabilidad y proporcionalidad de la medida adoptada y su carácter absolutamente ajeno a todo propósito atentatorio de derechos fundamentales. Por este motivo es exigible un principio de prueba revelador de la existencia de un fondo o panorama discriminatorio general o de hechos de los que surja la sospecha vehemente de la discriminación (por todas, SSTC 17/2003, de 30 de enero, f.j. 3, 98/2003, de 2 de junio, f.j. 2, y 175/2005, de 4 de julio, f.j. 4).

En esta sentencia observamos que el Tribunal Constitucional español descarta la presencia de prueba diabólica en este caso, puesto que para generar una probanza sobre razonabilidad de la medida tomada por la empresa en contra del trabajador, bastaba que este último expresar datos indiciarios objetivos para trasladar la carga de la prueba a la empresa, la que reiteramos coincidiendo con el TC español no es prueba diabólica.

XIII. Contaminación de las fuentes de prueba

Un fiscal o un policía en la escena de un homicidio recogen la evidencia, un cuchillo sin la debida diligencia o precauciones, y aparecen impregnadas sus huellas digitales en la misma. Al realizarse una pericia dactiloscópica van a encontrar las huellas del presunto autor más la de los que cogieron sin la debida protección. Lo que han hecho es contaminar estas fuentes que podrían haber sido útiles para los fines de la investigación.

Las técnicas para el recojo de evidencia nos los da la criminalística que se la define como la disciplina auxiliar del Derecho Penal que aplica los conocimientos, métodos y técnicas de investigación de las ciencias naturales en el examen del material sensible significativo relacionado con un presunto hecho delictivo, con el fin de determinar su existencia, o bien reconstruirlo, para señalar y precisar la intervención de uno o varios sujetos, llegando así a la verdad histórica del hecho(65).

(65) CORIA MONTER, Paulo Roberto. *Introducción a la Criminalística de Campo y de Laboratorio*. Ciencia Forense.cl Revista On-Line de Criminalística <http://www.cienciaforense.cl/cs.i 2008>, p. 1. [Fecha de consulta: 3 de julio de 2013].

En la averiguación de la verdad, la criminalística realiza inferencia lógica en base a los indicios o evidencias obtenidas en la escena del delito, y se sustenta en los siguientes principios:

1. **Principio de intercambio** o de transferencia. En 1910 el criminólogo francés Edmund Locard observó que todo criminal deja una parte de sí en la escena del delito y se lleva algo consigo, deliberada o inadvertidamente. También descubrió que dichos indicios pueden conducir la identidad del autor. El razonamiento lógico de Locard se considera como la piedra angular de la investigación científica de los crímenes.

2. **Principio de correspondencia**. Establece la relación de los indicios con el autor del hecho delictuoso. Por ejemplo: si dos huellas dactilares corresponden a la misma persona, si dos proyectiles fueron disparados por la misma arma, etc.

3. **Principio de reconstrucción de hechos**. Permite inferir a partir de los indicios localizados en el lugar de los hechos, en qué forma ocurrieron estos.

4. **Principio de probabilidad**. Para establecer la posibilidad o imposibilidad de un fenómeno con base en el número de características verificadas durante un cotejo[66].

Cuando se participa en la investigación con conducción fiscal se debe cuidar que se apliquen las técnicas y métodos de la disciplina criminalística, lo que implica que todos los que participan deben saber cómo comportarse en el recojo de evidencias porque puede darse el caso que se alteren o modifiquen aquellas de tal forma que se garantice su autenticidad artículo 220.5 NCPP. Se puede reconocer cuatro modalidades de modificación o alteración de la evidencia:

1. Intencionales. Cometida por los probables responsables o familiares de las víctimas con intereses varios. Aquí ya estamos ante la comisión del delito de encubrimiento real (art. 405 del Código Penal).

2. No intencionales. Suele ser cometida por personal de Seguridad Pública, Policías Auxiliares, Servicios de Emergencias, bomberos, familiares, periodistas y curiosos.

3. Por causas naturales (lluvia, polvaredas, fuegos, inundaciones)

4. Por desconocimiento, impericia o inexperiencia del propio investigador

(66) Ibídem, p. 3.

Capítulo III
Los medios de prueba

I. Declaración del imputado

La discusión en la doctrina procesal es si la declaración del imputado constituye un medio de prueba, por ejemplo, la confesión. Aquellos que se pronuncian en sentido negativo estiman que el interrogatorio dirigido al imputado es un medio de información y de defensa, y se halla configurado como una suerte de invitación enderezada a requerir de aquel, argumentos adversos a la acusación(67). Manzini considera que si bien dicho interrogatorio constituye primordialmente un medio de defensa, puede, sin embargo, ser fuente de prueba, coadyuvando en este aspecto a lograr la convicción del juez. La posición contraria señala que la verdadera esencia de la declaración del imputado consiste en proporcionar al órgano judicial elementos encaminados a formar su convicción acerca de la existencia de los hechos que han de servir de fundamento a su decisión, y constituye, por lo tanto, un medio de prueba(68). En uno u otro sentido, tenemos que el imputado va a brindar información, la que tendrá que ser valorada en conjunto en la etapa decisoria.

Como parte de una estrategia defensiva, puede ser necesario que el imputado declare a fin de descargar respecto de los hechos que el fiscal lo considera autor o partícipe. Se concibe la declaración como un derecho. Durante todas las etapas del proceso, el imputado voluntariamente puede declarar y ampliarla. El límite a una ampliación es si es pertinente y no aparezca como un procedimiento dilatorio o malicioso (art. 86.1). En la investigación preparatoria, prestar declaración ante el fiscal con la asistencia obligatoria de su abogado, cuando sea ordenado o él lo solicite. Podrá prestar su declaración en el juzgamiento en la oportunidad que prevé el Código Rituario.

(67) ENRIQUE PALACIO, Lino. Ob. cit., p. 154.
(68) Ídem.

1. Declaración en la diligencia preliminar

Previo a que declare el imputado se le comunicará el hecho objeto de imputación, los elementos de convicción y de pruebas existentes, y las disposiciones penales que se consideren aplicables, la calificación jurídica del delito. Se procederá igual cuando se trata de cargos ampliatorios o de la presencia de nuevos elementos de convicción o de prueba (art. 87). Aquí está implícito el derecho constitucional de conocer los cargos que se le imputan. Se le debe comunicar los derechos que poseen, los que se encuentran enumerados en el artículo 71, numeral 2, del NCPP como el derecho a abstenerse de declarar y que esa decisión no podrá ser utilizada en su perjuicio; se le instruirá que tiene derecho a la presencia de un abogado defensor, y que si no puede nombrarlo, se le designará un defensor de oficio. El derecho a que si el abogado recién se incorpora a la defensa, el imputado puede consultar con él antes de iniciar la diligencia y si es necesario el derecho a pedir la postergación de la misma.

Se le informará que puede solicitar la actuación de medios de investigación o de prueba; para efectuar las aclaraciones que considere convenientes durante la diligencia, así como a dictar su declaración durante la etapa de investigación preparatoria.

El fiscal le exhortará a que responda con claridad y precisión las preguntas que se le formulen, pero en la investigación preparatoria el juez podrá darle a conocer los beneficios legales que puede tener si coopera para el pronto esclarecimiento de los hechos, lo que abre paso a las salidas negociadas.

2. Desarrollo de la declaración

La declaración tiene dos etapas, la informativo-identificatoria se reduce a la obtención de todos sus datos personales con la finalidad de producir su identificación y hacerle saber sus derechos[69] y **la indagatoria** que, superando a la meramente identificatoria analizada precedentemente, es el acto rodeado de formalidades protectoras de garantías constitucionales en el que se escucha al imputado respecto del cual y con relación al hecho investigado ya se han reunido suficientes pruebas como para sospechar fundadamente que él es responsable por el hecho en algún grado de participación[70].

(69) MORAS MON, Jorge. Ob. cit., p. 195.
(70) Ibídem, p. 200.

En la fase identificadora, el imputado declarará respecto a nombre, apellidos, sobrenombre o apodo, si lo tuviere, lugar y fecha de nacimiento, edad, estado civil, profesión u ocupación, domicilio real y procesal, principales sitios de residencia anterior, así como nombres y apellidos de sus padres, cónyuge e hijos y de las personas con quienes vive. Por lo menos en los datos básicos como nombre y apellidos, edad y fecha de nacimiento, consideramos que el imputado tiene obligación de darlos, porque de lo contrario estaríamos ante supuestos de obstaculización de las indagaciones fiscales.

Además debe informar si ha sido encausado anteriormente por el mismo hecho o por otros, proporcionando los datos que permitan identificar el proceso o procesos seguidos en su contra.

Para futuras consecuencias civiles declarará si tiene bienes, en qué lugar están ubicados, quién los posee, y a qué título, como lo sería un arrendamiento, y si se encuentran libres de gravamen.

Se inquirirá respecto de sus relaciones con otros imputados si los hubiese y también con el agraviado.

3. Declaración respecto de los cargos

Pasada la fase identificatoria se procederá a invitarle a que declare sobre el hecho que se le atribuye y como parte del reconocimiento de su derecho a la defensa que indique cuáles son los actos de investigación o de prueba, si desea que se practiquen a su favor.

El imputado, cumplido lo anterior, será sometido a interrogatorio. Si se trata de la etapa preparatoria, lo harán directamente el fiscal y el abogado defensor. En el juicio participarán en el interrogatorio todas las partes mediante un interrogatorio directo. El juez podrá hacerlo, excepcionalmente, para cubrir algún vacío en el interrogatorio (art. 88.3 del NCPP).

El interrogatorio directo implica, desde la litigación oral, que se permitirá que el acusado exponga con preguntas abiertas sobre el hecho que le está siendo imputado. En esta clase de interrogatorio, las partes buscarán probar sus afirmaciones.

Las preguntas deberán ser claras y precisas, y no podrán formularse preguntas ambiguas, capciosas o sugestivas. Hay prohibición expresa que en este examen de coactar al imputado, ni inducirlo o determinarlo a declarar contra su voluntad, ni se le hará cargos o reconvenciones tendientes a obtener su confesión.

Desde una óptica de litigación oral se tiene que si el imputado va a brindar información y esta va a su favor, no vemos inconveniente que el fiscal, por ejemplo, o el abogado del actor civil, pueda hacer el examen indirecto, o contra interrogatorio que se caracteriza con preguntas cerradas. En todo caso esto requiere una precisión legislativa.

Durante la declaración del imputado podrá realizarse las diligencias de reconocimiento de documentos, de personas, de voces o sonidos, y de cosas que le será preguntados al procesado, siempre que estas sean pertinentes para el esclarecimiento de los hechos investigados, respetándose las formalidades establecidas para estos actos.

Por experiencia, tenemos que el estar allí durante un tiempo, dando información sobre los hechos imputados, implica que el procesado está sometido a una fuerte tensión, por lo que la fatiga en estos casos puede darse con mayor facilidad. Si se notara esto durante la declaración, será suspendida hasta que esta situación desaparezca**.**

La declaración del imputado en la investigación preparatoria deberá documentarse en un acta que la reproducirá del modo más exacto posible. El imputado puede dictar sus respuestas. La diligencia de declaración finalizará con la lectura y firma o, en su caso, la impresión digital, del acta por todos los participantes. Si el imputado se negara a declarar, total o parcialmente, se hará constar en el acta y si rehusare suscribirla, se consignará el motivo.

4. Pluralidad de imputados

El imputado se declarará siempre libre sin el uso de esposas u otros medios de seguridad, lo que no será óbice para no disponer las medidas de seguridad cercanas para prevenir cualquier acto negativo del imputado que altere el orden y la normalidad de la diligencia. No podrán asistir personas distintas a las autorizadas a participar en la diligencia. Cuando estuviere privado de su libertad, la diligencia se podrá llevar a cabo en recintos cerrados apropiados para impedir su fuga o que atente contra la seguridad de las personas.

Si se trata de varios imputados, el artículo 89 dice que se recibirá las declaraciones, evitando que se comuniquen entre sí antes de la recepción de todas ellas. ¿Cuál es la finalidad de esta regla? Podemos responder que es para evitar que se pongan de acuerdo para dar sus versiones; pero esto, en todo caso, es parte de su derecho a la defensa. Tiene sentido esta prohibición de comunicación si existe de por medio amenaza para que uno de los imputados declare bajo un libreto que le ha dado otro imputado. Entonces ya estamos en el ámbito de un supuesto de justificación por seguridad personal.

II. El imputado en el CPPMI

El tratamiento del imputado como informante en una investigación en su contra tiene larga data desde que era torturado en los modelos inquisitivos, hasta los sistemas modernos de garantías; pues de esto depende la legalidad o constitucionalidad de lo que se resuelva frente a los cargos penales.

El CPPMI en resguardo de estos derechos básicos señala al respecto que (art. 41) antes de comenzar la declaración se comunicará detalladamente al imputado el hecho que se le atribuye, con todas las circunstancias de tiempo, lugar y modo, en la medida conocida, incluyendo aquellas que sean de importancia para la calificación jurídica, un resumen del contenido de los elementos de prueba existentes y las disposiciones penales que se juzgue aplicables. Esto es de suma importancia porque se perfila el principio de imputación necesaria, del derecho del investigado a conocer sobre qué cargos va a responder, y que estos estén precisados en modo, lugar y tiempo, rol presunto y la tipicidad de la conducta. Además qué elementos de prueba hay contra él para que no quede en un cargo difuso, sin real sustento.

Se fija la obligación que se le advertirá también que puede abstenerse de declarar y que esa decisión no podrá ser utilizada en su perjuicio, como hemos visto incluso en procedimientos de los modelos mixtos.

Tanto el Ministerio Público como los jueces están obligados a instruirle al imputado acerca de que puede exigir la presencia de su defensor y consultar con él la actitud de asumir antes de comenzar la declaración sobre el hecho. En este caso, si no estuviere presente, se dará aviso inmediato al defensor, por cualquier medio, para que comparezca y, de no ser hallado, se fijará nueva audiencia para el día próximo, procediéndose a su citación formal. Esto es de suma importancia porque la presencia del abogado del imputado, es una garantía que se van a recibir sus declaraciones debidamente informado. Si no tiene defensa, el imputado puede contar con un abogado de oficio.

Se debe instruir al imputado que puede solicitar la práctica de medios de prueba a su favor.

Al inicio de la declaración se le invitará a dar sus datos personales, como nombre, apellido, sobrenombre, o apodo para fines exclusivamente de identificación, si lo tuviere, edad, estado civil, profesión, nacionalidad, fecha y lugar de nacimiento, domicilio real y legal, si lo tuviere, principales lugares de residencia anterior y condiciones de vida, nombre, estado y profesión de sus padres, cónyuge e hijos y de las personas con quienes vive, de las cuales

depende o están bajo su guarda, a expresar si antes ha sido perseguido penalmente y, en su caso, por qué causa, ante qué tribunal, qué sentencia recayó y si ella fue cumplida. Si hay una información exhaustiva en esta primera fase para fines de celeridad en las declaraciones posteriores bastará que confirme los datos entregados.

Luego se dará oportunidad al imputado para declarar cuanto tenga por conveniente sobre el hecho que se le atribuye y para indicar los medios de prueba cuya práctica considere oportuna. El Ministerio Público como el defensor podrán dirigir al imputado las preguntas que estimen convenientes, con la venia de quien presida el acto (art. 42) el CPPMI también posibilita que el juez de la instrucción o los miembros del tribunal competente puedan interrogar. Estas preguntas deben ser en lo posible para esclarecer lo informado por el imputado por el peligro que llevado al extremo los jueces hagan labores de fiscales.

Las declaraciones del imputado en la fase preparatoria se documentaran en actas que deberán, reproducir del modo más fiel posible, lo que suceda en la audiencia; las declaraciones, en lo posible, con las propias palabras del imputado. En este caso, el acto finalizará con la lectura y la firma del acta por todos los intervinientes. Puede darse la situación que el imputado no desea declarar, total o parcialmente. Esto se dejará constancia en el acta y si rehúsa firmar o suscribirla, se consignará el motivo. El CPPMI también recomienda que el acta pueda ser reemplazada total o parcialmente, por otra forma de registro como medios audiovisuales; quien preside el acto, determinará el resguardo conveniente para garantizar su inalterabilidad e individualización futuras.

Es importante distinguir entre actos de investigación y actos de prueba. En los primeros están los que realiza el Ministerio Público durante la fase preparatoria, teniendo carácter de reservado, y en los que limitadamente se aplica la contradicción, exclusión de la oralidad, no hay inmediación porque no hay juez, ni publicidad. Los actos de prueba que nacen en el juicio oral si tienen atravesado los principios de oralidad, contradicción, inmediación, publicidad entre otros, que contribuyan al juicio de hechos previo al de derecho.

En la fase preparatoria, el CPPMI le otorga una especie de poder de veto al investigado con los demás intervinientes. De allí que **quien** preside el acto, en el modelo acusatorio, es el fiscal podrá permitir, excepcionalmente y con anuencia del imputado, la asistencia del querellante y de las partes civiles, según las necesidades y condiciones del artículo 257[71], a quienes no será necesario

(71) **Artículo 257. Participación en los actos.** El Ministerio Público podrá permitir la asistencia del imputado, de los demás intervinientes, de sus defensores o mandatarios a los actos que se deba practicar, cuando

dar aviso sobre su realización. El imputado será consultado acuerda del derecho de exclusión antes de comenzar el acto, en presencia de su defensor, podrá también ejercer esta facultad durante la audiencia.

La regla siguiente establece cuales son los métodos que no pueden permitirse en un examen del investigado. Por ejemplo, en ningún caso se le requerirá al imputado ratificación solemne de su exposición, ni será sometido a ninguna clase de coacción, amenaza o promesa, salvo aquellas expresamente autorizadas por la Ley Penal o procesal, que la entendemos cuando está en un acto de indisciplina ante el fiscal. No se usará medio alguno para obligarlo, inducirlo o determinarlo a declarar contra su voluntad, ni se le hará cargos o reconvenciones tendientes a obtener su confesión. La idea centrada que se resuelve un caso por confesión o aceptación del investigado es errónea, porque no es lo único que se valora en cualquier caso.

El CPPMI establece que toda medida que menoscabe la libertad de decisión del imputado, su memoria o capacidad de comprensión y dirección de sus actos está prohibida, en especial los malos tratos, las amenazas, el agotamiento, las violencias corporales, la tortura, el engaño, la administración de psicofármacos, los llamados "sueros de la verdad", "detectores de mentiras" y la hipnosis están terminantemente prohibidos, pues aquí estamos traspasando el límite de la prueba prohibida.

Hay, sin embargo, formas vedadas que pueden emplearse para extraer información del imputado para ser usado en su contra, por lo que el CPPMI recomienda que las preguntas deban ser claras y precisas. Están prohibidas las preguntas capciosas o sugestivas y las respuestas no serán instadas perentoriamente, es decir, exigidas porque estamos ante una conducta coercitiva del interrogador.

Desde una perspectiva humana, el CPPMI establece como criterio que si por la duración del acto, el Ministerio Público observa signos de fatiga o falta de serenidad en el imputado, la declaración será suspendida, hasta que ellos desaparezcan. Por reglas de experiencia, una investigación penal somete al imputado en un stress que perturba su tranquilidad emocional.

---

su presencia fuera útil para el esclarecimiento de los hechos y no perjudique el éxito de la investigación o impida una pronta y regular actuación.

Los asistentes no tomarán la palabra sin expresa autorización de quien preside el acto, ni deberán perturbar la diligencia con signos de aprobación o desaprobación, pudiendo ser excluidos de la audiencia en caso de que no se comporten como corresponde, sin perjuicio de las sanciones a que hubiere lugar. Podrán solicitar que consten en el acta las observaciones que estimen pertinentes, incluso sobre las irregularidades y defectos del acto.

III. La confesión

El Código Procesal Penal de Francia considera que la confesión es un medio de prueba que se deja a libre valoración de los jueces (art. 428)[72]. Aquí se tiene con claridad que no es solo medio de defensa, sino de prueba.

El Código Procesal Penal del Salvador dice que la confesión clara, espontánea y terminante de haber cometido y participado en un hecho punible, rendida por el imputado ante el juez competente, podrá ser apreciada como prueba, según las reglas de la sana crítica (art. 258). Esta es una confesión judicial, y no ante cualquier juez, sino uno competente. En una apreciación más amplia de la confesión, el código salvadoreño le da calidad de medio de prueba a la confesión extrajudicial (art. 259) que es aquella no rendida ante juez competente, pero que puede ser apreciada, valorada si reúne los siguientes requisitos:

1) Que guarde concordancia con otros elementos de juicio que existan en el proceso sobre el hecho punible.

2) Si se prueba su contenido por uno o más testigos que merecieran fe al juez, aunque la confesión haya sido rendida ante cada testigo en distintos momentos y lugares.

3) Si él o los testigos dieren fe que el imputado, al rendir su confesión o suscribir la escrita, en su caso, no fue objeto de violencia física ni moral.

Por último la confesión ante autoridad administrativa podrá ser apreciada como prueba sí además de los requisitos anteriores fuere rendida con asistencia de defensor. La presencia de abogado es sustancial en el modelo peruano a diferencia del salvadoreño.

La confesión es la declaración que da el imputado cuando acepta los cargos presentados por el Ministerio Público. Sin embargo, se brinda garantías a esta aceptación para darle valor probatorio cuando es debidamente corroborada con otros elementos de convicción. La autoincriminación es insuficiente para sustentar una condena porque puede darse el caso que reconozca el delito y no hay información adicional que confirme la confesión. Se deberá establecer que la confesión sea dada libremente, es decir, que no haya, por ejemplo, violencia física o psicológica de por medio. Se debe apreciar

(72) Ley N° 93-2 del 4 de enero de 1993, artículo 93. Diario Oficial del 5 de enero de 1993 en vigor el 1 de octubre de 1994.

que el confeso esté gozando de facultades psíquicas normales y que la confesión sea prestada ante el juez o el fiscal, pero siempre con presencia de su abogado defensor. Si no se cumplen estas garantías perderá merito probatorio **(**art. 160 del NCPP**).** No es aplicable la antigua regla de a confesión de parte relevo de prueba.

1. Efecto de la confesión sincera

El NCPP reconoce la confesión como aceptación de cargos, pero adicionalmente le agrega la sinceridad y espontaneidad y se le podrá disminuir la pena hasta en una tercera parte por debajo del mínimo legal (art. 161 del NCPP). Por ejemplo, en un delito de robo agravado donde la pena mínima es de 12 años se podrá rebajar hasta 8 años. Si la confesión ha sido realizada luego de haber negado los cargos, a esta solo se le dará el tratamiento de aceptación de cargos que importa una confesión. Aunque la confesión si es verdadera se tiene por sincera, sino habría que admitir una confesión insincera que no sería tal entonces.

Aquí más bien habría que darle otra clasificación a esta confesión inmediata y mediata, si bien ambas deben considerarse como atenuantes tendría mayor peso a efectos de la reducción de pena la confesión inmediata o espontánea como dice el NCPP.

Por otro lado, cuando hay flagrancia no opera la confesión y tampoco cuando existen suficientes elementos de convicción para imputarle los cargos al confeso. Así, se establece en la resolución desaprobatoria de un acuerdo de Terminación Anticipada Exp. N° 2008-279-01-610-JM-P-01 JIP de La Libertad que dice: "La admisión de culpabilidad del imputado tiene, por mandato legal, el beneficio de reducción de la pena en una sexta parte, por lo que no puede otorgarse una reducción adicional por confesión sincera pues ello significaría un doble beneficio premial por un mismo hecho. Además, es ilógico que se pretenda admitir la confesión del imputado pues el imputado fue sorprendido en flagrancia".

2. La jurisprudencia suprema y la confesión

El enfoque de la confesión por la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema está plasmado en un conjunto de fallos, como el R.N. N° 1315-2004[73],

(73) Jurisprudencia Sistematizada de la Corte Suprema Perú. Editado por Comisión Europea. JUSPER. Poder Judicial. 2008. Edición Digital.

Callao, del 13 de junio de 2005 que establece los presupuestos de este acto voluntario del imputado en el sentido que "(…) a) Que la confesión constituye un acto procesal por el cual el imputado de un delito debe declarar ante la autoridad judicial competente de manera libre, consciente y espontánea ser autor del ilícito penal, declaración que debe ser corroborada con otros medios probatorios (…) b) Que, sin embargo, la confesión sincera del imputado no origina efectos de reducción de pena, cuando el sujeto es encontrado en delito flagrante, esto es, cometiendo el ilícito penal, con los elementos de prueba suficientes que determinen su autoría, y además cuando las circunstancias de su perpetración evidencian total convicción sobre su responsabilidad. c) Que en el caso sub judice, los procesados (…) fueron intervenidos encontrándoseles en su poder pasta básica de cocaína, por lo que su confesión es irrelevante". Libre consciente y espontánea, cualquier confesión no puede estimarse como tal pues se da en base algún calculo que realiza el procesado, o cuando hay flagrancia que excluye este medio de prueba como el R.N. N° 948-2003[74] Cañete del 26 de mayo de 2003 .

En el R.N. N° 3251-2002[75], del 16 de diciembre de 2006, se fija como regla que la confesión del imputado se invalida cuando este trata de encubrir a otra persona, pues allí estamos ante una figura de falta de sinceridad. En el R.N. Nº 2638-2006[76] Lima del **4** de octubre de 2006 no se favorece al imputado cuando al desarrollar su confesión esta no es veraz, coherente ni uniforme, por lo que en puridad no es una confesión, pues esta implica un relato de aceptación más o menos coherente.

La confesión sincera no puede ser tomada como referente a efectos de disminuir la reparación civil ya que esta se aplica solo para los efectos de la pena. Así, lo establece el R. N. N° 948 - 2005[77] Junín del siete de junio de dos mil cinco constituida en vinculante por el Acuerdo Plenario N° 1-2005/ESV-22 del treinta de setiembre de dos mil cinco. La confesión solo debe impactar en el ámbito de la pretensión punitiva y la determinación de la pena. La reparación civil, como demanda acumulada tiene otros parámetros, objetivos que no pueden dejarse a la confesión.

(74) Idem.
(75) Ídem.
(76) Ídem.
(77) Idem.

IV. El testimonio

El testigo es aquel órgano de prueba que va a dar en el proceso información relacionado a la imputación, objeto del proceso penal. La doctrina reconoce cuatro clases de testigos:

a) Directos o presenciales. Los que tienen una apreciación directa de los hechos que son objeto de la imputación.

b) Indirectos o de referencia. Los que informan sobre datos proporcionados por otras personas.

c) De conducta. Los que aportan elementos de juicio sobre el comportamiento del imputado.

d) Instrumentales. Los que acuden al proceso judicial para dar fe de algún documento o del contenido o firma(78).

El CPPMI señala que toda persona tiene el deber de concurrir a una situación practicada con el fin de que preste declaración testimonial, el de declarar la verdad de lo que sepa sobre el objeto de la investigación y el de no ocultar hechos, circunstancias o elementos contenidos sobre el contenido de su declaración (art. 169).

Como regla general, todos tienen capacidad para brindar testimonio; sin embargo, existen excepciones como el inhábil por razones naturales o el impedido por la Ley (art. 162.1 del NCPP). Se entiende como inhabilidad a quien no es capaz de ofrecer un testimonio conectado a la realidad. Por ejemplo, una persona que padece de esquizofrenia. Y en cuanto a los impedidos por ley aquel que tenga interés en el resultado del proceso judicial.

El juez está facultado a verificar la capacidad física o psíquica del testigo para tal efecto y si fuera necesario ordenará que ser realice las indagaciones, o pericias que podrán ser dispuestas de oficio (art. 162.1 del NCPP). Esto se conoce como prueba sobre prueba. Aunque en un contexto de refutación esto se hace para cubrir la deficiencia de las partes porque, por ejemplo, si el fiscal presenta un testigo de cargo que va afectar a la defensa del acusado, este tiene la obligación de solicitar un examen del testigo a efectos de invalidarlo.

(78) SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. *El nuevo proceso penal*. Idemsa, Lima, 2009, pp. 252-253.

Los ofrecidos por el inculpado como útiles a su defensa como **testigos de descargo**, y **los testigos de acreditación** que demuestren su probidad y buena conducta.

1. Obligaciones del testigo

El testigo tiene obligación de rendir su testimonio por lo que si no se presenta el CPPMI establece un procedimiento compulsivo (art. 176) sin perjuicio de su enjuiciamiento, cuando corresponda. Si comparece y se niega a declarar, se dispondrá su arresto hasta por doce horas, al término de las cuales si persistiere, se promoverá su persecución penal, si antes no hubiere sido iniciada. Se entiende que su negativa no responde a las facultades que posee legalmente, como declarar contra pariente.

El testigo si reside en el extranjero determinará que se proceda conforme a las reglas de cooperación internacionales para el auxilio judicial. Sin embargo, se podrá requerir la autorización del Estado en el cual se halle, para que el testigo sea interrogado por el representante diplomático o por el mismo tribunal, constituido en el país de residencia (art. 177).

La comparecencia de un testigo en el proceso penal es obligatoria, salvo que excepcionalmente por razones justificadas no puede acudir al llamado dentro de una ponderación con otras actividades que realiza en forma simultánea. Por ejemplo, obligaciones laborales o educativas o de otra naturaleza. Es decir, si un docente es llamado a declarar y se presenta a juicio, su inasistencia a su sede de trabajo no será sancionada porque está debidamente justificado (art. 163.1 del NCPP). El Código de 1940 en su artículo 140 señala que se deberá contemplar la situación laboral del testigo. Allí se establece que si fuese empleado público o militar en servicio, el juez, además de la citación directa, avisará por oficio al superior el hecho de la citación para que ordene la comparecencia. El testigo no puede excusarse con la falta de esta orden. Si el testigo que no asistió es un soldado, las responsabilidades serán del oficial superior que no ordenó la comparecencia.

Como regla general, el testigo está obligado a decir la verdad, sin embargo, existe un límite cuando en su versión salgan hechos que le podrían incriminar y también a las personas que tengan vínculo con él, tal como se señala en el numeral 1 del artículo 165. Estos son su cónyuge, los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, su conviviente, parientes por adopción. Respecto de los cónyuges o convivientes, la regla se aplica aun cuando haya cesado el vínculo conyugal o convivencial.

Si bien existe la obligación de declarar de policías, militares o miembros del Servicio de inteligencia; sin embargo, por razones de Estado, no se les puede obligar a declarar el nombre de sus informantes. Entonces ante esa limitación la valoración de la información dada será la vertida como un testigo de referencia. Si se hubiese revelado los nombres de los informantes y no son interrogados como testigo, las informaciones brindadas ni se recepcionarán ni utilizarán (art. 163.3 del NCPP).

2. Comparecencia del testigo

Conforme al CPPMI, la citación de los testigos se efectuará de conformidad con el artículo 170 y se instruirá al destinatario acerca de las facultades allí arregladas. Si hay urgencia pueden ser citados verbalmente o por teléfono. También el testigo podrá también presentarse espontáneamente a declarar. Si el testigo no reside o no se halla en el lugar debe prestar declaración, o en sus proximidades, la citación irá acompañada de una liquidación de la indemnización que se le pagará, a su pedido, fijada prudencialmente, o de los medios que se ponen a su disposición para el traslado y habitación.

Si el testigo no tiene medios económicos para el traslado, se le adelantarán los gastos necesarios, a su petición. La presencia del testigo si fuese prescindible en cuanto a su comparecencia personal, se podrá disponer su declaración por exhorto o mandamiento a la autoridad judicial de su residencia (art. 171).

La citación al testigo será conforme a las reglas del artículo 129 del NCPP, es decir, podrán ser citados por medio de la Policía o por el personal oficial de la Fiscalía o del Órgano Jurisdiccional. Cuando hay urgencia podrán ser citados verbalmente, por teléfono, por correo electrónico, fax, telegrama o cualquier otro medio de comunicación y se hará constar en autos. Los militares y policías en situación de actividad serán citados por conducto del superior jerárquico respectivo. El testigo podrá presentarse espontáneamente dejándose constancia (art. 164.2 del NCPP).

El testigo está obligado a intervenir en el proceso judicial y en caso de resistencia puede ser conducido de grado o fuerza con el auxilio de la Policía Judicial (art. 164.3 del NCPP). El artículo 64 del vigente todavía C. de Proc. P. faculta a los jueces instructores o de paz, a los miembros del Ministerio Público y Tribunales Correccionales ordenar directamente a los funcionarios de la Policía Judicial para que citen o detengan para la comparecencia de acusados, testigos y peritos. Esta regla se mantiene con el NCPP, pues si este no se presenta en la primera citación se puede emplear a la PNP para que a la fuerza se haga comparecer al testigo.

V. Abstención para rendir testimonio

Como referencia tenemos que el CPPMI (art. 171) establece que están facultados para abstenerse de declarar el cónyuge del imputado, sus ascendientes o descendientes, sus parientes consanguíneos o por adopción hasta el tercer grado y por afinidad hasta el segundo grado, o quien conviva con el imputado, ligado a él por lazos especiales de afecto.

En el caso de menores de catorce años o de personas que, por insuficiencia o alteración de sus facultades mentales o por inmadurez, no comprendieran el significado de la facultad de abstenerse, se requerirá la decisión del representante legal o un curador designado al efecto, que se aplica para adultos por incapacidad.

Es necesaria que las personas que tienen estas características deben ser informadas sobre la facultad de abstenerse de declarar antes del comienzo de cada declaración, porque ellas no conocen las normas, y hacerlo sin esa advertencia podría viciar el testimonio.

El CPPMI señala que no podrán ser admitidas como testigos las personas que, respecto del objeto de su declaración, tengan el deber de guardar un secreto particular u oficial, y que en caso de ser citadas, deberán comparecer, explicar el motivo del cual surge la obligación de guardar secreto y abstenerse de declarar (art. 172). La evaluación si puede o no declarar queda en manos del tribunal que si estima que el testigo invoca erróneamente la facultad de abstenerse o la reserva del secreto, ordenara su declaración. La resolución será fundada. Durante el procedimiento preparatorio decidirá el Ministerio Público (art. 173).

En el Código de Procedimientos Penales, específicamente el artículo 141 se establece prohibiciones para declarar, siendo extensiva esta regla al cónyuge del inculpado, sus ascendientes, descendientes, hermanos y hermanos políticos. Esta regla lo que hace es tutelar las relaciones familiares que se verían enturbiadas por declaraciones incriminatorias entre parientes. Esta prohibición no es absoluta, por eso el último párrafo del artículo comentado dice que las personas comprendidas en esos supuestos serán advertidas del derecho que les asiste para rehusar la declaración, en todo o en parte, de lo que se infiere que pueden declarar si lo desean voluntariamente.

La testimonial en el NCPP conforme al artículo 165.1 es facultativa respecto al testigo que tenga vínculo familiar con el imputado como el cónyuge, los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad,

el conviviente, los parientes por adopción. Incluso va más allá a los cónyuges o convivientes aun cuando haya cesado el vínculo conyugal o convivencial.

Se les advertirá obligatoriamente antes de la diligencia del derecho que tienen para rehusar a prestar testimonio en todo o en parte. Si no existiera la advertencia, el testimonio podría estar viciado de nulidad relativa.

El artículo 165.2 establece quiénes son las personas que deben abstenerse de declarar, quienes según la ley deban guardar secreto profesional o de Estado:

Las personas vinculadas por el secreto profesional no pueden ser obligadas a declarar sobre hechos conocidos por su ejercicio profesional, con excepción de los casos en los cuales tengan la obligación de relatarlo a la autoridad judicial. Quienes se encuentran protegidos son los abogados, ministros de cultos religiosos, notarios, médicos y personal sanitario, periodistas u otros que tengan dispensa legal; sin embargo, con excepción de ministros de cultos religiosos, no podrán negar su testimonio cuando sean liberados por el interesado del deber de guardar secreto. Sin perjuicio del respeto al secreto de confesión, sin embargo, si los confesos autorizan, no vemos impedimento para que se pueda dar esa información en juicio obviamente relevante y vinculado a los objetos de prueba.

Si los testigos fuesen funcionarios o servidores públicos y conocen de un secreto de Estado, es decir, información clasificada como **secreta o reservada**, tienen la obligación de comunicárselo a la autoridad que los cite. Ante esta información se suspenderá la diligencia y se solicitará información al Ministro del Sector que dentro de un plazo de quince días, precise si efectivamente son secretos de Estado. Si no es secreta, el testigo continuará declarando.

Si la información clasificada como secreta o reservada es imprescindible conocerla el juez, de oficio o a solicitud de parte, requerirá la información por escrito. Si fuera necesario podrá citar a declarar al o los funcionarios públicos que sepan sobre dicha información, e incluso al testigo inicialmente emplazado, para los esclarecimientos correspondientes.

VI. Contenido de la declaración del testigo

El artículo 166.1 del NCPP dice que el contenido de la declaración del testigo directo versa sobre lo percibido con relación a los hechos objeto de prueba.

Por la naturaleza de los datos que proporcionará el testigo conforme se establece en el artículo 138 del Código de Procedimientos Penales y que describe

el contenido de la testimonial es mucho más detallado que en el NCPP pues dice que serán citados los conocedores del delito esto es de testigos directos de la imputación o los conocedores de las circunstancias que precedieron, acompañaron o siguieron a su comisión.

El artículo 166.2 dice que si el conocimiento del testigo es indirecto o se trata de un testigo de referencia, debe señalar el momento, lugar, las personas y medios por los cuales lo obtuvo. En el primer supuesto se advierte que se trataría del testigo directo que en algún momento da una información que solo le consta referencialmente, mientras que en el seguido supuesto el testigo es totalmente de referencia. En ambos supuestos estos deben señalar la manera como obtuvieron la información.

Si se da la información de la fuente se insistirá aun de oficio que estos, si fuesen testigos, comparezcan. Si el testigo de referencia se niega a dar la identidad de esta persona, su testimonio no podrá ser utilizado, aunque podría tenerse como un indicio si es concordado con otras fuentes de prueba no necesariamente testimoniales.

Una limitación al testigo es que no puede expresar conceptos u opiniones que personalmente tenga sobre los hechos y responsabilidades, solo si se tratase de un testigo técnico que lo asemejaría a una suerte de perito con la diferencia que este tiene conocimiento directo con los hechos materia de imputación**.**

VII. Testimonio de altos dignatarios

Siendo una obligación general la declaración de testigos en las sedes fiscales o judiciales, esta tiene excepciones. El CPPMI dice que cuando los que tienen que declarar son las autoridades de los poderes del Estado establecidas en la Constitución, los embajadores y cónsules extranjeros, y los oficiales superiores de las fuerzas armadas en actividad y en tiempo de guerra, podrán solicitar que la declaración se lleve a cabo en el lugar donde cumplen sus funciones o en su domicilio, para lo cual propondrán oportunamente, la fecha y el lugar correspondiente (art. 170). Estas prerrogativas solo las tienen en el caso peruano las más altas autoridades civiles, no aplica a autoridades militares.

Como antecedente tenemos que el Código de Procedimientos Penales, también regula el testimonio de altos dignatarios que tienen el privilegio de ser examinados en su domicilio o en su despacho a su elección. Ese privilegio puede ser considerado como una afectación al principio de igualdad de armas, por ejemplo, tratándose de un agraviado con cualesquiera de esos cargos; sin

embargo, debe tenerse en cuenta que hay un traslado de la sede judicial al domicilio o despacho, y que la diligencia está bajo conducción del juez, y deberán declarar como cualquier testigo común. En la época reciente, hubo una exigencia de concurrencia a testimoniar al vicepresidente de la República Giampietri en sede judicial y ante la negativa de este alto funcionario, que invocaba su investidura, una Sala Superior de Lima le dictó apercibimiento de conducción de grado o fuerza. Mediante una acción de hábeas corpus por peligro de afectación de su libertad personal otra Sala Superior de la Corte del Callao resolvió fundar su petición ordenando que se aplique en su caso el privilegio provisto en el artículo 147 del Código de Procedimientos Penales.

El artículo 167.1 del NCPP establece también prerrogativas a altos funcionarios y dignatarios que declararán, a su elección, en su domicilio o en su despacho. Se faculta al juez disponer que se reciba su testimonio por escrito, cursando un pliego de preguntas que será elaborado a instancia de las partes. Estos son el presidente de la República, del Consejo de Ministros, congresistas, ministros de Estado, magistrados del TC, jueces de la Corte Suprema, fiscal de la Nación, fiscales Supremos, miembros del CNM, JNE y del Consejo Supremo de Justicia Militar, Comandantes Generales de los Institutos Armados, Director General de la Policía Nacional, presidente del Banco Central de Reserva, Superintendencia de Banca y Seguros, Contralor General de la República, presidentes de la Regiones, cardenales, arzobispos, obispos, o autoridades superiores de otros cultos religiosos.

El artículo 167.2. fija una excepción, esto es, que serán convocados a la sede judicial, salvo el caso de los presidentes de los Poderes del Estado y del presidente del Consejo de Ministros, cuando el juez considere indispensable su comparecencia para un acto de reconocimiento, de confrontación o por otra necesidad que surja del proceso penal.

El Testimonio de Miembros del Cuerpo Diplomático o Consular acreditados en el Perú se les recibirá su testimonio si es legalmente necesario y el medio será un informe escrito. El trámite a seguirse es enviarles por conducto del ministro de Relaciones Exteriores, el pliego de preguntas que será absuelto bajo juramento o promesa de decir verdad. También se procederá si el agente diplomático o consular culminó su misión y se encuentra en el extranjero (art. 168).

En el caso de diplomáticos acreditados en el país, el Código de 1940 establece que se recibirá su declaración voluntaria mediante un informe. Para esto el juez, por conducto del Ministerio de Relaciones Exteriores, le remite un pliego de preguntas, lo que en la práctica resulta muchas veces un trámite bastante engorroso.

Tratándose de testigos fuera del lugar o en el extranjero, el artículo 169 del NCPP establece que el testimonio se recibirá vía exhorto siempre que resulte imposible trasladarlo al despacho judicial. Introduce el uso de tecnología de la videoconferencia o la filmación de la declaración a la que podrán intervenir el fiscal y los abogados de los sujetos procesales. Esta experiencia de las videoconferencias ya se viene utilizando en varios distritos judiciales.

VIII. Desarrollo del interrogatorio

El CPPMI dice que se iniciará el interrogatorio instruyendo al testigo acerca de sus obligaciones y de las penas que amenazan su incumplimiento. Luego el testigo será interrogado sobre sus datos personales y las demás circunstancias útiles para valorar su testimonio. Si el testigo u otra persona estuviere en peligro, se lo podrá autorizar para que no indique públicamente su domicilio, tomándose nota reservada de él. Brindará su declaración sobre el hecho, respetándose, en lo posible (art. 178), las reglas de los artículos 313 y 314 las que versan sobre el orden de los testimonios, la prohibición de comunicación entre testigos y los posibles careos.

En el NCPP el juez antes de comenzar la declaración del testigo le instruirá de sus obligaciones y de la responsabilidad por su incumplimiento. Se emplea el juramento que básicamente se adscribe a aquellos que tienen alguna religión, y promesa de honor a quienes no teniendo religión o teniéndola les basta expresar un juramento personal. El ritual del juramento se encuentra regulado por el artículo 118 del NCPP que dice que cuando se requiera juramento, se recibirá según las creencias de quien lo hace y con la advertencia de la sanción por delito contra la Administración Pública. Quien va a declarar debe prometer decir la verdad respecto de lo que se le interrogue. Si este se niega a prestar juramento en razón de creencias religiosas o ideológicas, se le exigirá promesa de decir la verdad con los mismos apercibimientos.

El testigo que incurre en falsedad podrá ser denunciado por el tipo penal descrito en el artículo 409 del Código Penal que establece que si el testigo, en un procedimiento judicial, hace falsa declaración sobre los hechos de la causa o emite será reprimido con pena privativa de libertad, no menor de dos ni mayor de cuatro años. La forma agravada es si el testigo atribuye a una persona haber cometido un delito, a sabiendas que es inocente, la pena será no menor de dos ni mayor de seis años. También hay una regla de atenuación o exención si el agente rectifica espontáneamente su falsa declaración antes de ocasionar perjuicio. A veces detrás de una falsa declaración puede estar alguien interesado que lo haga de esa forma. Para este supuesto, existe la descripción

típica en el artículo 409-A[79] del Código Penal que dice que quien mediante el uso de fuerza física, amenaza, ofrecimiento o concesión de un beneficio indebido, impide u obstaculiza se preste un testimonio o induce a que se preste un falso testimonio será sancionado con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años. La agravante será cuando el hecho es cometido en investigación preliminar o proceso penal por delito previsto en los artículos 152, Secuestro; 153, Trata de personas; 153-A, Formas agravadas de la Trata de Personas; 200, Extorsión; 296, Promoción o favorecimiento al tráfico ilícito de drogas; 297, TID; Formas agravadas, 298 Microcomercializacióno microproducción de drogas o en la Ley N° 27765 (Ley Penal contra el Lavado de Activos), la sanción será de pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años y de ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa. También se le debe hacer conocer al testigo, que no está obligado a responder preguntas que podrían incriminarlo (art. 170.1 del NCPP).

1. Juramento y religión

No se le exige juramento o promesa de honor a quienes están bajo los supuestos del artículo 165.1 del NCPP como son su cónyuge, los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, su conviviente, parientes por adopción. Respecto de los cónyuges o convivientes, la regla se aplica aun cuando haya cesado el vínculo conyugal o convivencial. Se extiende la regla a los menores de edad y quienes presentan alguna anomalía psíquica o alteraciones en la percepción que no puedan tener un real alcance de su testimonio o de sus efectos (art. 170.2). Los testigos deberán ser examinados por separado para evitar que se establezca comunicación entre ellos de tal forma que puedan acomodar sus testimonios.

El juramento de testigo es un acto formal cuya inobservancia podría acarrear la nulidad del testimonio. Así se infiere del R. N. Nº 4210-2004[80] Lima del 08-02-2005, habiendo el encausado Juan Carlos Vilca Alcántara impugnado argumentando que no se cumplió con tomar el juramento de ley al testigo en el acto oral. El colegiado aparte de establecer que las pruebas actuadas probaban la responsabilidad penal del imputado dijo respecto del juramento: "(…) de la revisión del acta de la declaración del testigo Olivas Santiago se aprecia que el Colegiado Superior dejó constancia del juramento de ley que se tomó al citado testigo".

(79) Incorporado por el artículo 1 del Dec. Leg. Nº 982 publicado el 22-07-2007.
(80) Jurisprudencia Sistematizada de la Corte Suprema Perú. Editado por Comisión Europea. JUSPER. Poder Judicial. 2008. Edición Digital.

Taruffo considera el juramento como una reliquia histórica, pero que tuvo un rol importante en el derecho probatorio europeo. La idea básica detrás de este ritual es que una de las partes puede pronunciar en una forma solemne y bajo juramento una declaración sobre un hecho principal en el litigio y que tal declaración debe ser considerada como medio de prueba vinculante en virtud de su solemnidad y de las consecuencias por jurar en falso(81). De esta apreciación es menester preguntarnos si el juramento es garantía de veracidad, y si no lo es entonces por qué acudimos a este rito. Pues es en la certeza que se tiene respecto de la fuerza que tienen las creencias religiosas sobre el comportamiento del testigo que impedirá que este mienta, esto es, que sus convicciones son tan fuertes que serán un freno ante cualquier intento de no decir la verdad. Si no hay creencias religiosas se considera que el juramento obliga moralmente al testigo a decir la verdad. ¿Será verdadera esta premisa? Pues no se puede afirmar ciento por ciento. ¿La omisión del juramento podría acarrear la nulidad del testimonio? Consideramos que no porque lo central es la información que va a proporcionar el testigo y que va a ser confrontada en cuanto a su veracidad con otros medios de prueba. Con todas estas críticas que se le puede hacer, sin embargo, existe una exigencia legal de hacerlo así que dejándolo en su nivel tampoco creemos que hay que hacer una cuestión de estado por el cumplimiento de esta formalidad.

En el artículo 170.4 del NCPP se establece que previa a la propia testimonial se le preguntará al testigo sobre datos que deben ser relevantes para acreditar su identidad como su nombre, apellido, nacionalidad, edad, religión si la tuviera, profesión u ocupación, estado civil, domicilio. Sin embargo, qué tan relevante es preguntarle sobre su religión. La creencia de una persona entra en el terreno de la fe, de lo subjetivo y no tiene una importancia tal para los fines del proceso. Esta línea de razonamiento deviene de la STC Exp. N° 06111-2009-PA/TC del 7 de marzo de 2011 que frente a un petitorio para que se excluya en toda diligencia o declaración ante el Poder Judicial la pregunta sobre la religión que profesa el procesado o declarante en general como marco previo se centró sobre dos aspectos: a) El objetivo del proceso penal y el sentido de los interrogatorios y b) La relevancia o pertinencia de interrogar sobre la religión que profesa un procesado o declarante.

En cuanto al primer aspecto, el TC fija su posición de cómo concibe el objeto del proceso penal:

(81) TARUFFO, Michelle. Ob. cit., p. 73.

> "59. Al respecto y aun cuando puedan existir concepciones tradicionales para las que el proceso penal ha tenido por objeto la determinación de la responsabilidad criminal del imputado, hoy en día se acepta pacíficamente que la justicia penal no se sustenta en propósitos de carácter positivo estructurados prima facie a la búsqueda de un inevitable o necesario responsable del hecho criminal. Por el contrario, se trata de concebir al proceso penal como un instrumento orientado a la búsqueda de la verdad en torno a la comisión o no de un evento delictivo, así como de la responsabilidad o no del imputado. En otras palabras, se busca la verdad y no, de plano, la responsabilidad".

Al haber adoptado la postura que en el proceso penal se busca la verdad, señala cuáles son los procedimientos para poder lograr dicho cometido, y cuáles son los medios de prueba; teniendo un rol importante el interrogatorio y que debe estar vinculado a los objetos de prueba y los aspectos sobre los que verse el interrogatorio deben ser de interés y no se orienten hacia temas irrelevantes, impertinentes o innecesarios para los fines del proceso; sin embargo, el TC hace mención que nada impide que ciertos datos formales de todo justiciable sean requeridos por la autoridad judicial; pero que esta debe hacerse de la forma más concreta posible (Considerando 61 de la STC N° 06111-2009-PA/TC).

El Tribunal Constitucional, en un error de información, señala en su considerando 62 "(…) que aunque se ha vuelto una práctica común (no normativizada) el que las autoridades judiciales interroguen a los justiciables respecto de la religión que profesan". Se debe precisar que preguntar sobre la creencia religiosa no es una costumbre y si se encuentra positivizada en el artículo 145 del Código de Procedimientos Penales y el artículo 170.4 del NCPP.

El Tribunal llega a la conclusión que tal interrogante resulta en abstracto impertinente además de invasiva en relación con la libertad religiosa como mantener reserva sobre las convicciones religiosas (artículo 2, inciso 18, de la Constitución) y que es un dato que no contribuye al objetivo del proceso penal o en general a la Administración de Justicia y que subyace en esa pregunta un cierto prejuicio de individualizar y/o tratar a las personas a partir del dato que ofrece su orientación religiosa.

El Tribunal Constitucional estimó en parte el petitorio del demandante y estableció que no es compatible con la Constitución y dispone que la prohibición de indagar injustificadamente sobre la religión del compareciente no debe limitarse solo a las autoridades judiciales, sino, por igual razón, debe extenderse a toda autoridad o funcionarios públicos basando esta decisión extensiva en la regla que resume así: "los derechos constitucionales informan y se

irradian por todos los sectores del ordenamiento jurídico" (extraído del Exp. N° 976-2001-AA/TC, fundamento 5).

Continuando con los datos iniciales que debe dar el testigo, se tiene que está obligado a informar cuáles son las relaciones con el imputado, agraviado o cualquier otra persona interesada en la causa. Esto tiene el objetivo de establecer si existe algún interés. Para preservar su seguridad, puede indicar su domicilio en forma reservada y el juez debe disponer la divulgación en cualquier forma, de su identidad o de antecedentes que condujeren a ella (art. 170.4 del NCPP).

2. Dirección del interrogatorio

Al testigo se le interrogará sobre los hechos que conozca y que son objetos de prueba; respecto de la actuación de las personas que tengan algún vínculo con delito y alguna circunstancia útil para valorar su testimonio (art. 170.5 del NCPP). El interrogatorio busca la claridad y objetividad del testigo por medio de preguntas oportunas y observaciones precisas.

Se regulará el interrogatorio declarando inadmisibles las preguntas capciosas que son aquellas basadas en el artificio o el engaño para tener una respuesta favorable a la tesis de quien la fórmula. Sugestivas que son preguntas que tienen la respuesta en el contenido de la misma. Aquí el examinador es el que incorpora datos, no el testigo. Impertinentes, aquellas que no tienen relación con el objeto de prueba.

Ante la existencia de esta clase de preguntas serán el fiscal o el juez, según la etapa procesal quienes las rechazarán de oficio o a pedido de algún sujeto procesal.

En esta línea, las objeciones son el procedimiento utilizado para oponerse a la presentación de evidencia inadmisible, como también para objetar un comportamiento indebido durante el juicio(82). Además puede considerarse como una oposición a algún elemento o material de prueba que se pretenda introducir al proceso por algunas de las partes litigantes(83). Se requiere tener a un juez capacitado en litigación oral para reconocer si existen vicios en la pregunta, de tal forma que si los detectara, deber declarar su inadmisibilidad.

(82) FONTANET MALDONADO, Julio E. *Principios y Técnicas de la práctica forense*. 2ª edición, Editores Jurídicas. Puerto Rico, 2002, p. 69.
(83) QUIÑONEZ VARGAS, Héctor. *Las Técnicas de Litigación Oral en el proceso penal salvadoreño*. Consejo Nacional de la Judicatura. El Salvador, 2003, p. 175.

IX. El agraviado

Es considerado por el artículo 94.1 del NCPP como todo aquel que resulte **directamente ofendido** por el delito o **perjudicado** por las consecuencias del mismo. Puede ser una persona natural capaz o incapaz, persona jurídica o el Estado. La ley, en los casos que corresponda, indicará quién ejercerá la representación. Como el caso del Estado, que son sus procuradores.

En los delitos cuyo resultado sea la muerte del agraviado asumen dicha condición los establecidos en el orden sucesorio previsto en el artículo 816 del Código Civil, siendo los del primer orden, los hijos y demás descendientes; del segundo orden, los padres y demás ascendientes; del tercer orden, el cónyuge; del cuarto, quinto y sexto órdenes, respectivamente, los parientes colaterales del segundo, tercero y cuarto grado de consanguinidad. El cónyuge concurre en la representación en los dos primeros órdenes (art. 94.2 del NCPP).

En caso que se trate de personas jurídicas y los delitos que la afectan son cometidos por quienes las dirigen, administran o controlan serán considerados agraviados los accionistas, socios, asociados o miembros (art. 94.3 del NCPP).

Cuando sean delitos que afectan intereses colectivos o difusos, y lesione a un número indeterminado de personas como los delitos contra el medio ambiente, o en los delitos incluidos como crímenes internacionales en los tratados internacionales aprobados y ratificados por el Perú, las asociaciones podrán ejercer los derechos y facultades atribuidas a las personas directamente ofendidas por el delito, siempre que el objeto social de la misma se vincule directamente con esos intereses y haya sido reconocida e inscrita con anterioridad a la comisión del delito objeto del procedimiento (art. 94.4 del NCPP).

El agraviado es considerado Órgano de Prueba, esto es, que puede declarar en el proceso en calidad de testigo. Así, lo establece el artículo 117.5 del NCPP que dice que para él rigen las mismas reglas prescritas para los testigos.

En circunstancias especiales tiene ciertas prerrogativas como el señalado por el art. 95.1 c) que en los delitos contra la libertad sexual se preservará su identidad, bajo responsabilidad de quien conduzca la investigación o el proceso.

Si bien el interés del agraviado es que se le repare el daño causado, y que para la persecución del objeto civil tenga que constituirse en actor civil; sin embargo, esto no le exime del deber de declarar como testigo en las actuaciones de la investigación y del juicio oral.

En el supuesto de una pluralidad de agraviados por el mismo delito que se constituyen en actores civiles, el juez si considera que su número puede entorpecer el normal desarrollo del proceso y siempre que no existan defensas incompatibles, representen intereses singulares o formulen pretensiones diferenciadas, dispondrá nombren un apoderado común. Si no hay acuerdo expreso de los agraviados el juez designará al apoderado.

X. Testimonios especiales

A efectos de probar determinado hecho puede darse el caso que las personas tengan alguna discapacidad, o tenga problemas con el idioma. Hay obligación de darle un apoyo para que pueda discurrir su testimonio sin dificultad. El artículo 171.1 del NCPP señala que el testigo puede ser mudo, sordo o sordo mudo. También quien no hable el castellano esto es un extranjero o un nacional como un quechua hablante o aymara. Se dispondrá que declaren por medio de intérprete.

Otro caso es que el testigo se encuentre enfermo o que tenga imposibilidad de comparecer. Se le tomará la declaración en el lugar en que se halle. Si hay peligro que muera o tenga que viajar si es que ya no se puede aplicar la prueba anticipada que solo puede hacerse en investigación preparatoria o intermedia siempre antes del juicio oral, se dispondrá que se le tome su declaración de inmediato. Así lo dispone el 172.2 del NCPP.

XI. La revictimización

La posibilidad de afectación emocional de personas que pueden ser los agraviados o los indirectamente afectados por el delito, debe tomarse en cuenta a efectos de poder recibir la información de estos.

Hay una teoría sobre la revictimización, de tal forma que se debe evitar exponer, por ejemplo, en el caso de menores víctimas de abuso sexual, constantes interrogatorios que haciéndoles recordar lo sufrido, los someta a un nuevo agravio mental. Se trata que bajo la idea de protección de la víctima, no se repita la actuación en otra etapa procesal, donde tendría que decir lo mismo.

El artículo 172.3 del NCPP dice que cuando se deba recibir testimonio de menores y personas víctimas de hechos que las han afectado psicológicamente, se puede disponer su recepción en privado, es decir, que una forma de protegerla es que su declaración privada excepción del principio de publicidad, para evitar exponerla ante la vergüenza que signifique dar a conocer lo que le

ha sucedido. Esto no tiene sentido en la investigación preparatoria porque las actuaciones son bajo reserva. Entre otras medidas que adoptará el juez para proteger a la víctima, es que se dispondrá la intervención de un perito psicólogo quien será el que lleve el interrogatorio propuesto por las partes. El juez permitirá la asistencia de un familiar del testigo.

En estas reglas hay una contradicción lógica porque si se parte del supuesto que el agraviado es víctima real y hay que darle soporte emocional, ya se da por hecho que le ha sucedido algo, entonces solo queda probar quien es el responsable. ¿Y si la víctima no es realmente víctima? Por ello, esta regla debe adoptarse en casos muy específicos como agravio sexual. En otras clases de víctimas hay que ser muy cuidadosos.

Estos testigos especiales también pueden ser pasibles de efectuar reconocimiento de personas o de cosas. Como regla se establece que antes de ponerle al frente lo que debe reconocer, el testigo previamente tendrá que hacer una descripción, esto es, indicar cuáles son las características físicas que recuerda. Además debe relatar el lugar, tiempo, el estado y demás circunstancias en que se hallaba la persona o cosa cuando se realizó el hecho (art. 173.4 del NCPP).

XII. La pericia

El perito es el profesional con conocimientos científicos y técnicos que da su informe sobre algún hecho que debe ser probado. El perito también puede ser un tercero técnicamente idóneo llamado a dar opinión fundada en un proceso acerca de la comprobación de hechos cuyo esclarecimiento requiere conocimientos especiales sobre determinada actividad(84). La prueba pericial o peritación es una actividad desarrollada en virtud de encargo judicial por personas especialmente calificadas, distintas e independientes de las partes y del juez del proceso por sus conocimientos técnicos artísticos o científicos mediante la que se suministra al juez argumentos o razones para la formación de su convencimiento(85).

Para Clariá, el órgano de la peritación es el perito, quien es el experto en un arte, oficio, ciencia o técnica, *y* adquiere categoría procesal cuando es nombrado para que en un proceso dictamine con fines de prueba y que debe ser imparcial aun cuando su nombramiento provenga de propuesta de parte(86).

(84) FALCÓN, Enrique M. *Tratado de la prueba*. Tomo II, Astrea, Buenos Aires, 2003, p. 4.
(85) Ídem.
(86) CLARIÁ OLMEDO, Jorge. Ob. cit., p. 586.

El CPPMI establece que serán ofrecidos o designados como peritos quienes, según la reglamentación estatal correspondiente, acrediten idoneidad en la materia a que pertenece el tema sobre el cual han de expedirse. Si la ciencia, arte o técnica no está reglamentada o si, por obstáculo insuperable, no se pudiera contar, en el lugar de procedimiento, con un perito habilitado, se designará una persona de idoneidad manifiesta. Puede darse el caso que un experto conozca hechos o circunstancias espontáneamente, sin haber sido provocado por la actividad judicial, por lo que este no será un auténtico perito y debe ser examinado como testigo (art. 180).

El CPPMI recomienda que el tribunal competente, y, durante el procedimiento preparatorio, el Ministerio Público son los que seleccionarán los peritos y determinará el número de los que deban intervenir, según la importancia del caso y la complejidad de las cuestiones a plantear, atendiendo a las sugerencias de los intervinientes.

Al mismo tiempo, fijará con precisión los temas de la peritación, de oficio a petición del interesado, según corresponda.

Deberá acordar con los peritos designados el plazo dentro el cual presentará los dictámenes. El Ministerio Público podrá ordenar peritaciones durante el procedimiento preparatorio (art. 182) porque es el escenario donde recogerá elementos de prueba para sustentar una causa probable.

La razón de una prueba pericial es la explicación o mejor comprensión que requiere conocimiento especializado Científica, Técnica o Artística o de experiencia calificada. Así se establece en el artículo 172.1 del NCPP.

Se puede practicar pericia antropológica para determinar patrones culturales conforme al artículo 15 del Código Penal[87], esto es, probar el error condicionado culturalmente. Así lo establece el artículo 172.2 del NCPP que ordena practicar pericia para que el perito se pronuncie sobre las pautas culturales de referencia del imputado.

Un especialista conoce un hecho derivado de sus actividades como tal y espontáneamente, no será considerado como perito sino como testigo rigiendo para él las reglas de la prueba testimonial (art. 172.3 del NCPP).

(87) Artículo 15. Error de comprensión culturalmente condicionado. El que por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión, será eximido de responsabilidad. Cuando por igual razón, esa posibilidad se halla disminuida, se atenuará la pena.

1. Designación de perito. Procedimiento

El nombramiento de estos peritos conforme al artículo 173.1 del NCPP será realizado por el juez competente, y en la investigación preparatoria, el fiscal será el que lo haga y el juez en los casos de prueba anticipada, esto es, cuando exista necesidad de urgencia. Se escogerá como peritos especialistas donde los hubiere y, entre estos, a quienes se hallen sirviendo al Estado, los que colaborarán con el sistema de justicia penal gratuitamente. Esta regla es más amplia porque en puridad cualquiera que tenga acreditado su capacidad científica y técnica puede ser perito. Esto es, que su capacidad podrá provenir de su experiencia calificada adquirida por la práctica de un trabajo o el ejercicio de una actividad(88). También podrán ser entre los designados o inscritos, en los registros del Poder Judicial. El número de peritos se designarán de acuerdo a la complejidad del asunto o también cuando sean necesarios el concurso de más especialistas de diferentes disciplinas. Se tomará en consideración a las partes que podrán hacer propuestas o sugerencias.

También se regla que la labor pericial sin necesidad de designación expresa se encomendará a instituciones especializadas como son el Laboratorio de Criminalística de la Policía Nacional, Instituto de Medicina Legal, Sistema Nacional de Control, Organismos del Estado que desarrollan labor científica o técnica. También se solicitará las pericias a Universidades, Institutos de Investigación o personas jurídicas en general, siempre que reúnan las cualidades necesarias con obligado conocimiento de las partes procesales**.**

Una vez que el perito es designado tiene la obligación de ejercer el cargo salvo que exista alguna causal de impedimento. Deberá prestar juramento o promesa de honor no solo de desempeñar con verdad sino con la debida diligencia con sus conocimientos técnicos. Es en la juramentación donde deberá señalar si tiene algún impedimento amén de advertírsele que incurre en delito si falta a la verdad (art. 174.1 del NCPP).

2. Objeto del peritaje

Versará sobre al problema que tenga conexión con los hechos objeto de prueba. Esta precisión debe estar claramente establecida de tal forma que el perito tenga los marcos donde desenvolver su experticia. Puede ser una disposición si es nivel fiscal o una resolución si es designación judicial donde se debe fijar el problema y también el plazo del informe, oyendo al perito y a las

(88) YOMONA YOMONA, Edwin. "El rol del perito en el Código Procesal Penal de 2004". En: *Revista Gaceta Jurídica.* N° 12. Lima, junio de 2010, p. 294.

partes. Los honorarios de los peritos si es que no son gratuitos deben ser fijados con arreglo a una Tabla de Honorarios que determine el ejecutivo. Los costos deben ser razonables toda vez que por experiencia vemos que los casos se pueden frustrar cuando los peritos fijan honorarios muy altos e imposible de pagar por las partes; además se debe tener en cuenta que independientemente de la labor que desempeñan estos expertos se tiene que considerar también como un servicio a la justicia.

3. Impedimento

El CPPMI recomienda quienes no pueden ser designados como peritos:

- Quienes por insuficiencia o alteración de sus facultades mentales, o por inmadurez , no comprendan el significado del acto;
- Quienes deban o puedan abstenerse de declarar como testigos;
- Quienes hayan sido testigos del hecho objeto del procedimiento;
- Los inhabilitados, hasta un año después del agotamiento de la medida (art. 181).

Ningún experto podrá ser nombrado si es que se encuentra en los supuestos de ser cónyuge del imputado, pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o sea conviviente. Si es pariente por adopción y aun cuando haya sido cónyuge o conviviente y haya cesado dicho vínculo. Esto para garantizar la imparcialidad del perito. Además, personas que estén vinculadas con el imputado por secreto profesional (art. 165 numeral 1 y 2 inciso a).

No podrá ser nombrado quien ha sido perito de parte en el proceso mismo o proceso conexo. El profesional que está suspendido e inhabilitado en el ejercicio profesional, o que haya sido testigo del hecho constitutivo de la imputación.

Si ya fue designado el perito se excusará si tiene los impedimentos señalados párrafo arriba. Si no lo hace, las partes podrán tacharlos y si existe fundamento para que no desarrolle su función de perito será subrogado. Mientras se tramita la tacha no se impide que el perito presente informe pericial. También podrá ser subrogado o cambiado por otro experto si en la labor encomendada actúa con negligencia. Adicionalmente, el juez podrá informar a la entidad que lo cobija de su comportamiento que al final tiene efectos negativos sobre el proceso penal.

El perito tiene la facilidad para acceder al expediente y demás evidencias que sean manejadas por la autoridad jurisdiccional a fin de recolectar toda la información necesaria para el informe pericial. Deben señalar fecha de inicio del peritaje y su continuación (art. 176 del NCPP). Están obligados a guardar reserva.

XIII. Perito de parte

Las partes también luego de quinto día de notificado u otro plazo acordado por el juez pueden designar peritos (art. 177.1 del NCPP). El perito de parte tiene facultades para presenciar las operaciones del perito oficial, hacer observaciones y dejar las constancias conforme a su experiencia. Las operaciones periciales deberán esperar la designación del perito de parte salvo que sean sumamente urgentes.

El Código básicamente instituye la presencia de un perito de refutación y no le da la posibilidad que también desde su perspectiva haga el peritaje que considere adecuado. Esta es una limitación para las partes que de alguna forma podría ser atentatoria del derecho de defensa.

El CPPMI dice que dentro del plazo que el tribunal fije, cualquiera de los intervinientes puede proponer otro perito, en reemplazo del ya designado o para que dictamine conjuntamente con el cuándo, según las circunstancias particulares del caso, resultare conveniente su participación por su experiencia e idoneidad.

XIV. El informe pericial

El CPPMI señala cuales son los elementos que debe contener el dictamen emitido por el experto designado.

> "**187. Dictamen**. El dictamen será fundado y contendrá una relación detallada de las operaciones practicadas y sus resultados, las observaciones de los intervinientes o sus consultores técnicos y las conclusiones que se formulen al respecto de cada tema pericial, de manera clara y precisa. Los peritos podrán dictaminar por separado cuando exista diversidad de opiniones entre ellos.
>
> El dictamen se presentará por escrito firmado y fechado, u oralmente en las audiencias, según lo disponga el tribunal.

Al finalizar el dictamen, lo ratificarán con la fórmula prevista en el artículo 179".

Puede darse el caso que el dictamen es insuficiente por lo que el tribunal o Ministerio Público podrá ordenar la ampliación o renovación de la peritación, por los mismos peritos o por otros distintos.

Este documento en el NCPP reúne el conjunto de procedimientos realizados por el perito y sus conclusiones. El artículo 178 del NCPP establece que el informe deberá contener:

- Los datos del perito, como nombre, apellido, domicilio y Documento Nacional de Identidad. Número de su registro profesional en caso de colegiación obligatoria.
- Descripción del objeto que ha sido sometido a su conocimientos técnicos, sean personas o cosas.
- La exposición detallada de lo que se ha comprobado en relación con lo que se le ha encomendado.
- La fundamentación del examen técnico, esto es por qué fue necesario emplear conocimientos especializados.
- La metodología empleada para hacer el examen.
- Las conclusiones.
- La fecha, sello y firma.

En tanto se pretende que el informe sea lo más objetivo posible, se tiene que el informe pericial no puede contener juicios respecto a la responsabilidad penal del imputado. Hacer eso sería extralimitarse en el caso del perito. Podrá establecer una relación causal objetiva, pero la valoración corresponde al órgano jurisdiccional.

El perito de parte si discrepa con las conclusiones del perito oficial puede presentar un informe propio que deberá ajustarse a lo establecido en el contenido del informe del perito oficial, conforme a las pautas fijadas por el artículo 178 del NCPP. Esto se establece en el artículo 179 del NCPP, además puede hacer el análisis crítico del referido informe.

Como regla general el Informe del perito oficial es único. Si hay varios peritos oficiales y existe discrepancia, cada uno puede presentar su propio informe.

El plazo de presentación del informe deberá ser establecido por el fiscal o el juez cuidando de evitar la dilación del proceso. Puesto de conocimiento el informe pericial oficial, las observaciones podrán ser presentadas dentro de los cinco días (art. 180.1 del NCPP).

Por otro lado, si hay informe pericial de parte con conclusiones opuestas al del perito oficial se le correrá traslado para que en plazo de cinco días se pronuncie sobre el mismo (art. 180.2 del NCPP).

Si el juez o fiscal considera que el informe pericial oficial es insuficiente, podrá ordenar su ampliación por el mismo perito o nombrar otro perito para que emita uno nuevo.

XV. El examen pericial

Tanto el Código de Procedimientos Penales de 1940 en el artículo 295 y el NCPP establecen como regla general el examen del perito, sin embargo, debe tenerse en cuenta que en la realidad judicial solo tenemos a pocos peritos oficiales realizando innumerables pericias y existe dificultad real para traerlos a la instrucción o juicio a que sean examinados. Esto originó que los procesos fueran declarados nulos si se detectaban como omisiones; sin embargo, debía tenerse en cuenta que esta nulidad afectaba un largo y oneroso proceso judicial donde ninguna de las partes o el juez mismo había objetado el informe pericial. Frente a este problema real el Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales de la CS tomó el Acuerdo Plenario N° 2-2007/CJ-116 en Lima el 16 de Noviembre de 2007 y en su considerando octavo analizaba el examen como regla general:

> "Si bien esa es la regla general en materia pericial, que concreta el principio de contradicción –y cuando se hace en el acto oral, que es su sede natural, adicionalmente cumple los principios de inmediación y publicidad–, es razonable excepcionarlo sin mengua del contenido esencial de dichos principios cuando el dictamen o informe pericial –que siempre debe leerse y debatirse en el acto oral– no requiere de verificaciones de fiabilidad adicionales o cuando su contenido está integrado por aportes técnicos consolidados que no solo se basan en hechos apoyados exclusivamente por la percepción de una persona –primacía del aspecto técnico sobre el fáctico perceptivo–, con lo que el derecho de defensa no se desnaturaliza ni se lesionan los principios de inmediación, contradicción y oralidad".

La Corte Suprema en el Acuerdo Plenario comentado dice que el examen pericial**,** como toda prueba con un aspecto relevantemente documental, no es condición ineludible de la pericia, esto es que su no actuación no impide que sea examinada como medio de prueba por el tribunal del Juicio Oral. Como conclusión, fija la regla jurídica vinculante:

> "En consecuencia, su no actuación no es causal de nulidad de la sentencia –la obligatoriedad a que hace referencia la ley procesal no la ata a la nulidad de la pericia en caso de incumplimiento– ni de exclusión de la pericia como medio de prueba".

Que la ausencia de examen pericial no invalida la pericia y no es causal de nulidad, sin embargo, a efectos de garantizar el contradictorio la Corte Suprema establece en su considerando noveno:

> "(…) no significa que las partes no tienen derecho a solicitar la presencia de los peritos para el examen correspondiente. Solo se tiene en cuenta **(1)** las características de la prueba pericial –con especial referencia cuando se trata de pericias institucionales o emitidas por órganos oficiales–, y **(2)** que los principios han de acomodarse a la realidad social –la presencia ineludible de los peritos que la elaboran impediría la eficacia de la función pericial de esos organismos pues se dedicarían a concurrir a cuanto órgano judicial los cite con mengua efectiva a su labor de auxilio a la justicia–, ello sin perjuicio de reconocer que la actividad impugnativa de la defensa puede cuestionar o atacar el aspecto fáctico –falsedad– o el aspecto técnico –inexactitud– del informe pericial. Para lo primero, sin duda, es indispensable la concurrencia de los peritos, pero para lo segundo, basta el análisis integral del dictamen pericial y, en su caso, su refutación mediante pericia de parte. Si las partes no interesan la realización del examen pericial o no cuestionan el dictamen pericial, expreso o tácitamente –lo que presupone el previo conocimiento del dictamen y acceso a sus fuentes– es obvio que su no realización en nada afecta el derecho a la prueba ni los principios que la rigen. Por el contrario, si las partes lo solicitan o requerida la concurrencia de los peritos y estos –por cualquier motivo– no concurren, el análisis de la eficacia procesal del informe pericial estará dado por las características del cuestionamiento formulado, la necesidad objetiva del examen pericial solicitado y los recaudos de la causa. En estos casos, la regla será la pérdida de eficacia probatoria autónoma de la pericia, a menos que las objeciones de las partes –debidamente explicitadas– carezcan por entero de entidad, por ser genéricas o formularias, o por ser tardías o extemporáneas".

La salida dada por la Corte Suprema no atenta contra el contradictorio ya que se hace bajo el supuesto razonable que nadie cuestiona el informe pericial. En el NCPP, igualmente, podría excepcionarse esta regla siendo incorporado el informe pericial como prueba documental, salvo que alguna de las partes lo considere insuficiente y solicite que el perito sea examinado. Solo la realidad determinará la aplicabilidad del examen.

Sin perjuicio de lo razonado líneas arriba, tenemos que la finalidad del examen del perito es obtener una explicación sobre la comprobación que haya efectuado con el objeto de prueba. Si es perito de institución especializada, el examen será contra el perito que haya sido designado (art. 181.1 del NCPP).

Si hubiese informes periciales discrepantes se promoverá de parte o de oficio en el acto oral un debate pericial.

Si el perito de parte discrepa con el informe del perito oficial el 181.3 del NCPP obliga que se abra debate pericial.

1. Reglas del examen

Luego de ser identificado correctamente el perito prestará juramento o promesa de decir la verdad (art. 378.1 del NCPP). El interrogatorio de los peritos comienza con un resumen y las conclusiones del informe pericial. Si fuese necesario se leerá todo. Finalizada la lectura se le preguntará al perito si le corresponde el dictamen, si ha sido alterado y si la firma es de él. Se le pedirá que explique el procedimiento empleado para realizar el peritaje. Será interrogado por las partes en el orden que dispone el juez siendo la regla que empiece quien propuso la prueba, luego, los demás sujetos procesales (art. 378.5 del acotado).

Si en juicio oral el perito declara que no se acuerda, se le leerá la parte respectiva del interrogatorio anterior y también si hay contradicciones (art. 378.6 del NCPP). En el curso del examen, los peritos pueden consultar documentos, notas escritas y publicaciones. Si hay posturas discrepantes entre peritos, se realizará un debate pericial.

La parte que hace el contra interrogatorio puede confrontar al perito con sus propios dichos u otras versiones de los hechos presentadas en el juicio. El perito está obligado a expresar la razón de sus informaciones y el origen de su conocimiento, esto último tiene la finalidad de lograr su acreditación como experto.

A solicitud de cualquiera de las partes, el juez podrá autorizar un nuevo interrogatorio de los peritos que ya hubieran declarado en la audiencia; pero el juez debe tener razones para que pueda disponer un nuevo examen.

Ante la inconcurrencia de un perito que ha sido citado y no comparezca el juez ordenará que sea conducido compulsivamente con apoyo de la Policía Judicial. La parte que propuso al perito colaborará para que este experto se presente (art. 379.1 del NCPP). Si el perito no puede ser localizado para ser llevado a juicio, el proceso debe continuar con prescindencia de dicho órgano de prueba.

2. Normas de protección

El juez puede disponer que el perito sea examinado sin que el acusado esté presente cuando haya evidencia que no declare con la verdad por temor. (art. 380.1 del NCPP). Si el perito no puede concurrir a la Sala de Audiencia por un impedimento justificado como un asunto de salud, será examinado por el juez en el lugar donde se encuentre. Si está en un lugar territorialmente alejado a la jurisdicción donde se desarrolla el juicio el juez, se trasladará hasta ese lugar o podrá emplear sistemas de videoconferencia. Los abogados podrán representar a las partes (art. 381). En caso excepcional, el juez podrá comisionar a otro juez para la práctica de la prueba. En dicho órgano comisionado podrán intervenir los abogados de las partes y en un acta se deberá reproducir la actuación del perito, y si hay medios podrá grabarse o filmarse (art. 381.3).

XVI. El careo

Es un medio de prueba que se practica cuando existan discrepancias entre dos o más declaraciones. Se debe confrontar a las personas que la emitieron, a quienes se les llamará la atención sobre las contradicciones advertidas, instándolas al diálogo y a la reconvención, para superar las diferencias y averiguar la verdad. El careo podrá practicarse entre dos o más personas, y para la dirección de esto rigen las reglas del testimonio, de la peritación y de la declaración del imputado (art. 195 del CPPMI). El careo no puede ser ofrecido durante la etapa de admisión de pruebas si no hay contradicciones previas. Es un medio de prueba condicionado.

Conforme al artículo 182.1 del NCPP procederá cuando entre lo declarado por el imputado y otro imputado, testigo o agraviado surjan contradicciones importantes por lo que se oirá a los que han caído en esas discrepancia de

versiones. Este medio de prueba debe ser solicitado por una de las partes. En el artículo 130 del Código de Procedimientos Penales se faculta al Ministerio Público o el inculpado pedir una confrontación con los testigos que ya hayan prestado su declaración. Es facultad del juez ordenar la confrontación, pudiendo existir motivos para declarar infundado el pedido de confrontación atendiendo a reglas como la pertinencia. La decisión denegatoria se elevará de oficio al Superior que resolverá si se realiza o no la confrontación. Independientemente del pedido de parte conforme al artículo 131, el juez penal tiene facultades de oficio para ordenar la confrontación del inculpado con uno o más de los testigos. El NCPP establece con mayor amplitud que los sujetos procesales que pueden carearse, son el imputado y otro imputado, testigo o el agraviado. También se admite careo entre agraviados o entre testigos o agraviados con testigos (art. 182.2).

El artículo 182.3 del NCPP establece una prohibición: el careo entre el imputado y la víctima menor de catorce años de edad, salvo que quien lo represente o su defensa lo solicite expresamente. Como es sabido, se justifica por la teoría de revictimización y la defensa de los niños.

Las reglas para el careo establecidas en el artículo 183 del NCPP son:

- El juez hará referencia a las declaraciones de los sometidos a careo y les preguntará si las confirman o las modifican, invitándoles, si fuere necesario, a referirse recíprocamente a sus versiones.

- Luego el Ministerio Público y los demás sujetos procesales podrán interrogar exclusivamente sobre los puntos materia de contradicción y que determinaron la procedencia de la diligencia.

XVII. La prueba documental

Concebimos el documento como todo aquello que contiene información. El soporte puede ser papel que es lo clásico así como todo aquello que contenga información como los medios electromagnéticos.

El CPPMI establece en el artículo 191 que los documentos, cosas y otros elementos de convicción incorporados al procedimiento podrán ser exhibidos al imputado, a los testigos y a los peritos, invitándolos a reconocerlos y a informar sobre ellos lo que fuere pertinente. Puede darse la situación que los documentos guarden secretos, por lo que serán examinados de forma privada por el tribunal competente o por el juez de la instrucción, durante el procedimiento preparatorio. Si son útiles para la averiguación de la verdad se

incorporará al procedimiento, resguardando la reserva absoluta sobre ellos. En el sistema procesal, sería documentos vinculados a la seguridad y Defensa Nacional.

El artículo 185 del NCPP hace una clasificación de documentos que pueden ser los manuscritos, impresos, fotocopias, fax, disquetes, películas, fotografías, radiografías, representaciones gráficas, dibujos, grabaciones magnetofónicas y medios que contienen registro de sucesos, imágenes, voces. La lista no es limitativa porque se hace mención a otros análogos.

Quien tenga en su poder un documento está obligado a presentarlo, exhibirlo o permitir su conocimiento, salvo dispensa, prohibición legal o necesidad de previa orden judicial tratándose, por ejemplo, de secretos de Estado vinculados a la defensa nacional (art. 184.1 del NCPP).

El fiscal durante la etapa de Investigación Preparatoria tiene la facultad de solicitar directamente a quien tiene el documento, su presentación, exhibición voluntaria y, en caso de negativa, solicitar al juez la orden de incautación correspondiente (art. 184.2).

Un examen de conducencia de documentos le resta valor legal a aquellos que contienen declaraciones anónimas, y que no podrán ser llevados al proceso ni utilizados para nada. La excepción es cuando constituyen el cuerpo del delito o provengan del imputado (art. 184.3 del NCPP).

La actuación del medio de prueba documental implica si es necesario un previo reconocimiento por el autor o quien sea identificado según su voz, imagen, huella, señal u otro medio. Asimismo, será reconocido por quien efectuó el registro del documento, esto es quien grabó o filmó el mismo. También podrán ser llamados a reconocerlo personas distintas que tiene la calidad de testigo (art. 186.1 del NCPP). En caso de cuestionamiento respecto de la autenticidad del documento, podrá acudirse a una prueba pericial como una pericia grafológica.

Si el documento está redactado en otro idioma será necesario que sea traducido por un especialista oficial. Si es cinta magnetofónica, se dispondrá que se transcriba en un acta con intervención de las partes. Si es video, deberá visualizarse y se trascribirá en acta con participación de las partes. Si estos documentos audiovisuales son extensos, el acta podrá levantarse en el plazo de 3 días de realizada la diligencia previo traslado de las partes para que puedan hacer observaciones. Si se vence el plazo sin objeciones el acta se aprueba inmediatamente. Si hay observaciones serán estas resueltas por el fiscal o juez (art. 187 del NCPP).

Para los fines de la investigación preparatoria el juez o el fiscal podrán requerir informes sobre datos que consten en registros oficiales o privados. Si los requeridos incumplen con la solicitud, el retardo en su producción, la falsedad del informe o el ocultamiento de datos, serán corregidos con multa, sin perjuicio de la denuncia penal al presunto responsable. Podrá realizarse una diligencia de inspección o revisión y de incautación, si fuera necesario (art. 188 del NCPP).

Estas reglas para la recepción de documentos e informes tienen dos momentos como son la investigación preparatoria y luego el juicio, en el que la actuación del contenido de la prueba documental será de forma oral.

XVIII. El reconocimiento

Reconocer en su acepción básica es volver a conocer. En el caso de personas se trata que el testigo o agraviado vuelva a reproducir mentalmente las características de la persona que cometió el delito y compararlo con la persona que se le ponga al frente para identificarla. Por esto se considera que este es un acto definitivo e irreproducible(89). La finalidad del reconocimiento es determinar si aquel a quien se le atribuye participación de los hechos es, al menos a efectos de su posible imputación merecedor de tal condición(90).

El Código Procesal Penal de Colombia establece que se emplearán diversos métodos de identificación de las personas (art. 251). Estos pueden ser por características morfológicas de las huellas digitales, la carta dental y el perfil genético presente en el ADN. También se empleará otros exámenes de sangre o de semen; análisis de composición de cabellos, vellos y pelos; caracterización de voz; comparación sistemática de escritura manual con los grafismos cuestionados en un documento, o características de redacción y estilo utilizado en el mismo; por el patrón de conducta delincuencial registrado en archivos de policía judicial; o por el conjunto de huellas dejadas al caminar o correr, teniendo en cuenta la línea direccional, de los pasos y de cada pisada. Esta identificación para realizar el reconocimiento como se observa se apoya en la peritación.

La norma colombiana citada también permite que se realice el reconocimiento por medio de fotografías o videos. Si no hay un indiciado relacionado

(89) FALCÓN, Enrique M. Ob. cit., Tomo II, p. 417.
(90) CÁCERES, Robert E., IPARAGUIRRE, Ronald. *Código Procesal Penal Comentado*. Jurista Editores. Lima, 2006, p. 257.

con el delito, o existiendo no estuviere disponible para la realización de reconocimiento en fila de personas, o se negase a participar en él, la policía judicial podrá utilizar cualquier medio técnico disponible que permita mostrar imágenes reales, en fotografías, imágenes digitales o videos. Para realizar esta actuación se requiere la autorización previa del fiscal que dirige la investigación.

El procedimiento colombiano es que se le exhibirá al testigo un número no inferior a siete (7) imágenes de diferentes personas, incluida la del indiciado, si la hubiere. Las imágenes deberán corresponder a personas que posean rasgos similares a los del indiciado (art. 252).

También, si la persona está ubicada, o detenida pero se ignore su nombre, se practicará un reconocimiento en fila de personas (art. 253). La policía recabará una orden del Ministerio Público para hacerlo. Si lo obtiene la autorización el reconocimiento se realizará de acuerdo a las siguientes reglas:

> "1. El reconocimiento se efectuará mediante la conformación de una fila de personas, en número no inferior a siete (7), incluido el imputado, al que se le advertirá el derecho que tiene de escoger el lugar dentro de la fila.
>
> 2. No podrá estar presente en una fila de personas más que un indiciado.
>
> 3. Las personas que formen parte de la fila deberán tener características morfológicas similares; estar vestidas de manera semejante y ofrecer modalidades análogas, cuando sea el caso por las circunstancias en que lo percibió quien hace el reconocimiento.
>
> 4. La policía judicial o cualquier otro interviniente, durante el reconocimiento, no podrá hacer señales o formular sugerencias para la identificación.
>
> 5. Tampoco podrá el testigo observar al indiciado, ni a los demás integrantes de la fila de personas, antes de que se inicie el procedimiento.
>
> 6. En caso de ser positiva la identificación, deberá expresarse, por parte del testigo, el número o posición de la persona que aparece en la fila y, además, manifestará si lo ha visto con anterioridad o con posterioridad a los hechos que se investigan, indicando en qué circunstancias.
>
> 7. De todo lo actuado se dejará registro mediante el empleo del medio técnico idóneo y se elaborará un acta que lo resuma, cualquiera que fuere su resultado.

> Lo previsto en este artículo tendrá aplicación, en lo que corresponda, a los reconocimientos que tengan lugar después de formulada la imputación. En este evento se requerirá la presencia del defensor del imputado. De lo actuado se dejará constancia".

En el Código Procesal Penal de Costa Rica se ha previsto también este medio de prueba, pues dispone que el Ministerio Público o el tribunal puedan ordenar, con comunicación previa a las partes, que se practique el reconocimiento de una persona, para identificarla o establecer que quien la menciona efectivamente la conoce o la ha visto (art. 227).

El procedimiento para reconocer personas en el sistema costarricense tiene estos pasos:

- Antes del reconocimiento, quien deba hacerlo será interrogado para que describa a la persona de que se trata, que diga si la conoce o si, con anterioridad, la ha visto personalmente o en imagen.

- Deberá manifestar si después del hecho ha visto nuevamente a la persona, en qué lugar y por qué motivo.

- A excepción del imputado, el declarante será instruido acerca de sus obligaciones y de las responsabilidades por su incumplimiento y prestará juramento de decir la verdad, según sus creencias.

- Posteriormente, se invitará a la persona que debe ser sometida a reconocimiento a que escoja su colocación entre otras de aspecto físico semejante y se solicitará, a quien lleva a cabo el reconocimiento, que diga si entre las personas presentes se halla la que mencionó y, en caso afirmativo, la señale con precisión.

- Cuando la haya reconocido, expresará las diferencias y semejanzas observadas entre el estado de la persona señalada y el que tenía en la época a que alude su declaración anterior. Esa diligencia se hará constar en un acta, donde se consignarán las circunstancias útiles, incluso el nombre y domicilio de los que hayan formado la fila de personas. El reconocimiento procederá aun sin consentimiento del imputado (art. 228).

- Si son una pluralidad de reconocimientos estos deberán practicarse con quien corresponda por separado (art. 229).

El artículo 189.1 del NCPP estatuye que tiene la finalidad de individualizar a una persona. El reconocimiento de personas o cosas tiene como objetivo

lograr que se establezca sus características físicas a efectos de vincularlos con los hechos objetos de prueba, por ejemplo, que el testigo identifique que si la persona puesta para su reconocimiento como autor del delito.

En la realidad, cuando se está en la etapa preliminar, un investigado si es detenido, puede tener contacto con la víctima o la policía le proporciona a esta, algún conocimiento de sus características físicas, de tal forma que quien va a reconocer se siente influenciado por estas descripciones previas; por ello, se debe tratar de evitar que el agraviado o testigo tenga contacto con el imputado previo a su reconocimiento, de lo contrario se puede caer en errores y "contaminarse" este medio probatorio.

1. Procedimiento

La persona que realiza el reconocimiento previamente describirá a la persona aludida. Luego se le pone a la vista junto con otras personas de aspecto físico semejantes –es lo que se conoce como la rueda de reconocimiento– en presencia de todas ellas y desde un lugar donde no pueda ser visto. Lo más avanzado es colocarle vidrios que lo separen de los que va a reconocer. Se le preguntará si se encuentra entre las personas que observa, aquella a quien hubiere referido en sus declaraciones. Si responde afirmativamente, deberá indicar cuál persona es.

Cuando haya imposibilidad de traer al imputado se puede emplear fotografías u otros como vídeos debiéndose igualmente, previamente, describir a la persona (art. 189.2 del NCPP).

En el acto de reconocimiento en la investigación preparatoria, el artículo 189.3 establece que deberá participar el abogado defensor del imputado y si esto no fuese posible deberá estar el juez de la investigación preparatoria, debiendo considerarse esta diligencia como un acto de prueba anticipada.

El problema que ha surgido en la judicatura es respecto de los reconocimientos en rueda fotográfica realizados a nivel de investigaciones fiscales en el Distrito Judicial del Cusco. Se ha cuestionado la disposición de formalización de investigación preparatoria que ha aparejado como acto de investigación un reconocimiento de un imputado donde no estuvo presente el abogado defensor, y solicitando la nulidad de dicha disposición(91). Un tema en

(91) VELÁSQUEZ DELGADO, Percy. "El surgimiento del estatus de imputado. A propósito de unos reconocimientos en rueda fotográfica". En: *Revista Gaceta Penal y Procesal Penal*. Tomo 22, Gaceta Jurídica, Lima, abril de 2011, pp. 205-206.

principio que ha traído esta postura es el de si los jueces pueden anular una disposición fiscal. Una posición señala que esto no es posible toda vez que se estaría invadiendo las funciones del Ministerio Público y afectando el principio acusatorio, y la otra tendencia que considera que debe existir un control de los actos del Ministerio Público. Esto nos trae el problema de si una disposición fiscal es un acto procesal toda vez que la nulidad busca la renovación de un acto jurisdiccional y la disposición fiscal no lo es. Otro problema también tiene que ver desde cuando una persona adquiere calidad de imputado desde la disposición fiscal de formalización de la investigación preparatoria o desde que es sindicado preliminarmente por algún testigo. Esto es determinante, porque a partir de que la persona adquiere la calidad de imputado emerge su derecho de defensa.

Por ello, cabe preguntarse, en el caso de reconocimiento, si allí ya se encuentra en calidad de imputado y por ende necesita contar con una abogado para garantizar la legalidad del reconocimiento. Tema un poco complicado toda vez que tenemos también que la labor fiscal debe ser eficaz. Generalmente un reconocimiento parte de una previa identificación que hace algún testigo contra alguien y en puridad si se le está señalando como posible autor de un delito ya estamos ante la calidad de imputado si es que en la descripción sin reconocimiento se tienen datos claros sobre quien sería. Si esto es así en la rueda de reconocimiento debería estar presente el abogado defensor. Lo más probable es que el reconocimiento sea fotográfico, salvo que la persona emplazada sea citada para que voluntariamente se presente a dicha diligencia. Desde una postura garantista debieran ser asistidos por abogado. Respecto de la Nulidad de Disposición Fiscal tenemos que el IV Pleno de Jueces Supremos se dictó el Acuerdo Plenario N° 4-2010/CJ-116 con relevancia al tema señalado:

> "Otro de los problemas recurrentes que es del caso abordar en el presente acuerdo es el relativo al cuestionamiento de la Disposición de Formalización de la Investigación Preparatoria a través de la Audiencia de Tutela, es decir, si es posible activar –desde la defensa– una vía de control judicial de la referida disposición fiscal. Sobre el particular y, en principio, debemos descartar esta posibilidad, fundamentalmente porque, como se ha enfatizado, la vía de la tutela solo está habilitada para aquellos casos en los que se vulnere algunos de los derechos esenciales asociados en términos amplios a la defensa. Por lo demás, debe quedar claro que la Disposición en cuestión es una actuación unilateral del Ministerio Público y no puede ser impugnada ni dejada sin efecto por el juez de la investigación preparatoria. Cumple una función esencialmente garantista: informa al imputado de manera específica y clara acerca de los hechos atribuidos y su calificación

> jurídica, esto es, el contenido de la imputación jurídico penal que se dirige en su contra. Además, ya en el proceso formalmente iniciado, las partes pueden hacer uso de los medios de defensa técnico para evitar un proceso en el que no se haya verificado los presupuestos esenciales de imputación. Piénsese, por ejemplo, en la declaración de atipicidad a través de la excepción de improcedencia de la acción o en la de prescripción ordinaria, si es que antes de la Formalización de la Investigación Preparatoria se cumplió el plazo correspondiente".

La disposición fiscal es un análogo del auto apertorio de instrucción que en la tradición procesal no era susceptible de declararse su nulidad vía recurso de apelación, salvo en el extremo de la medida cautelar porque hay medios de defensa técnicos los que podían ser empleados para atacarla. Igualmente, una disposición defectuosa podría ser anulada vía excepción de improcedencia de acción, por ejemplo.

2. Pluralidad de personas que hace reconocimiento de una sola

El NCPP establece que ante este supuesto el reconocimiento se practicará por separado, sin que se comuniquen entre sí. La idea es evitar que entre esa pluralidad de agentes se trasladen informaciones que completen las características del reconocimiento por lo que estos ya no serían fiables. Podrá efectuarse excepcionalmente en un solo acto, siempre que no perjudique el fin de esclarecimiento o el derecho de defensa. Si esto es así, siempre se buscará evitar el intercambio de información entre los testigos del reconocimiento (art. 189.4). El reconocimiento, si bien como regla general se centra sobre el imputado, sin embargo, también puede practicarse sobre personas distintas que tengan vinculación con el evento delictivo; por ejemplo, el reconocimiento de un testigo presencial (art. 189.5 del NCPP).

En el R.N. N° 3351-2004[92], Puno, del cuatro de febrero de dos mil cinco, se realiza una valoración de pruebas de cargo y de descargos para arribar a la conclusión que es correcta la absolución del acusado. En primera instancia hace el análisis de una testigo de 85 años quien observó que su nieta estaba siendo ultrajada sexualmente a orillas de un río, pero en la denuncia no precisó características. También se hace énfasis en las deficiencias del reconocimiento que hace esta persona del acusado:

(92) Jurisprudencia Sistematizada de la Corte Suprema Perú. Editado por Comisión Europea. JUSPER. Poder Judicial. 2008. Edición Digital.

> "(…) en el acta de reconocimiento (…) se le pone frente al presunto violador, procede a reconocerlo; acto que no va acorde con las garantías previstas en el artículo ciento cuarenta y seis del código de procedimientos penales, el cual a la letra dice: "cuando se trata de que un testigo reconozca a una persona o cosa, deberá describirla previamente, después le será presentada (...)".

Por otro lado, se valora también las facultades físicas de la testigo quien por su avanzada edad ya las tiene limitadas, como la vista por lo que su versión queda cuestionada:

> "(…) aún si se trataba de una persona de avanzada edad, la cual no puede distinguir muy bien los colores de la ropa como queda verificado en el acta de confrontación con el procesado a fojas (…), donde se dejó constancia respecto de la testigo, que a la pregunta por el color de las prendas que viste el procesado en ese momento, no responde (…)".

En la jurisprudencia suprema tenemos la Casación Nº 03-2007-Huaura, siete de noviembre de dos mil siete sobre, el cuestionamiento del reconocimiento realizó esta valoración:

> "Se cuestiona la corrección jurídica del reconocimiento realizado por la menor agraviada porque no se cumplió el artículo ciento ochenta y nueve del nuevo Código Procesal Penal. Si bien no se trató, propiamente, de un reconocimiento en rueda, y aun cuando es de entender que el reconocimiento es, por su propia naturaleza –de identificación de la persona del imputado cuando no se sabe con certidumbre quién es ese imputado–, una diligencia sumaria de carácter preconstituido que se debe realizar inmediatamente de cometido el hecho –con lo que se evita un cambio de apariencia del presunto autor, así como probables distorsiones en la memoria o recuerdo del testigo como consecuencia del transcurso del tiempo o la concurrencia de influencias ilícitas sobre él–, es de resaltar que, en el caso de autos, el imputado era conocido por la agraviada y los testigos de cargo, y que el examen probatorio que se llevó a cabo no descansa únicamente en esa diligencia [el reconocimiento, como acto procesal singularizado, no excluye su consideración de prueba testifical, pues sirve para que quien presenció los hechos lleve al órgano jurisdiccional un dato concreto que él pudo percibir, esto es, la identidad del delincuente, que es, precisamente, lo que se ha hecho en el presente proceso. Su carácter subsidiario –por ser tal, existen incluso otras medidas de identificación–, en tanto corren en autos otras fuentes de prueba, ya incorporadas a

través de las testificales antes anotadas, revela la falta de necesidad de su actuación y, por ende, no permite la aceptación de la denuncia de vulneración de la presunción de inocencia".

La Suprema considera en este caso concreto que el reconocimiento tiene un carácter subsidiario y además que era innecesario su actuación porque la agraviada conocía con antelación al imputado, y no podía ser causal de nulidad.

También pueden ser objeto de reconocimiento conforme al artículo 190 del NCPP voces, sonidos y todo lo que pueda ser objeto de percepción sensorial. En este caso, serán aplicables las reglas del artículo 189 del NCPP y que además el reconocimiento deberá ser documentado en un acta sin perjuicio que también se pueda registrar este acto mediante prueba fotográfica o videográfica o cualquier otro procedimiento con instrumentos tecnológicos.

3. Reconocimiento real

El CPPMI recomienda que las cosas que deban ser reconocidas sean exhibidas en la misma forma que los documentos. Si fuere conveniente para la averiguación de la verdad, el reconocimiento se practicará en cuanto sea aplicable el procedimiento para las personas (art. 194).

Las cosas que tengan vinculación con el hecho delictuoso podrán ser materia de reconocimiento. Estas serán exhibidas en la misma forma como se hace con documentos (art. 191.1 del NCPP). Antes del reconocimiento, la persona que deba hacerlo tendrá que realizar una descripción de objetos, instrumentos vinculados al delito, por ejemplo, el reconocimiento de un arma blanca empleada en lesiones.

XIX. La inspección judicial

El CPPMI establece que cuando fuese necesario inspeccionar lugares, cosas o personas, porque existen motivos suficientes para sospechar que se encontrarán rastros del delito, o se presuma que en determinado lugar se oculta el imputado o alguna persona evadida, se procederá a su registro. La búsqueda de rastros del delito justifica la realización de la inspección, además si hay alguna persona que se evade de la justicia.

En concreto con la inspección se comprobará el estado de las personas, lugares, cosas, los rastros y otros efectos materiales que se encuentre, de utilidad para la averiguación del hecho o la individualización de los partícipes en él. La

inspección se documentará en acta. Puede darse el caso que no hay rastros, ni efectos materiales, o si hubo desaparecieron o fueron alterados, se describirá el estado actual, procurando consignar el anterior, el modo, tiempo y causa de su desaparición y alteración, y los medios de prueba de los cuales se obtuvo ese conocimiento; análogamente se procederá cuando la persona buscada no se halla en el lugar. El acta deberá ser firmada por todos los concurrentes en el lugar de la inspección. Si alguien no lo hace se expondrá la razón (art. 150).

La autoridad que dirige la inspección debe contar con facultades coercitivas, para ordenar que durante la diligencia no se ausenten las personas halladas en el lugar o que comparezca cualquier otra. Las inspecciones son dirigidas por la fiscalía conforme en el caso peruano.

Respecto al horario en que se puede realizar la inspección tenemos que el CPPMI establece que los registros en lugares cerrados o cercados, aunque fueren de acceso público, solo podrán ser practicados desde que sale hasta que se pone el sol (art. 152).

Excepcionalmente se podrá practicar registros nocturnos:

1) En los lugares de acceso público, abiertos durante la noche y en un caso grave que no admita demora en la ejecución, sin gran peligro; constará en el acta el motivo;

2) En los casos en que se puede allanar sin orden de un juez; constará en el acta el motivo;

3) En caso de que el interesado o su representante preste su consentimiento expreso; con absoluta libertad, que deberá constar en el acta por orden escrita expresa del juez.

En el NCPP se dispone que esta diligencia pueda ser ordenada por el juez o por el fiscal durante la investigación preparatoria (art. 192.1). Esta regla es aplicable a la reconstrucción.

La finalidad es comprobar las huellas y otros efectos materiales que el delito haya dejado en los lugares y cosas o en las personas. Es decir, inspeccionar la escena del delito. Es necesario hacerse de inmediato puesto que el tiempo puede borrar las evidencias (art. 192.2).

La inspección –dice el artículo 193 del NCPP– en cuanto al tiempo, modo y forma, se adecúa a la naturaleza del hecho investigado y a las circunstancias en que ocurrió, esto es, que la necesidad de la inspección corresponderá a las

características del delito investigado. Por ejemplo, en un caso de usurpación habrá que inspeccionar el lugar donde se produjo el despojo. No procederá, por ejemplo, si estamos ante el delito de libramiento indebido de un título valor.

Como otra regla más, se tiene que la inspección se realizará de manera minuciosa, esto es, con detalles y comprenderá la escena del delito y de todo lo que pueda constituir prueba material.

XX. La reconstrucción del delito

La finalidad es verificar si el delito se efectuó o pudo acontecer. La base para la reconstrucción son las declaraciones y otras pruebas actuadas (art. 192.3 del NCPP).

El imputado no está obligado a intervenir en el acto, el que deberá practicarse con reserva. Esto no implica que el abogado no pueda estar presente.

Las diligencias de inspección y reconstrucción de preferencia se realizarán con la intervención de testigos y peritos dice el artículo 194.1. Sin perjuicio que esto sea así, parece que la preferencia estuviera por encima del imputado y agraviado, lo que nos parece no muy racional toda vez que estos son los actores principales del proceso.

En las diligencias de inspección y reconstrucción se puede ordenar que se levanten planos o croquis del lugar y se tome fotografías, grabaciones o películas de las personas o cosas que interesen a la causa, esto es, que se documente todo lo que sea pertinente y útiles para el proceso (art. 191.2 del NCPP).

En la reconstrucción de casos de violencia sexual existe prohibición expresa de concurrencia de niño o adolescente agraviado, conforme a lo establecido por el artículo 2 de la Ley Nº 27055, publicado el 24-01-99. Así también lo estatuye taxativamente el artículo 194.3 del NCPP que prohíbe la concurrencia de los agraviados menores de edad, o de las víctimas que pueden ser afectadas psicológicamente con su participación.

XXI. Pruebas especiales

Tratándose de delito de homicidio, el artículo 195.1 del NCPP establece la diligencia de levantamiento de cadáver. Este acto de investigación se realiza sobre el presupuesto que la persona se haya muerta. Según el artículo 5 de la Ley N° 23415 Ley de Trasplantes de Órganos de Cadáveres y Personas

Vivas, se considera muerta a una persona cuando hay cesación definitiva e irreversible de la actividad cerebral o de la función cardiorrespiratoria. Su constatación es responsabilidad del médico que la certifica. Esta diligencia se realiza con participación de personal policial de criminalística. El levantamiento se hará constar en un acta.

Según el Manual de Procedimientos de la Diligencia de Levantamiento de Cadáver del MP del 2007[93], define este proceso como el estudio que realiza el médico legista y el equipo de profesionales de las Ciencias Forenses, de todo lo existente en el lugar de los hechos (tanto del continente como de su contenido) o el lugar del hallazgo, donde se encuentre(n) cadáver(es) o restos humanos con la finalidad de establecer si la muerte es de etiología violenta, natural o sospechosa de criminalidad. Tiene como objetivos: 1. Comprobar la muerte. 2. Estimar el intervalo post mórtem. 3. Contribuir a determinar el modo, mecanismo, y manera de muerte. 4. Contribuir con información sobre la presunta causa de muerte.

Esta diligencia la realizará el fiscal, con la intervención del médico legista y del personal policial especializado en criminalística. Si existiera obstáculos geográficos se podrá prescindir de la participación de personal policial especializado. El fiscal, en circunstancias que no puede de por sí hacerlo, podrá delegar la realización de la diligencia en su adjunto, o en la Policía, o se lo solicitará al Juez de Paz de la localidad**.**

El fiscal procederá a identificar a la víctima antes de su inhumación o después de la exhumación. La identificación implica una serie de pasos, la descripción externa, la documentación que porte la víctima, la huella dactiloscópica o palmatoscópica, o por cualquier otro medio que sea necesario para identificarlo (art. 195.3 del NCPP).

1. La necropsia

Conocida como autopsia, consiste en el examen de un cadáver con apertura de sus cavidades para conocer el estado de sus diferentes órganos e investigar las causas de su muerte[94].

El CPPMI señala sobre este acto que cuando la investigación verse sobre una muerte sospechosa de haber sido provocada por un hecho punible, antes de procederse a la inhumación del occiso o después de su exhumación, se hará la

(93) Ver <www.mpfn.gob.pe/descargas/normas-iml/28new.pdf> [Fecha de consulta: 3 de setiembre de 2013].
(94) FALCÓN, Enrique M. Ob. cit., Tomo I, p. 25.

descripción correspondiente y se lo identificará por medio de testigos, procediéndose a su identificación dactiloscópica o, de no ser posible, por otro medio aconsejable (art. 158). Si sucede estos sucesos se ordenará la autopsia para determinar con precisión las causas, salvo que por la inspección exterior resultare evidente la causa que produjo la muerte, tornándose innecesaria la autopsia.

En el Manual de Procedimientos Tanatológicos Forenses del Ministerio Público de 2006 se define la Necropsia científico forense como un procedimiento médico, técnico y científico de diagnóstico, que permite estatuir la causa de la muerte, el tiempo aproximado de fallecimiento, el modo y mecanismos de muerte, agente causante del deceso y la identificación del occiso, aportando evidencias que contribuyan a la adecuada Administración de Justicia.

La finalidad de la Necropsia es 1. Precisar la causa de muerte. 2. Calcular el tiempo aproximado de muerte. 3. Determinar el agente causante del deceso. 4. Contribuir a la identificación del cadáver. 5. Determinación del modo y mecanismo de muerte y probable etiología médico legal 6. Perennizar en forma documentada (fotografías, gráficos, videos, etc.) los hallazgos que forman los elementos probatorios dentro del contexto legal.

La Necropsia se realiza en el supuesto que se trate de un caso de criminalidad para determinar la causa de la muerte**.** Esto es, que la muerte haya sido causada intencionalmente (art. 196.1 del NCPP).

Si la muerte es causada por accidente en un medio de transporte, o un desastre natural, no se exigirá la Necropsia; pero sí se identificará el cadáver antes de la entrega a sus familiares. Será obligatoria la Necropsia al cadáver del chofer del medio de transporte siniestrado. Se practicará en otros casos si hay solicitud de parte o de sus familiares (art. 196.2).

La Necropsia será practicada por peritos. El fiscal decidirá si él o su adjunto deban presenciarla. Al procedimiento pueden asistir los abogados de los demás sujetos procesales e incluso pueden acreditar peritos de parte (art. 196.3 del NCPP). Los expertos que intervienen en ese procedimiento son médicos u otros profesionales de la salud que sean designados por el fiscal para realizar la Necropsia: Técnico o auxiliar de Necropsia y Personal de laboratorio: médico patólogo, químico farmacéutico, Biólogo, tecnólogo médico, auxiliares de laboratorio.

2. Embalsamamiento

En los supuestos de homicidio el fiscal podrá disponer previo informe médico el embalsamamiento del cadáver. Este es un procedimiento de conservación,

de tal forma que pueda posteriormente ser examinado. Cuando se dé la incineración del cadáver, tratándose de delito de homicidio, solo podrá ser autorizada por el juez y esto tiene que hacerse con prudencia cuando se hayan agotado todas las pericias necesarias y con el proceso terminado con sentencia firme. La razón es que una incineración elimina cualquier evidencia criminal (art. 197 del NCPP).

3. Envenenamiento

El envenenamiento es un estado patológico agudo o crónico producto de la toma accidental o criminal de un veneno. El veneno es toda sustancia que cuando se inhala, se ingiere, se absorbe o se inyecta en dosis relativamente pequeñas es capaz de provocar daños en los tejidos vivos e incluso la muerte del organismo. Por su origen, son minerales, animales o vegetales. Entre los venenos minerales tenemos el óxido de carbono, cadmio, mercurio o plomo, sustancias ácidas, pesticidas y los detergentes. Los venenos de origen vegetal son la nicotina, colchicina, digitalina, estricnina o curare en dosis altas pueden ser mortales. Entre los venenos de origen animal hay que destacar los procedentes de las serpientes (víboras, mambas, cobras y cascabeles), arañas, escorpiones, algunos insectos, medusas y anfibios.

Para el caso que una persona haya sido envenenada, el perito examinará las vísceras y las materias que se encuentren en el cadáver, o en otra parte, por ejemplo, en la escena del crimen. Serán envasados, cerrados y lacrados para ser enviados al laboratorio para examen (art. 198.1 del NCPP). Las materias sospechosas que fueran objeto de las pericias deberán conservarse para poder ser presentadas en el debate oral. Aquí entra a tallar la toxicología forense que buscará en el cuerpo de la víctima los rastros del veneno o toxina y la dosis que supere el límite permisible para establecer si hay relación causa efecto.

4. Lesiones

Cuando se trate de lesiones corporales el perito debe determinar con qué arma o instrumento se le ha ocasionado. Deberá pronunciarse si hay deformaciones y señales en el rostro, como un corte, si la lesión ha puesto en peligro la vida, ha causado enfermedad incurable o pérdida de un miembro u órgano. Esto con la finalidad de establecer la gravedad de la lesión que tendrá incidencia en la tipificación (art. 199.1 del NCPP)**.**

El examen permitirá establecer si estamos ante una lesión que implique una falta o delito. Si es lo último, entonces corresponderá determinar si la lesión es leve o grave.

5. Agresión sexual

Por la naturaleza grave de este delito, el examen médico será practicado exclusivamente por el médico encargado del servicio con la asistencia, si fuera necesario de un profesional auxiliar. Para evitar perjudicar más a la víctima, solo se permitirá la presencia de otras personas previo consentimiento de aquella (art. 199.2).

El artículo antecedente de estas reglas lo tenemos en el artículo 3.2 de la Ley Nº 27115 todavía vigente que contempla el examen médico legal del sujeto pasivo del delito de agresión sexual bajo los siguientes criterios: 1) que su actuación esté condicionada al consentimiento de la víctima; 2) que su realización corresponda a un médico del servicio con la asistencia de un profesional auxiliar; y, 3) que a ese examen solo se permita la asistencia de otras personas previo consentimiento de la víctima.

6. Examen en caso de aborto

El aborto es la expulsión del feto del vientre de la madre antes de tiempo. Cuando es un aborto provocado, se requerirá hacer el examen que comprenderá en principio la preexistencia del embarazo que es un presupuesto para que se dé el aborto; los signos que demuestren que fue interrumpido, cuáles fueron las causas de esta interrupción, los probables autores si fue con el consentimiento de la madre o fue realizada por terceros sin conocimiento de ella. Establecer las circunstancias para determinar el carácter y gravedad del aborto (art. 200 del NCPP).

Este es un tema bastante sensible, porque bajo la premisa de libertad hay una postura que le asigna a la mujer embarazada un derecho de disposición de su cuerpo como si no existiera una vida aparte. Desde una perspectiva humanista defendemos la vida y, en consecuencia, estamos en contra del aborto, por lo que el peritaje debe acreditar si la expulsión de la vida humana por nacer, del vientre de la mujer que gestaba, está dentro de las descripciones típicas del Código Penal. En casos límites, y solo por razones médicas, es permisible la cesación de la vida por nacer cuando esté en peligro la vida de la madre. Todas estas modalidades deben contemplarse en esta prueba especial.

7. Preexistencia y valorización

En los delitos patrimoniales es indispensable que se pruebe la existencia del objeto contra el que se ha dirigido el comportamiento delictivo. La preexistencia podrá acreditarse con cualquier medio de prueba. Por ejemplo, en

un delito de hurto, si el bien fue dispuesto, se podrá ofrecer la factura comercial o fotos que prueben que existió ante de la sustracción. El artículo 201.1 del NCPP tiene un criterio abierto para probar su preexistencia.

A efectos de resarcimiento, es indispensable en cuanto sea necesario que se practique una pericia de valorización. Así lo establece el artículo 201.2 que establece que para valorar las cosas o bienes o la determinación del importe del perjuicio o daños sufridos, se hará pericialmente. Esta no es una regla pétrea ya que no será necesario si existe otro medio de prueba idóneo o sea posible una estimación judicial por su simplicidad o evidencia.

8. Informes técnicos oficiales especializados de la Contraloría

Estos Informes elaborados fuera del proceso penal por la Contraloría en el cumplimiento de sus funciones, conforme al artículo 201-A del NCPP (incorporado por la Ley N° 30214), tienen la calidad de pericia institucional extraprocesal, si es que han servido para formular denuncia penal conforme a la obligación impuesta por el artículo 326.2.b del NCPP a los funcionarios públicos. También si habiendo sido elaborados en forma simultánea con la investigación preparatoria sean ofrecidos como elemento probatorio e incorporados debidamente al proceso para su contradicción. Esto sirve para reforzar la acusación fiscal o la actividad de la Procuraduría del Estado para la reparación civil. La entidad que elaboró el informe designará a las personas que deban sustentar en juicio el informe y ser sometidos a examen por las partes. El ente emisor se responsabiliza de dar respuesta a las aclaraciones que le sean solicitadas. La importancia de estos informes es que los elaboran personal especializado, y lo ideal es que sean sustentados por quienes lo hicieron directamente; pero al darle la calidad de informe institucional, cualquier persona de dicha entidad lo puede hacer en representación.

Capítulo IV
Búsqueda de pruebas y restricción de derechos

El sustento para la adopción de medidas de restricción de derechos en la búsqueda de pruebas es que aquellas se encuentren debidamente descritas en la ley, lo que se denomina legalidad procesal. También implica que si son otorgadas las restricciones, deben ejecutarse con las debidas garantías para el afectado (art. 202).

I. Presupuestos

Las medidas que disponga la autoridad, deben realizarse con arreglo al principio de proporcionalidad y en la medida en que existan suficientes elementos de convicción. La resolución que dicte el juez de la investigación preparatoria debe ser motivada, al igual que el requerimiento del Ministerio Público (art. 203).

Los requerimientos de la Fiscalía, en la medida en que implica afectación de derechos fundamentales, deberán estar sustentados de tal forma que el juez decida rápidamente sin trámite como regla general salvo que una norma lo establezca. En caso que no haya riesgo fundado de pérdida de finalidad de la medida, el juez deberá correr traslado previamente a los sujetos procesales y, en especial, al afectado y para decidir puede convocar a una audiencia con intervención del Ministerio Público y de los demás sujetos procesales, la que se realizará con los que asistan, esto es, que es facultativa la participación en esta audiencia.

II. Confirmación judicial

Si la Policía o el Ministerio Público conforme a facultades otorgadas expresamente por ley y que no requieran resolución judicial y frente a motivos de urgencia o peligro por la demora y con estrictos fines de averiguación, restrinjan derechos fundamentales de las personas, le corresponde al fiscal solicitar inmediatamente la confirmación judicial.

El juez sin trámite decidirá en el mismo día o a más tardar al día siguiente confirmando o desaprobando la medida ejecutada por la Policía o la Fiscalía. Puede considerar indispensable el previo traslado a los sujetos procesales o, en su caso, la realización de una audiencia con intervención del fiscal y del afectado. Es decir, que de acuerdo al caso concreto el juez puede aplicar estas posibilidades y la decisión que ordena el previo traslado o la audiencia no es recurrible.

III. Impugnación

Las decisiones finales respecto de la restricción de derechos puede ser apelados por el fiscal o el afectado, dentro del tercer día de ejecutada la medida. La Sala Penal Superior absolverá el grado, previa audiencia, con intervención de los sujetos procesales legitimados (art. 204.1).

En tanto que estas medidas cautelares se sustentan en la regla de variabilidad, el afectado puede solicitar el reexamen de la medida siempre con el requisito de nuevas circunstancias que establecen la necesidad de un cambio de la misma. Queda a discreción del juez si la decisión la adopta previo traslado a los demás sujetos procesales o mediante una audiencia. El auto que resuelve la solicitud de reexamen es apelable ante la Sala Superior.

Si la Sala Penal Superior dicta auto respecto las medidas de restricción de derechos en primera instancia no es apelable ante la Sala Suprema y solo procede recurso de reposición, para que la misma Sala Superior revise su decisión.

IV. El control de identidad policial

El concepto de identificación alude a la actividad consistente en "comprobar la individualidad de la persona humana, en verificar que esta es la misma que se pretende o supone"[95]. En el ámbito procesal penal es en general una diligencia llevada a cabo por efectivos de la policía.

El Código Procesal Penal chileno tiene la diligencia de control de identidad, pues en el artículo 85 dice que los funcionarios policiales sin orden previa de los fiscales, pueden solicitar la identificación de cualquier persona en los

(95) RAMOS PÉREZ, Carlos. *Control de identidad. Bases para una aplicación diferenciada del artículo 85 del CPC Chile*. p. 1. Véase: <www.cejamericas.org/congreso10a_rpp/CRAMOS_Controldidentidad_basesparaunaaplicacion.pdf> [Fecha de consulta: 12 de octubre de 2014].

casos fundados, en que, según las circunstancias, estimaren que existen indicios de que ella hubiere cometido o intentado cometer un crimen, simple delito o falta; de que se dispusiere a cometerlo; de que pudiere suministrar informaciones útiles para la indagación de un crimen, simple delito o falta; o en el caso de la persona que se encapuche o emboce para ocultar, dificultar o disimular su identidad. Los supuestos son bastante concretos, nexos con delito, encubrimiento. No es permisible un control si es que no se establecen estos presupuestos, de allí que sería arbitraria cualquier control de identidad policial.

El procedimiento en el sistema chileno es que la identificación se realizará en el lugar en que la persona se encontrare, por medio de documentos de identificación expedidos por la autoridad pública, como cédula de identidad, licencia de conducir o pasaporte. El funcionario policial deberá otorgar a la persona facilidades para encontrar y exhibir estos instrumentos. Las personas generalmente intervenidas pueden entrar en nerviosismo, por lo que la presión de la policía perturbará la búsqueda de sus documentos de identidad, de allí que en los protocolos de intervención la policía sea escrupulosa en el desarrollo de estos procedimientos, obviamente dentro de las reglas de seguridad que ellos deben tener para su actuación como tales.

Durante el control de identidad del procedimiento chileno, establece que sin necesidad de nuevos indicios, la policía podrá proceder al registro de las vestimentas, equipaje o vehículo de la persona cuya identidad se controla, y cotejar la existencia de las órdenes de detención que pudieren afectarle. La policía procederá a la detención, sin necesidad de orden judicial a quienes sorprenda en flagrancia o quienes al momento del cotejo registren orden de detención pendiente. Es decir, un control de identidad puede desplazar la labor policial a finalidades de registro o detención, siempre que existan los supuestos para hacerlo.

Si una persona niega brindar su identidad, o si habiendo recibido las facilidades del caso no le fuere posible hacerlo, la Policía chilena la conducirá a la unidad policial más cercana para fines de identificación. Allí se le darán facilidades para procurar una identificación satisfactoria por otros medios distintos de los ya mencionados, dejándola en libertad en caso de obtenerse dicho resultado, previo cotejo de la existencia de órdenes de detención que pudieren afectarle.

Si no se puede acreditar su identidad, se le tomarán huellas digitales, las que solo podrán ser usadas para fines de identificación y, cumplido dicho propósito, serán destruidas. El plazo para el control de identidad no puede pasar las ocho horas. Si vence ese plazo debe dejarse en libertad al intervenido.

Otra situación es que la persona oculta su verdadera identidad o ha proporcionado una falsa por lo que el procedimiento chileno permite que se proceda a su detención como autora de la falta prevista y sancionada en el Nº 5 del artículo 496 del Código Penal. La detención deberá ser informada de inmediato por la policía al fiscal, quien podrá dejarla sin efecto u ordenar que el detenido sea conducido ante el juez dentro de un plazo máximo de veinticuatro horas, contado desde que la detención se hubiere practicado.

El respecto a los derechos fundamentales deben hacerse en esta diligencia entendiendo que hay restricciones temporales, como una detención, pero en ese contexto la policía chilena está obligada a cumplir la ley, caso contrario pueden ser sancionados por el delito establecido en el artículo 255 del Código Penal.

1. Derechos de la persona sujeta a control de identidad

El funcionario que practicare el traslado deberá informarle verbalmente de su derecho a que se comunique a su familia o a la persona que indicare, de su permanencia en el cuartel policial (art. 86).

El afectado no podrá ser ingresado a celdas o calabozos, ni mantenido en contacto con personas detenidas.

La identidad de personas involucradas en una investigación fiscal es sumamente importante porque permite darle rostro a imputados, agraviados o testigos. Para establecer esta identidad se le ha facultado a la Policía Nacional según el NCPP. El sustento de este procedimiento, tal como está plasmado normativamente, es represivo-preventivo en la medida en que hay una injerencia en el espacio personal en una ponderación con la seguridad pública a la que se le da mayor peso, y porque tiene como finalidad para prevención de delitos.

Esta identificación se hace sin necesidad de orden del fiscal o del juez. La policía puede requerir la identificación de cualquier persona y realizar las comprobaciones pertinentes en la vía pública o en el lugar donde se hubiere hecho el requerimiento si considera que resulta necesario para prevenir un delito u obtener información útil para la averiguación de un hecho punible. Esta regla es bastante clara la policía realiza el control siempre en los marcos de prevención delictiva o indagación de un delito. No faculta a que la policía solicita a diestra y siniestra la identidad de cualquier persona, debe fundar en algún sustento su intervención. La idea es borrar ese viejo prejuicio que una persona que no está identificada es un probable delincuente, en un país donde muchos están fuera del circuito de registro ciudadano como Reniec. Por otro lado, la persona intervenida tiene derecho a exigir al Policía le proporcione su identidad y la dependencia a la que está asignado (art. 205.1).

Los criterios de razonabilidad y proporcionalidad deben estar detrás de este tipo de procedimientos, pues no hacerlo podría implicar introducir otros factores que no guardan relación con criterios de prevención.

2. Procedimiento

El control se realiza en el lugar en que la persona se encuentre solicitando la exhibición del documento de identidad y la policía debe proporcionar al intervenido las facilidades necesarias para encontrarlo y exhibirlo y dice la norma (art. 205.1) que si se constata que "su documentación está en orden", se le devolverá el documento y autorizará su alejamiento del lugar. Esta norma se sigue sustentando en el prejuicio que todo indocumentado es un delincuente. Además no tiene mucho sentido que si se solicita a una persona en el contexto de prevención del delito o vinculación a hecho punible que si sus documentos "están en orden" ya puede retirarse del lugar. Razonando a contrario es que si una persona no tiene sus documentos "en orden" deberá ser trasladado a una dependencia judicial. La identificación, considero, debe realizarse con la documentación que pudiese contar la persona.

Se faculta a la Policía a realizar registro de vestimentas equipaje o vehículo a la persona que adquiere con motivo fundado la calidad de sospechosa. Si en la diligencia se realizan hallazgos vinculados a delitos se levantará un acta y se dará cuenta inmediatamente al Ministerio Público. Esta facultad puede dar carta blanca a que los ciudadanos puedan ser expuestos a abusivos registros afectando su dignidad, porque no hay siquiera una posibilidad que esto quede en un acta de tal forma que el ciudadano pueda reclamar frente a intervenciones arbitrarias.

Si el intervenido no exhibe documento de identidad y según la gravedad del hecho investigado o del ámbito de la operación policial practicada, se conducirá al intervenido a la Dependencia Policial más cercana para exclusivos fines de identificación. En esta se podrá tomar las huellas digitales del intervenido y constatar si registra alguna requisitoria. Esta detención de persona no podrá durar más de cuatro horas de iniciado el procedimiento de control de identidad, pero se le da las garantías que el intervenido no podrá ser ingresado a celdas o calabozos ni mantenido en contacto con personas detenidas, y tendrá derecho a comunicarse con un familiar o con la persona que indique. Se obliga a que la Policía lleve un Libro-Registro en el que se harán constar las diligencias de identificación realizadas en las personas, así como los motivos y duración de las mismas. De esta forma se busca garantizar que no exista arbitrariedad puesto que pese a denominarse control de identidad, estamos frente

a una verdadera restricción de la libertad, pues es una detención policial que tiene como límite las cuatro horas.

En este procedimiento de control de identidad y si fuese necesario para los fines de enjuiciamiento o de identificación se pueden tomar fotografías del imputado, huellas digitales, incluso contra su voluntad, pero que requiere la expresa orden del Ministerio Público. Se podrá efectuar mediciones y medidas como talla y peso. De estas diligencias se levantará un acta.

En la STC Exp. N° 02854-2010-PHC/TC se reconoció la validez del control de identidad. Se trata de la presentación de un hábeas corpus innovativo contra efectivos policiales que intervinieron al demandante, también efectivo policial, que estuvo en un bar al encontrarse de "franco" y que pese a que presentó su DNI y una copia de su carné policial al serle requerido fue sacado del local y llevado a la comisaría donde estuvo detenido dos horas. Además se le sometió a dosaje etílico.

En la STC se rechazó la demanda porque si bien el accionante se encontraba con DNI por lo que no tuvo que ser detenido en el operativo policial; sin embargo, el día de los hechos se dio una intervención en prevención del delito de prostitución clandestina y favorecimiento a la prostitución infantil, procediendo a la detención y traslado de las personas indocumentadas a la Comisaría de José Leonardo Ortiz para realizar el control de identidad, y en el caso del accionante siendo Policía había presentado su carné de identidad escaneado. Se justificó que su detención por dos horas tenía sustento jurídico en el artículo 205.1 del Código Procesal Penal.

El Ministerio Público con la Policía y a iniciativa del Ministerio de Justicia tiene protocolos de actuación conjunta para una serie de actos de investigación como el control de identidad[96] como el de Control de Identidad.

El concepto que se maneja en este documento es la diligencia de control consiste en el requerimiento de identificación personal realizado por efectivos policiales en la vía pública o en cualquier otro lugar donde se realice la solicitud, cuando resulte necesario para prevenir un delito u obtener información útil para la averiguación de un hecho punible. Para tal efecto, el efectivo policial podrá realizar las comprobaciones pertinentes, pero dentro del marco de los principios de necesidad, razonabilidad, proporcionalidad y respeto a la persona humana. Tiene que existir una justificación para realizar esta diligencia.

(96) Ver en <www.minjus.gob.pe>. [Fecha de consulta: 13 de noviembre de 2014].

En el protocolo la policía debe elaborar un Libro de Registro de Control de Identidad y Actas. Los pasos a seguir conforme al protocolo son:

> "1. El efectivo policial, sin necesidad de orden fiscal o judicial, requerirá a cualquier persona su documento nacional de identidad y podrá realizar las comprobaciones pertinentes en el lugar donde se encuentre, cuando considere que resulta necesario para prevenir un delito u obtener información útil para la averiguación de un hecho punible.
>
> 19. El requerido deberá exhibir su documento nacional de identidad u otro documento de identificación idóneo otorgado por funcionario público. En casos de extranjeros, se deberá exhibir carnet de extranjería o pasaporte.
>
> 20. El efectivo policial deberá otorgar al requerido en el lugar de la intervención el tiempo necesario o facilidades del caso para encontrar su documento de identidad y exhibirlo.
>
> 21. El requerido podrá exigir al efectivo policial su identificación y le precise la dependencia a la cual se encuentra asignado.
>
> 22. Si el requerido acredita su identificación, el efectivo policial le devolverá el o los documentos y autorizará su alejamiento del lugar, procediendo conforme a sus reglamentos internos.
>
> 23. Si existiere fundado motivo que el requerido pueda estar vinculado a la comisión de un hecho delictuoso (esté identificado o no), el efectivo policial podrá registrar sus vestimentas, equipaje o vehículo, para lo cual levantará el acta respectiva si resulta positiva la diligencia, indicando lo encontrado y dando cuenta al Fiscal.
>
> 24. Si en caso el requerido no exhiba documentación alguna o el documento presentado genere dudas sobre su autenticidad o correspondencia de la identidad, según la gravedad del hecho investigado o ámbito de la operación policial practicada deberá conducirlo a la dependencia policial más cercana para fines exclusivos de identificación.
>
> En la dependencia Policial:
>
> 25. El efectivo policial interviniente deberá elaborar el acta respectiva, precisando el nombre del retenido, motivo, lugar, hora de inicio y final de la intervención, así como las diligencias de identificación efectuadas.

26. El efectivo policial deberá registrar la diligencia en el Libro de Registro de Control de Identidad Policial, precisando los datos del retenido y de la diligencia (intervenido, lugar, interviniente, motivos, duración de la intervención, diligencias de identificación, y de ser el caso las diligencias de investigación).

27. El retenido no podrá ser ingresado a una celda o calabozo, ni mantenido en contacto con otras personas detenidas.

28. La retención en la dependencia policial no excederá de cuatro horas, luego de las cuales se le permitirá retirarse.

29. El efectivo policial, dentro de la dependencia, deberá otorgar al retenido nuevamente las facilidades para acreditar su identidad o para comunicar a su familia o persona que indique sobre su retención.

30. Si en la dependencia policial, el retenido fuere identificado antes del vencimiento de las cuatro horas, se le deberá permitir su retiro.

31. La Policía para fines de identificación podrá tomar las generales de ley, fotografías, huellas dactilares, peso, mediciones o medidas semejantes, incluso en contra de su voluntad, en cuyo caso se requerirá orden del fiscal.

32. Si en caso transcurren las cuatro horas, y se agotaren las diligencias sin lograr la identificación del retenido, el efectivo policial deberá permitir su retiro de la dependencia policial.

33. Si el efectivo policial constata que el retenido registra alguna requisitoria pendiente, lo pondrá a disposición de la Oficina de Requisitorias de la PNP mediante el documento respectivo, sin perjuicio de comunicar tal situación al fiscal.

34. Si el retenido se identifica con documento de identidad (DNI o documentos alternativos) falso o adulterado se adoptará el procedimiento que se utiliza para los casos de flagrancia delictiva. Se procederá de igual manera, en caso el intervenido usurpando nombre o calidad se identifica con documento de otra persona.

35. En caso el retenido fuere un extranjero, el efectivo policial deberá realizar inmediatamente las coordinaciones con las instituciones correspondientes (consulados, embajadas, migraciones, etc.) a fin de agotar su identificación.

36. En todos los casos, el efectivo policial deberá elaborar una constancia de buen trato, donde deberá consignarse también la acreditación del retiro de la dependencia policial.

37. El cómputo de las cuatro horas de retención, deberá realizarse a partir de la intervención realizada en el lugar donde se efectúo el requerimiento de identificación".

V. Controles policiales públicos en delitos graves

El NCPP faculta a la policía que para el descubrimiento y ubicación de partícipes en un delito causante de grave alarma social y para la incautación de instrumentos, efectos o pruebas del mismo pueda establecer controles en las vías, lugares o establecimientos públicos, con el objeto de proceder a la identificación de las personas que transiten o se encuentren en ellos, al registro de los vehículos y al control superficial de los efectos personales, con el fin de comprobar que no se porten sustancias o instrumentos prohibidos o peligrosos. Esto se realiza con comunicación a la Fiscalía. ¿Cuáles son estos delitos? Pues queda a la interpretación, y consideramos que sería aplicable a delitos de terrorismo u otros vinculados a crimen organizado como robos o secuestros. La Policía está obligada a contar con un Libro-Registro de Controles Policiales Públicos.

Si se llevan a cabo las diligencias, con las actas correspondientes, se pondrá de inmediato en conocimiento del Ministerio Público.

La finalidad del control de identidad es coadyuvar en la prevención o persecución del delito. No puede dejarse librado a la policía para que bajo el pretexto de este control viole derechos fundamentales bajo otras motivaciones como prejuicios que afecten la dignidad de las personas como el caso de la ciudadana Rosalind Willians Lecraft quien fue sujeta a control por ser de raza negra. Ella obtuvo un pronunciamiento a su favor por el Comité de Derechos Humanos de la ONU contra España referido. La ciudadana originaria de los Estados Unidos de América, obtuvo la nacionalidad española en 1969. El 6 de diciembre de 1992 llegó a la estación de ferrocarril de Valladolid, procedente de Madrid, junto con su esposo y su hijo. Luego de bajar del tren un miembro de la Policía Nacional se acercó a ella y le pidió el Documento Nacional de Identidad (DNI). El Policía no pidió dicho documento a ninguna otra persona de las que se encontraban en el andén en ese momento, incluidos el esposo y el hijo de la autora. La ciudadana pidió explicaciones al policía sobre las razones del control de identidad, y este respondió que tenía obligación de

verificar la identidad de las personas como ella, ya que muchas eran inmigrantes ilegales y que tenía orden del Ministerio del Interior para efectuar controles de identidad en particular a "personas de color". El esposo de la señora Rosalind observó que esto constituía discriminación racial, lo que el Policía negó afirmando que tenía que efectuar controles de identidad debido al elevado número de inmigrantes ilegales residentes en España. La autora y su esposo pidieron al policía que mostrara su propio DNI y placa de policía y este respondió que como no cambiaran de actitud se les detendría, como así se hizo porque fueron llevados a una oficina dentro de la propia estación donde tomó sus datos, al tiempo que mostró su placa de identificación.

La afectada presentó un reclamo ante el Ministerio del Interior y fue desestimado y judicialmente llegó a la Audiencia Nacional como vía contencioso-administrativa que denegó argumentando que la actuación policial tuvo su origen en la aplicación del régimen de extranjería, conforme al cual los agentes policiales tenían órdenes de identificar a los extranjeros que hubiese en la estación de Valladolid y al ser la señora de raza negra no era desproporcionado el requerimiento de identificación y que el artículo 20 de la Ley orgánica sobre seguridad ciudadana autoriza a la Administración para ese tipo de actuaciones "siempre que el conocimiento de la identidad de las personas requeridas fuese necesario para el ejercicio de las funciones de protección de la seguridad". La Audiencia Nacional consideró que no se había acreditado que la actuación policial fuese desconsiderada o humillante. La afectada presentó una acción de amparo y el Tribunal Constitucional desestimó su acción con el argumento que el requerimiento de identificación no obedeció a una discriminación patente, pues en el proceso contencioso-administrativo había quedado descartado que existiese una orden o instrucción específica de identificar a los individuos de una determinada raza y respecto a la discriminación racial encubierta el Tribunal estimó que no existían indicios de que el comportamiento del funcionario de la Policía Nacional actuante fuese guiado por un prejuicio racista o por una especial prevención contra los integrantes de un determinado grupo étnico.

El Comité de Derechos Humanos de la ONU adoptó una decisión sobre el fondo y dijo lo siguiente:

> "7.2. El Comité debe decidir si al ser objeto de un control de identidad por parte de la Policía la autora fue sometida a discriminación por motivo de raza. El Comité estima que es legítimo efectuar controles de identidad de manera general con fines de protección de la seguridad ciudadana y de prevención del delito o con miras a controlar la inmigración ilegal. Ahora bien, cuando las autoridades efectúan dichos

controles las meras características físicas o étnicas de las personas objeto de los mismos no deben ser tomadas en consideración como indicios de su posible situación ilegal en el país. Tampoco deben efectuarse de manera tal que solo las personas con determinados rasgos físicos o étnicos sean señaladas. Lo contrario no solo afectaría negativamente la dignidad de las personas afectadas, sino que además contribuiría a la propagación de actitudes xenófobas entre la población en general y sería contradictorio con una política efectiva de lucha contra la discriminación racial.

7.3. La responsabilidad internacional del Estado por violación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos es de carácter objetivo y puede surgir de la acción u omisión de cualquiera de sus poderes. En el presente caso si bien no parece que existiera en España una orden escrita y expresa de realizar controles policiales de identidad tomando como criterio el color de la piel de las personas, al parecer el agente de Policía actuó conforme a dicho criterio, que los tribunales que conocieron del caso consideraron justificado. La responsabilidad del Estado parte está claramente comprometida. Toca al Comité, en consecuencia, decidir si esa actuación es contraria a alguna o algunas disposiciones del Pacto.

7.4. En el presente caso, se infiere del expediente que se trataba de un control de identidad general. La autora afirma que ninguna otra persona a su alrededor fue objeto del mismo y que el policía que la interpeló aludió a sus rasgos físicos para explicar la razón por la que le pidió a ella, y no a otras personas en el entorno, mostrar sus documentos de identidad. Estas alegaciones no fueron desvirtuadas por los órganos administrativos y judiciales ante los que la autora denunció los hechos ni tampoco ante el Comité. En estas circunstancias, el Comité no puede, sino concluir que la autora fue individualizada para dicho control de identidad únicamente por razón de sus características raciales y que estas constituyeron el elemento determinante para sospechar de ella una conducta ilegal. El Comité recuerda asimismo su jurisprudencia de que no toda diferencia de tratamiento constituye discriminación si los criterios de diferenciación son razonables y objetivos y si el objeto que se procura es lícito en virtud del Pacto. En el presente caso el Comité dictamina que no se cumplen los criterios de razonabilidad y objetividad. Además, no se ha ofrecido satisfacción a la autora, por ejemplo, mediante la presentación de excusas como reparación.

> 8. Sobre la base de lo anterior, el Comité de Derechos Humanos, actuando en virtud del párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, considera que los hechos que tiene ante sí ponen de manifiesto una violación del artículo 26, leído conjuntamente con el artículo 2, párrafo 3 del Pacto.
>
> 9. De conformidad con lo dispuesto en el apartado a) del párrafo 3 del artículo 2 del Pacto, el Estado parte tiene la obligación de proporcionar a la autora un recurso efectivo, incluido un pedido de disculpas público. El Estado parte tiene también la obligación de tomar todas las medidas necesarias para evitar que sus funcionarios incurran en actos como los del presente caso.
>
> 10. Teniendo presente que, por ser parte en el Protocolo Facultativo, el Estado parte reconoce la competencia del Comité para determinar si ha habido o no violación del Pacto y que, en virtud del artículo 2 del Pacto, el Estado parte se ha comprometido a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el Pacto, el Comité desea recibir del Estado parte, en un plazo de 180 días, información sobre las medidas que haya adoptado para aplicar el presente dictamen. Se pide al Estado parte, asimismo, que publique el Dictamen del Comité".

Nuestro país tiene muchas riquezas, como también sus taras, falencias como el racismo que forma parte de una estructura heredada desde la colonia, y somos presos de prejuicios, de allí que se establezcan estereotipos referidos a delincuentes que pueden ser negros o mestizos, o aquellos de vestimenta o condición humilde que pueden ser proclives a esto. Un control de identidad que se base en estos prejuicios atentan contra la dignidad de las personas, de allí que las autoridades tienen una altísima responsabilidad para establecer límites a la actuación policial.

VI. La videovigilancia

Es un procedimiento audiovisual a través de medios técnicos, como filmadoras, que permite a los investigadores realizar lo que la policía denomina OVISE (Observancia, Vigilancia y Seguimiento), muy útiles en delitos en los que el camuflaje de la actividad criminal es acentuado, como el delito de Tráfico Ilícito de Drogas o Terrorismo. Recordemos la importancia que tuvo la videovigilancia para capturar a Abimael Guzmán Reynoso y la cúpula senderista.

El resultado de la videovigilancia se constituye en evidencia puesto que si son realizados en lugares públicos y detectados los presuntos delincuentes pueden generar sobre ellos otras medidas limitativas. Así se estima en la jurisprudencia del NCPP como la resolución del Juzgado de Investigación Preparatoria Transitorio de Huaura Exp. N° 02137-2011-56-1308-JR-PE-01 del seis de octubre del año dos mil once que frente a la evidencia recolectada con la videovigilancia se dictaron otras medidas restrictivas de derechos:

> "(…) Se autorizó la videovigilancia originalmente por cinco días contados a partir del 15 de setiembre de 2011, resultando insuficiente el tiempo establecido ante la ausencia de elementos de convicción suficientes que vinculen a los agentes con la actividad criminal atribuida (…) logrando registrarse imágenes que hacen presumir que en dichos inmuebles se estaría comercializando drogas puesto que se ven distintas personas que se encargan de la atención a los presuntos clientes, cuyas identidades se ignora, concretizándose la transacción ilícita, retirándose raudamente los aparentes consumidores (…) Por lo que resulta necesaria la autorización judicial para la actuación de la diligencia de allanamiento, descerraje, registro con fines de incautación, detención y registro personal las personas presentes o que lleguen al referido inmueble a fin de hallar especies u otras evidencias que puedan servir como prueba o ser objeto de decomiso. La diligencia que solicitan se realizará en un término de 24 horas"[97].

El NCPP lo ha establecido para delitos violentos, graves o contra organizaciones delictivas. En este caso, el fiscal por propia iniciativa o a pedido de la Policía, y sin conocimiento del afectado, puede ordenar:

- Realizar tomas fotográficas y registro de imágenes; y,
- Utilizar otros medios técnicos especiales determinados con finalidades de observación o para la investigación del lugar de residencia del investigado (art. 207).

La videovigilancia se dispondrá siempre que resulte indispensable para los fines de esclarecimiento o cuando la investigación por otros medios no trae mejores resultados.

La videovigilancia podrá dirigirse no solo contra el investigado, sino personas de quienes se presume tienen conexión con el investigado y los hechos punibles.

(97) Comisión de implementación del NCPP. Jurisprudencia nacional CPC. Editado por Ministerio de Justicia. Lima, 2012, p. 58.

Este procedimiento de investigación en lugares públicos no requiere autorización judicial, pero si se necesitar pronunciamiento motivado de juez cuando estos medios técnicos de investigación se realicen en el interior de inmuebles o lugares cerrados, toda vez que estamos frente a la limitación del derecho a la intimidad.

Para su utilización como prueba en el juicio, rige el procedimiento de control previsto para la intervención de comunicaciones, esto es, que la información recolectada por la videovigilancia solo se conservará la que implique evidencia de intervención criminal de investigado y que deberá ser transcrita en un acta. La información irrelevante será desechada.

VII. Las pesquisas

Son las indagaciones o averiguaciones que realiza la policía por si, en caso de urgencia o por disposición fiscal con la finalidad de obtener datos recoger cosa, huellas, efectos materiales u otros objetos que sirvan para la investigación del delito o ubicación del imputado debiendo dar cuenta inmediata al fiscal. Tienen carácter de diligencias mínimas y necesarias para evitar la desaparición de pruebas, indicios y vestigios de la realización de un hecho punible. Así, se le reconoce en la Resolución N° 029-2005-MP-FN publicada el 8 de enero de 2005 que es una directiva para el desempeño funcional de los fiscales en la aplicación de los artículos 205 al 210 del NCPP.

VIII. Los motivos y objeto de la inspección

Procederá la pesquisa cuando existan motivos plausibles para considerar la policía que encontrará rastros del delito o considere que en determinado lugar se oculta el imputado o alguna persona prófuga y procede a realizar una inspección (art. 208).

El objeto es comprobar el estado de las personas, lugares, cosas, los rastros y otros efectos materiales que hubiere, de utilidad para la investigación. El encargado de la pesquisa levantará un acta que describirá lo acontecido y si fuese posible se recogerá o conservarán los elementos materiales útiles.

El agente que realiza la pesquisa tendrá la diligencia para describir si el hecho no dejó rastros o efectos materiales o si estos han desaparecido o han sido alterados. Deberá describir el estado actual, procurando consignar el anterior, el modo, tiempo y causa de su desaparición y alteración, y los medios de

convicción de los cuales se obtuvo ese conocimiento. De similar forma, procederá cuando la persona buscada no se halla en el lugar. Esto es importante toda vez que el paso del tiempo contribuye en la desaparición de las evidencias.

El efectivo policial de ser posible levantará planos de señales, descriptivos y fotográficos y toda otra operación técnica, adecuada y necesaria para el recojo de fuentes de prueba.

IX. Retenciones

La policía de acuerdo al artículo 209 del NCPP de por sí o dando cuenta al fiscal o por orden de aquel, cuando resulte necesario que se practique una pesquisa, podrá disponer que durante la diligencia no se ausenten las personas halladas en el lugar o que comparezca cualquier otra.

Esta detención denominada como retención solo podrá durar cuatro horas, luego de lo cual se debe recabar, inmediatamente, orden judicial para extender en el tiempo la presencia de los intervenidos.

La constitucionalidad de esta forma de detención entra en conflicto con el derecho fundamental de no ser detenido por la policía salvo el caso de flagrante delito o por orden motivada, previsto en el artículo 2.24.f de la Constitución aunque los defensores de la figura de la retención señalan que no se debe invocar dicha norma, sino el artículo 2.24.b que dice: No se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo en los casos previstos por la ley. Y siendo el Código Procesal Penal una ley, la Policía está habilitada a restringir la libertad personal. Así salvan la presunta inconstitucionalidad de la retención.

X. Registro de personas

El registro personal generalmente ha estado asociado a la intervención en flagrancia por la Policía Nacional o como uno de los efectos de una detención judicial.

En el NCPP se establece la posibilidad que fuera de supuestos de flagrancia la Policía por si dando cuenta al fiscal o por orden de este si existen fundadas razones para considerar que una persona oculta en su cuerpo o ámbito personal bienes relacionados con el delito, procederá a registrarla.

Antes de proceder al registro, se invita a la persona a que exhiba y entregue el bien buscado. Ante la negativa se procederá al registro, si considera útil a fin de completar las investigaciones.

Si fuera necesario, el registro se efectuará respetando la dignidad y el pudor de la persona. Corresponderá realizarlo a una persona del mismo sexo del intervenido, salvo que ello importe demora en perjuicio de la investigación.

El registro comprenderá las vestimentas que lleve el intervenido, además del equipaje o bultos que portase y el vehículo utilizado.

Se estipula que antes de iniciar el registro se expresará al intervenido las razones de su ejecución, y se le indicará del derecho que tiene de hacerse asistir en ese acto por una persona de su confianza, siempre que esta se pueda ubicar rápidamente y sea mayor de edad.

El resultado del registro personal se dejará constancia en un acta que será firmada por todos los concurrentes. Si alguien no lo hiciera, se expondrá la razón.

Hay un traslado de facultades a la policía que no empleada adecuadamente podría traer como efectos arbitrariedades.

Una figura análoga es la requisa de persona que es previa al secuestro de objetos a buscar dentro del ámbito inmediato de custodia de una determinada persona. Se trata de una posesión dentro de la esfera personal, de la cosa cuya obtención se persigue. Debe darse motivo suficiente para presumir la ocultación del objeto buscado como útil para la investigación. Esta se hace durante la etapa instructora bajo conducción del juez[98].

XI. La intervención corporal

Para establecer hechos significativos de la investigación a solicitud del fiscal en el caso de delitos graves (pena mayor de cuatro años), el juez puede ordenar aun sin consentimiento del imputado un examen corporal que puede comprender pruebas de análisis sanguíneos, pruebas genético-moleculares u otras intervenciones corporales, exploraciones radiológicas, siempre efectuadas por un médico u otro profesional especializado.

El examen corporal está condicionado a que no se cause un daño grave para la salud del imputado. Ante cualquier sospecha si es necesario se contará con un previo dictamen pericial (art. 211.1).

Estas pruebas son necesarias, por ejemplo, en homicidios para comparar ADN o verificar si la sangre del imputado es igual a la que se encontró en la escena del crimen.

(98) CLARIÁ OLMEDO, Jorge. Ob. cit., p. 390.

Si el examen corporal de una mujer puede ofender su pudor, sin perjuicio que el examen lo realice un médico u otro profesional especializado, a petición suya debe ser admitida otra mujer o un familiar.

En caso de urgencia o hay peligro por la demora el fiscal podrá disponer la realización del examen sin necesidad de orden judicial, pero inmediatamente se instará inmediatamente la confirmación judicial.

La diligencia de examen corporal se documentará en un acta. En el examen corporal podrá estar presente el abogado defensor, salvo que no concurra a la citación o que exista peligro que la prueba se perjudique y en cuyo caso podrá estar una persona de confianza del examinado siempre que se le pueda ubicar inmediatamente. Si faltase abogado o persona de confianza, los motivos deberán ser expresados en el acta la constancia.

En el supuesto de mínimas intervenciones como pequeñas extracciones de sangre, o piel o cabello se hará directamente por el Ministerio Público o la Policía con conocimiento del fiscal sin necesidad de orden judicial. En caso contrario, se pedirá orden judicial.

Se ha discutido en la judicatura si, por ejemplo, el hecho que un imputado no acepte practicarse una prueba de alcoholemia es parte de su derecho a no auto incriminarse. En estos casos, la persona terminaba siendo denunciada por delito de Resistencia a la Autoridad. Actualmente, se encuentra una tipificación más específica en el segundo párrafo del artículo 368 del Código Penal[99].

XII. Examen corporal de personas no imputadas

Personas no inculpadas también pueden ser examinadas sin su consentimiento, solo en consideración de testigos, siempre que deba ser constatado, para el esclarecimiento de los hechos, si se encuentra en su cuerpo determinada huella o secuela del delito.

En esta línea, también se podrá hacer en personas no inculpadas exámenes para la constatación de descendencia y la extracción de análisis sanguíneos sin el consentimiento del examinado son admisibles, si no hay daño previsible

(99) Cuando se desobedezca la orden de realizarse un análisis de sangre o de otros fluidos corporales que tenga por finalidad determinar el nivel, porcentaje o comprobaciones necesarias o se aleja por razones atendibles, pero omite dar cuenta inmediata a la autoridad, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis meses ni mayor de cuatro años y con noventa a ciento veinte días-multa. (Modificado por la Ley Nº 29439 publicada en el Diario Oficial *El Peruano* 19-11-2009).

para su salud y la medida es indispensable para la averiguación de la verdad. Los exámenes y la extracción de análisis sanguíneos solo pueden ser efectuados por un médico.

Los exámenes o extracciones de análisis sanguíneos pueden ser rehusados por los mismos motivos que el testimonio, por ejemplo, la esposa si va a incriminar a cónyuge imputado. Si es menor de edad o incapaz, decide su representante legal, salvo que esté inhabilitado para hacerlo por ser imputado en el delito, en cuyo caso decide el juez (art. 212).

XIII. Prueba de alcoholemia

La alta incidencia de accidentes de tránsito ha traído como efecto que se practiquen exámenes de alcoholemia como prueba sustancial para poder imputar la imprudencia del conductor. Se convierte en prueba privilegiada.

La prueba se puede hacer en el mismo lugar de la intervención con el sistema de aspirado manual de detectores de alcohol. Si el resultado de la comprobación es positiva o, en todo caso, si se presentan signos evidentes de estar bajo la influencia de bebidas alcohólicas u otro tipo de sustancia prohibida, el intervenido será retenido y conducido al centro de control sanitario correspondiente para realizar la prueba de intoxicación en sangre o en otros fluidos, según la prescripción del facultativo.

La Policía está obligada a registrar las diligencias realizadas, las comprobaciones de aire aspirado, y comunicará lo ejecutado al Ministerio Público adjuntando un informe razonado de su intervención.

Si es una intervención como consecuencia de la posible comisión de un delito y deba ser retenido para hacerse el examen de dosaje etílico se le explicará el motivo de la retención y que tiene derecho a contar con una persona de confianza.

En el auto del Juzgado de Investigación Preparatoria de Zarumilla Exp. N° 2010-201-01-JIPZ-CSJT/PJ del 16 de junio de 2010 se le reconoce la validez a la prueba de alcoholemia por ser de urgencia ya que la desaparición del alcohol es cuestión de horas:

> "Se advierte, que en este caso concreto las actuaciones tanto de la Policía así como del Ministerio Público estuvieron orientadas a obtener elementos de prueba respecto a la comisión de un delito, como es el de conducir vehículo en estado de ebriedad; por lo que, dadas

las especiales circunstancias del caso concreto, como es el hecho que el transcurso del tiempo hace que se borren las evidencias, como es el contenido de alcohol en la sangre del intervenido, hicieron urgente e impostergable la intervención policial y la obtención de la muestra sanguínea con tal finalidad" (100).

XIV. El allanamiento

El derecho a la inviolabilidad de domicilio está consagrado en nuestra carta política de tal forma que cualquier limitación de este derecho tiene que hacerse con orden judicial debidamente motivada.

El CPPMI tiene regulado esta medida de limitación de derechos en los siguientes términos:

> "**153. Allanamiento**. Cuando el registro se deba practicar en una morada o casa de negocio, en sus dependencias cerradas, o en recinto habitado, se requerirá la orden escrita del juez de la instrucción, de aquel ante quien penda el procedimiento o del presidente del tribunal, si se tratare de un tribunal colegiado.
>
> Se exceptúa de lo dispuesto los casos siguientes:
>
> 1) si, por incendio, inundación u otro estrago semejante, se hallare amenazada la vida o la integridad física de quienes habiten el lugar;
>
> 2) cuando se denunciare que personas extrañas han sido vistas mientras se introducían en un lugar y existan indicios manifiestos de que cometerán un delito;
>
> 3) cuando se introduzca en un lugar un imputado de un hecho punible grave, a quien se persigue para su aprehensión;
>
> 4) cuando voces provenientes de un lugar cerrado anunciaren que allí se está cometiendo un delito o desde él se pidiere socorro.
>
> La resolución por la cual el juez o tribunal ordena la entrada y registro de un domicilio particular será siempre fundada, explicando los

(100) Comisión de implementación del NCPP. Jurisprudencia nacional CPC. Editado por Ministerio de Justicia. Lima, 2012, p. 67.

motivos que indican la necesidad del registro; de la misma manera se procederá cuando se ordene un registro nocturno.

Los motivos que determinaron el allanamiento sin orden constarán detalladamente en el acta".

Contenido de la orden

1) la autoridad judicial que ordena el allanamiento y la sucinta identificación del procedimiento en el cual se le ordena; la señalación concreta del lugar o lugares que habrán de ser registrados;

2) la autoridad que habrá de practicar el registro y en cuyo favor se extiende la orden;

3) el motivo del allanamiento y, en su caso, del ingreso nocturno y las diligencias a practicar;

4) la fecha y la firma.

La orden tendrá una duración máxima de dos semanas, después de las cuales caduca la autorización, salvo que haya sido expedida por tiempo determinado o para un periodo determinado, en cuyo caso constarán esos datos. (art. 154). Aquí se plasma la regla de temporalidad de las medidas de restricción de derechos.

En cuanto a la ejecución del allanamiento se establece que esta medida será notificada inmediatamente a quien habita el lugar o al encargado, entregándole una copia, y procediéndose. Las personas encontradas tienen la obligación de colaborar, pero puede darse lo contrario. El CPPMI dice que en estos casos se hará uso de la fuerza pública para ingresar. Al terminar el registro se cuidará que los lugares queden cerrados y, de no ser ello posible inmediatamente, se asegurará que otras personas no ingresen en el lugar, hasta lograrlo. Este procedimiento constará en el acta (art. 155).

1. Presupuestos para la solicitud del allanamiento

El NCPP establece que el requerimiento se hará si es que se está en supuestos distintos a flagrante delito o de peligro inminente de su perpetración, y siempre que existan motivos razonables para considerar que se oculta el imputado o alguna persona evadida, o que se encuentran bienes delictivos o cosas relevantes para la investigación. El legitimado para solicitar la medida de allanamiento y registro domiciliario es el fiscal. Esta se aplicará en casa habitación, casa de negocio, en sus dependencias cerradas, o en recinto habitado temporalmente,

y de cualquier otro lugar cerrado. El fiscal podría eventualmente solicitar al ocupante la autorización de ingreso pero si es previsible que le sea negado el ingreso en acto de función a ese recinto solicitara la medida (art. 214).

En el requerimiento se deberá consignar la ubicación concreta del lugar o lugares que habrán de ser registrados, la finalidad específica del allanamiento, las diligencias a practicar, y el tiempo aproximado que durará. En estos casos, la experiencia aconseja que se realice la descripción física del inmueble con fotografías puesto que ante la eventualidad de allanamiento los investigados en caso de delitos que buscan camuflaje alteran las características del inmueble o hacen difícil su identificación. Adjuntar un croquis nos parece sumamente importante para la precisión en la intervención.

Estos presupuestos son recogidos en la resolución del Juzgado de Investigación Preparatoria de Zarumilla Exp. N° 2010-133 veintiuno de abril del año dos mil diez: "Nuestra Constitución Política del Perú consagra la inviolabilidad de domicilio como un derecho fundamental; sin embargo, cierto es también que tal protección encuentra sustento en tanto y en cuanto el titular del domicilio despliegue una conducta acorde al ordenamiento jurídico, más si por el contrario, despliega conductas que importan un quebrantamiento del orden jurídico, tal derecho puede ser objeto de restricciones". "(…) Se verifica que el requerimiento efectuado ha cumplido con precisar la ubicación concreta del lugar que será registrado, la finalidad específica del allanamiento, las diligencias a practicar y el tiempo aproximado que durará dicha la diligencia y, también quien llevará a cabo la misma"[101].

En esta línea tenemos el auto del Cuarto Juzgado de Investigación Preparatoria de Trujillo N° Exp. 1592-2011 del catorce de abril del año dos mil once que autoriza un allanamiento sumado a una petición de incautación en la medida que puede existir una pluralidad de restricciones de derechos a ser solicitadas en un solo requerimiento: "Circunstancias todas estas que se dan en flagrancia delictiva, al existir una intervención y sindicación previa al allanamiento, que es corroborada con lo hallado en el inmueble. Por consiguiente, verificándose la relación causal entre los supuestos fácticos y jurídicos, corresponde calificar positivamente la solicitud del representante del Ministerio Público, respecto del allanamiento pues la conducta del investigado se encuentra subsumida en el parágrafo "a" del inciso 1 del artículo 214 del Código Procesal Penal". (…) Respecto de la incautación también solicitada, (…) cuando dicho acto procesal ha sido realizado sin autorización previa del juez,

(101) Comisión de implementación del NCPP. Jurisprudencia nacional CPC. Editado por Ministerio de Justicia. Lima, 2012, p. 62.

para verificar que se han dado circunstancias de flagrancia o concurra peligro inminente de su perpetración o peligro en la demora; siendo que al juez de garantías le cabe el control posterior para verificar dichas circunstancias, la no violación de derechos fundamentales –como lo pueden ser el de la intimidad personal o domiciliaria, a la propiedad, etcétera–" (102).

Si se hizo un allanamiento sin orden judicial, los motivos para mantener la legalidad de esta medida constarán en el acta los detalles de la intervención**.**

2. Contenido de la decisión judicial

El nombre del fiscal autorizado, la finalidad específica del allanamiento y, de ser el caso, las medidas de coerción que correspondan, la designación precisa del inmueble que será allanado y registrado, el tiempo máximo de la duración de la diligencia, y el apercibimiento de Ley para el caso de resistencia al mandato como el descerraje.

La duración será como máximo de dos semanas, después de las cuales caduca la autorización, salvo que haya sido expedida por tiempo determinado o para un periodo determinado, en cuyo caso constarán esos datos (art. 215).

3. Desarrollo de la diligencia

En la ejecución de la medida, si está presente el titular del inmueble allanado, es decir, el imputado, se le entregará una copia de la autorización o a quien tenga la disponibilidad actual del lugar, comunicándole la facultad que tiene de hacerse representar o asistir por una persona de su confianza y que permita el ingreso.

Si no hay nadie, la copia se entregará y el aviso se dirigirá a un vecino, a una persona que conviva con él, y a falta de ellos, solo de ser posible, al portero o a quien haga sus veces. La idea es que por cualquier medio el afectado tenga conocimiento de los motivos del allanamiento.

La diligencia se circunscribirá a lo autorizado, redactándose acta. Durante su desarrollo se adoptarán las precauciones necesarias para preservar la reputación y el pudor de las personas que se encuentren en el local allanado. Es decir, que si bien se ha dictado el allanamiento esto no significa vulnerar otros derechos de sus ocupantes fuera del contexto de la intervención domiciliaria (art. 216).

(102) Ibídem, p. 64.

4. Acumulación de solicitudes

El fiscal tiene la potestad de solicitar que el allanamiento comprenda la detención de personas y también la incautación de bienes que puedan servir como prueba o ser objeto de decomiso. En este caso, se hará un inventario en varios ejemplares, uno de los cuales se dejará al responsable del recinto allanado.

El allanamiento, de acuerdo a la decisión del fiscal, podrá comprender el registro personal de las personas presentes o que lleguen, cuando considere que las mismas pueden ocultar bienes delictivos o que se relacionen con el mismo. El fiscal podrá disponer, consignando los motivos en el acta, que determinada persona no se aleje antes de que la diligencia haya concluido. El trasgresor será retenido y conducido nuevamente y en forma coactiva al lugar (art. 217).

5. Límites al allanamiento en la jurisprudencia

La inviolabilidad de domicilio fuera de la situación de flagrancia requiere siempre una orden judicial que la autorice. No hacerlo así puede traer como consecuencia la ilegalidad de las fuentes de pruebas. Sin embargo, encontramos en la casuística reglas de exclusión aplicada por la Corte Suprema, como fue el caso del Polo que a continuación detallamos:

Este fue un atentado terrorista en el centro comercial el "El Polo", suscitado el 20 de marzo de 2002, en el que resultaron nueve muertos y cuarenta heridos. La Policía Nacional efectuó seguimientos a personas sospechosas de haber participado en el mismo e incursionaron sin orden de allanamiento en el domicilio de la sospechosa Giovanna Anaya Salvarte, dentro del que hicieron un registro domiciliario, hallando en su interior material subversivo vinculado con el atentado. La defensa de la procesada cuestionó el acta de registro por considerar que se había vulnerado el derecho a la inviolabilidad de domicilio, pues se hizo sin orden judicial y que al no haberse presentado ninguna de las excepciones previstas en la Constitución Política del Perú, el referido registro era inconstitucional, y por ende, las fuentes de prueba allí obtenidas ilícitas.

La Sala Penal Nacional en el Exp. N° 295-2002, de fecha Lima, primero de setiembre del dos mil cinco, dio la razón a la defensa de la procesada pues consideró que los materiales hallados durante la referida diligencia fueron obtenidos con vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, es decir, fueron obtenidos ilícitamente, pues en el acta en cuestión no constaba que el registro se haya producido con el consentimiento de la encausada y aun cuando en la misma estuvo presente la representante del Ministerio Público, la Sala estimó que no solo los policías procedieron de manera inconstitucional, sino también, la fiscal, quien desconociendo su

función de defensora de la legalidad y de estar obligada a cumplir la Constitución, avaló el ingreso al domicilio de la acusada sin autorización judicial. La Sala Nacional estimo que al haberse producido el ingreso al domicilio de la encausada Anaya Salvarte con infracción del inciso 9 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú, pues no concurrió alguna de las excepciones constitucionalmente admitidas, las fuentes de prueba recogidas en el acta de registro domiciliario practicada en el interior de la vivienda de la referida, eran ilícitas y no podían ser valoradas, trayendo como resultado la absolución de la acusada.

Sin embargo, llevado esto a la instancia suprema, este máximo órgano jurisdiccional consideró inconsistente los argumentos de la Sala Penal Nacional en su R.N.Nº 4826-2005, diecinueve de julio del dos mil siete de la siguiente forma:

> "(…) ante el incumplimiento de un requisito de producción de un elemento probatorio –ausencia de flagrancia delictiva en el caso de un allanamiento o registro domiciliario– no necesariamente debe prohibirse la valoración dicho elemento, pues en estos casos, sin perjuicio de reconocer en la generalidad de los mismos la regla de exclusión, deberá tenerse en cuenta, de un lado, el peso de la infracción de procedimiento ocurrida –en este caso, la inviolabilidad domiciliaria–, su importancia para la esfera jurídicamente protegida del afectado y la consideración de que la verdad no debe ser investigada a cualquier precio, y de otro lado, los intereses de una efectiva persecución penal, ya que en los casos graves y excepcionales es posible reconocer validez de valoración a una fuente de prueba obtenida es las circunstancias ya descritas, siempre y cuando la vulneración denunciada, en el caso concreto, importe una afectación de menor gravedad del delito objeto de acreditación y, en especial, a las circunstancias que determinaron su obtención, en la que la noción de urgencia o inevitabilidad y el comportamiento y niveles de seguridad adoptados por la autoridad legítima para la consecución de la evidencia será determinante: que en el presente caso, a posteriori, no solo se tiene la concurrencia del Ministerio Público, sino que anterioridad los factores que determinaron la incursión domiciliaria, y en especial la diligencia de seguimiento previo y lo ya obtenido en la propia investigación hacen aplicable la doctrina del denominado "caso probable", en virtud de la cual se atenúa la regla de exclusión cuando una prueba se obtenga sin orden judicial siempre que se acredite que en el momento del registro ya existían indicios suficientes para que el Juez la hubiese emitido de haberla solicitado (…) por tanto, el acto de allanamiento domiciliario

> no ha sido desproporcionado con los propósitos legítimos perseguidos, tiene justificación razonable y fue compatible con las circunstancias particulares del caso, por lo que no se está frente a una prueba de valoración prohibida por existir una excepción razonable que la permite; que en ese sentido, esta fuente de prueba es jurídicamente admisible y debe ser incorporada al proceso como un medio de prueba excepcionalmente válido".

El argumento central es que la medida de allanamiento con los indicios que se tenían era suficiente para que un juez la otorgue por lo que la intervención no fue desproporcionada, por lo que no se está ante una excepción razonable para excluir el resultado del allanamiento consignadas en las actas.

XV. La exhibición forzosa y la incautación

1. Incautación probatoria

Tiene una finalidad de investigación o probatoria: obtener y conservar evidencias o elementos probatorios, para su posterior incorporación en el proceso, de tal manera que pueda sustentar requerimientos fiscales y justificar tanto decisiones interlocutorias con resoluciones finales como la sentencia(103) Estas medidas pueden comprender bienes intrínsecamente delictivos como embarque de drogas, armas, cuya finalidad es demostrar su existencia material. También bienes utilizados como medios, herramientas, transporte, en el circuito delictivo.

2. La exhibición e incautación de bienes

Si el propietario, poseedor, administrador, tenedor u otro requerido por el fiscal para que entregue o exhiba un bien que constituye cuerpo del delito y de las cosas que se relacionen con él o que sean necesarias para el esclarecimiento de los hechos investigados, se negare a hacerlo o cuando la Ley así lo prescribiera, el fiscal, solicitará al juez ordene su incautación o exhibición forzosa. La petición será fundamentada y contendrá las especificaciones necesarias.

El cuerpo del delito comprende a todos los elementos vinculados directa o indirectamente, con el delito, esto es, incluye los objetos, instrumentos,

(103) YAIPÉN ZAPATA, Víctor. "La incautación como medida cautelar en el nuevo proceso penal". En: *Gaceta Penal y Procesal Penal*. Tomo 20, Gaceta Jurídica, Lima, marzo, 2011, p. 246.

efectos del delito y en general a cualquier elemento que manifieste la actividad delictiva(104).

La Policía no necesitará autorización del fiscal ni orden judicial para incautar cuando la intervención es en flagrancia o peligro inminente de perpetración de delito. Una vez incautado el bien, se dará cuenta inmediata al fiscal.

Si se trata de peligro por la demora, la exhibición o la incautación debe disponerla el fiscal.

El fiscal una vez que tomó conocimiento de la medida ejecutada por la policía, o dispuso su ejecución, requerirá al juez la Resolución confirmatoria:

La Resolución que autoriza la incautación o exhibición por requerimiento del fiscal contendrá los siguientes datos:

Nombre del fiscal autorizado, la designación concreta del bien o cosa cuya incautación o exhibición se ordena. Si fuese la solicitud para obtener copia, fotografía, filmación o grabación se indicará el sitio en el que tendrá lugar, y el apercibimiento de Ley para el caso de desobediencia al mandato (art. 219). La Resolución confirmatoria tendrá en lo pertinente el mismo contenido de la resolución que autoriza la incautación.

3. Ejecución y cadena de custodia

Con la orden judicial, el fiscal hará la ejecución y de inmediato contará con el auxilio de la Policía. Si no afecta la investigación, el fiscal puede programar día y hora para la ejecución (art. 220.1.) con citación de las partes. Si el interesado está presente, se le entregará una copia de la orden judicial.

Los bienes objeto de incautación deben ser inventariados y registrados con exactitud y debidamente individualizados, estableciéndose los mecanismos de seguridad para evitar confusiones o alteración de su estado original. Se debe identificar al funcionario o persona que asume la responsabilidad o custodia del material incautado. De la ejecución de la medida, se debe levantar un acta que será firmada por los participantes en el acto.

El fiscal determinará con precisión las condiciones y las personas que intervienen en la recolección, envío, manejo, análisis y conservación de lo incautado, y los cambios hechos en ellos por cada custodio.

(104) YAIPÉN ZAPATA, Víctor. Ob. cit., p. 231.

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 de bienes muebles. Si se trata de bienes inmuebles o de un derecho sobre él, adicionalmente a su ocupación, se operará de manera que se anote en el registro respectivo dicha medida, en cuyo caso se instará la orden judicial respectiva. Se debe oficiar a los Registros Públicos de la Propiedad Inmueble. Esta inscripción bajo la regla de publicidad podrá prevenir a terceros frente a probables traspasos.

La Fiscalía de la Nación según el NCPP debe 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. Esto ha sido cumplido con Reglamento de la Cadena de Custodia de Elementos Materiales, Evidencias y Administración de Bienes Incautados aprobado por Resolución Nº 729-2006-MP-FN del 15 de junio de 2006.

Como referencia de cadena de custodia a tener en cuenta tenemos que en el Código Procesal Penal de Colombia regulada esta materia con bastante precisión señalando las finalidades así:

> "Artículo 254. Aplicación. Con el fin de demostrar la autenticidad de los elementos materiales probatorios y evidencia física, la cadena de custodia se aplicará teniendo en cuenta los siguientes factores: identidad, estado original, condiciones de recolección, preservación, embalaje y envío; lugares y fechas de permanencia y los cambios que cada custodio haya realizado. Igualmente se registrará el nombre y la identificación de todas las personas que hayan estado en contacto con esos elementos.
>
> La cadena de custodia se iniciará en el lugar donde se descubran, recauden o encuentren los elementos materiales probatorios y evidencia física, y finaliza por orden de autoridad competente".

La razón principal de la cadena es garantizar la autenticidad de la prueba material, pues una contaminación de esta por factores externos, o negligencia puede arruinar una investigación; de allí que la persona que interviene en este sistema se convierte en garantes de su preservación, guarda, seguridad:

> "Artículo 255. Responsabilidad. La aplicación de la cadena de custodia es responsabilidad de los servidores públicos que entren en contacto con los elementos materiales probatorios y evidencia física.
>
> Los particulares que por razón de su trabajo o por el cumplimento de las funciones propias de su cargo, en especial el personal de los

> servicios de salud que entren en contacto con elementos materiales probatorios y evidencia física, son responsables por su recolección, preservación y entrega a la autoridad correspondiente".

El Código Procesal Penal de Argentina en las medidas de secuestros de las cosas relacionadas con el delito, las sujetas a decomiso o aquellas que puedan servir como medios de prueba, resultado de un allanamiento o de una requisa personal o inspección, se dejaran constancia de ello en el acta respectiva y dando cuenta inmediata del procedimiento realizado al juez o al fiscal intervinientes (art. 231).

Esto generará una cadena de custodia pues los efectos secuestrados serán inventariados y puestos, bajo segura custodia, a disposición del tribunal. En caso necesario podrá disponerse su depósito. El juez podrá ordenar la obtención de copias o reproducciones de las cosas secuestradas cuando estas puedan desaparecer, alterarse, sean de difícil custodia o convenga así a la instrucción. Las cosas secuestradas serán aseguradas con el sello del tribunal y con la firma del juez y secretario, debiéndose firmar los documentos en cada una de sus hojas.

Si fuere necesario remover los sellos, se verificará previamente su identidad e integridad. Concluido el acto, aquellos serán repuestos y de todo se dejará constancia (**art. 233**). Un sistema bastante rudimentario, pero como la mayoría de sistemas que se han manejado con sus códigos antiguos, incluyendo el peruano de 1940.

El Código Procesal Penal de Chile dice al respecto de los bienes u cosas incautadas:

> "Artículo 188. Conservación de las especies. Las especies recogidas durante la investigación serán conservadas bajo la custodia del ministerio público, quien deberá tomar las medidas necesarias para evitar que se alteren de cualquier forma.
>
> Podrá reclamarse ante el juez de garantía por la inobservancia de las disposiciones antes señaladas, a fin que adopte las medidas necesarias para la debida preservación e integridad de las especies recogidas.
>
> Los intervinientes tendrán acceso a esas especies, con el fin de reconocerlas o realizar alguna pericia, siempre que fueren autorizados por el ministerio público o, en su caso, por el juez de garantía. El Ministerio Público llevará un registro especial en el que conste la identificación de las personas que fueren autorizadas para reconocerlas o manipularlas, dejándose copia, en su caso, de la correspondiente autorización".

El Código Procesal Penal de México al generar la cadena de custodia establece que el juez, el Ministerio Público y la policía podrán disponer que sean resguardados los objetos relacionados con el hecho delictuoso y aquellos que puedan servir como medios de prueba y cuando sea necesario, ordenarán su aseguramiento (art. 258).

El aseguramiento de bienes le corresponde al Ministerio Público que ordenará que los instrumentos, objetos o producto del hecho delictuoso, así como de aquellos que puedan ser útiles para garantizar la reparación del daño sean preservados. Y a efectos de asegurar los bienes el Ministerio Público dictará las medidas conducentes e inmediatas para evitar que se destruyan, alteren o desaparezcan.

Si los bienes asegurados pueden servir como medios de prueba, se observarán las reglas para su resguardo y en materia de cadena de custodia. Si son bienes vinculados a la violencia de género, el Ministerio Público ordenará de inmediato, de oficio, el aseguramiento de bienes suficientes para garantizar la reparación del daño (art. 259).

Ahora es menester observar los aspectos más relevantes del Reglamento de Cadena de Custodia de Elementos Materiales, Evidencias y Administración de Bienes Incautados aprobado por Resolución Nº 729-2006-MP-FN del 15 de junio de 2006.

El Reglamento regula el procedimiento de la cadena de custodia de los elementos materiales y evidencias incorporadas a la investigación de un hecho punible; y los procedimientos de seguridad y conservación de los bienes incautados, según su naturaleza (art. 1).

La cadena de custodia es el procedimiento destinado a garantizar la individualización, seguridad y preservación de los elementos materiales y evidencias, recolectados de acuerdo a su naturaleza o incorporados en toda investigación de un hecho punible, destinados a garantizar su autenticidad, para los efectos del proceso. Las actas, formularios y embalajes forman parte de la cadena de custodia (art. 7).

La finalidad es unificar procedimientos básicos y responsabilidades de los representantes del Ministerio Público y funcionarios, a efecto de garantizar la autenticidad y conservación de los elementos materiales y evidencias incorporados en toda investigación de un hecho punible, auxiliados por las ciencias forenses, la Criminalística, entre otras disciplinas y técnicas que sirvan a la investigación criminal. Además, unificar los lineamientos generales de seguridad y conservación de los bienes incautados (art. 2).

La cadena de custodia se rige por los siguientes principios:

El **control** de todas las etapas desde la recolección o incorporación de los elementos materiales, evidencias y bienes incautados hasta su destino final. Así, como del actuar de los responsables de la custodia de aquellos.

La **preservación** de los elementos materiales y evidencias, así como de los bienes incautados, para garantizar su inalterabilidad, evitar confusiones o daño de su estado original, así como un indebido tratamiento o incorrecto almacenamiento.

La **seguridad** de los elementos materiales y evidencias, así como de los bienes incautados con el empleo de medios y técnicas adecuadas de custodia y almacenamiento en ambientes idóneos, de acuerdo a su naturaleza.

La **mínima intervención** de funcionarios o personas responsables en cada uno de los procedimientos, registrando siempre su identificación.

La **descripción detallada** de las características de los elementos materiales y evidencias además de los bienes incautados o incorporados en la investigación de un hecho punible; del medio en el que se hallaron, de las técnicas utilizadas, de las pericias, de las modificaciones o alteraciones que se generen (art. 4).

Las cosas sobre las que se realiza la cadena de custodia está compuesto por: **elementos materiales y evidencias que** son objetos que permiten conocer la comisión de un hecho punible y atribuirlos a un presunto responsable en una investigación y proceso penal (art. 5); y los **bienes incautados que son estimados como** los efectos y ganancias provenientes de delito, así como los instrumentos que sirvieron para perpetrarlo, objeto de una medida judicial o excepcionalmente fiscal, durante la investigación.

4. Devolución de bienes incautados y entrega de bienes sustraídos

El fiscal y la Policía con conocimiento del MP podrán devolver al agraviado o a terceros los objetos incautados o entregar los incautados que ya fueron utilizados en la actividad investigadora, con conocimiento del juez.

Podrá devolverlos al imputado si no tuvieren ninguna relación con el delito. También la devolución podrá ordenarse provisionalmente y en calidad de depósito, pudiendo disponerse su exhibición cuando fuera necesario.

Los bienes sustraídos, por ejemplo, en delitos contra el patrimonio serán entregados al agraviado.

Si el fiscal no accede a la devolución o entrega, el afectado podrá instar, dentro del tercer día, la decisión del juez para poder recuperar sus bienes (art. 222).

5. Remate

La fiscalía no puede convertirse en un gran almacén de bienes incautados, pues se le descara esta función de custodia y conservación procediendo al remate de los bienes de los que no se ha identificado al autor o al perjudicado en el plazo de seis meses. El remate se realiza, previa disposición de la Fiscalía que conoce del caso, si no se ha formalizado la Investigación Preparatoria o previa orden del juez de la investigación preparatoria si existe proceso abierto, a requerimiento del fiscal.

El remate se llevará a cabo por el órgano administrativo competente del Ministerio Público que seguirá las siguientes pautas:

a) Valorización pericial;

b) Publicación de un aviso en el periódico oficial o en carteles a falta de periódico.

El producto del remate, descontando los gastos, será depositado en el Banco de la Nación a la orden del Ministerio Público si no se formalizó investigación preparatoria y, en partes iguales, a favor del Poder Judicial y del Ministerio Público si existiere proceso abierto.

Si transcurrido un año ninguna persona acredita su derecho, el Ministerio Público o el Poder Judicial, dispondrán de ese monto, constituyendo recursos propios (art. 222).

6. La exhibición e incautación de actuaciones y documentos no privados

Documentos no privados son aquellos de naturaleza pública. Estos pueden ser objeto de exhibición forzosa o incautación. De todas formas creemos que la exigencia a las entidades del Estado para que presenten documentos o los exhiban es obligación en tanto son documentos públicos. Si la constitución autoriza que cualquier ciudadano sin expresión de causa puede tener acceso a

información pública,[105] no vemos mayor problema cuando la Fiscalía solicita la exhibición de documentos, salvo que se trate de secretos de Estado. En este caso, deberá solicitar que el juez pueda autorizar que se le otorgue esa información (art. 224).

El procedimiento es el normado por el artículo 165, numerales 2) y 3). El Juez deberá oficiar al sector Defensa para que informe si la información solicitada puede ser dada a publicidad en la investigación.

El funcionario que tenga en su poder los actos y documentos requeridos está obligado a exhibirlos o entregarlos inmediatamente al fiscal, incluso su original, y todo objeto que detenten por razones de su oficio, encargo, ministerio o profesión, siempre con la excepción que expresen que se trata de un secreto profesional o de Estado.

El afectado puede instar la intervención judicial para establecer si correspondía la exhibición o incautación de todos los documentos o actos intervenidos por el fiscal.

Si se invoca secreto profesional, el fiscal realizará las indagaciones necesarias a ese efecto, siempre que resulte indispensable para la marcha de las investigaciones, y si considera infundada la oposición a la exhibición o incautación, instará la intervención judicial. El juez previa audiencia, si considera fundada la petición del fiscal ordenará la incautación.

Si se justifica la no entrega de documentos por ser secreto de Estado, el fiscal acudirá al presidente del Consejo de Ministros solicitando confirme ese carácter. Si se confirma la existencia del secreto y la prueba sea esencial para la definición de la causa, el fiscal acudirá al juez de la investigación preparatoria, para que previa audiencia con asistencia de las partes decida si clausura la investigación por existir secreto de Estado.

7. Copia de documentos incautados

El fiscal podrá obtener copia de las actuaciones y los documentos incautados y restituirá los originales. Si mantiene los originales para no afectar la

(105) Artículo 2.5 de la Constitución. A solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido. Se exceptúan las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional.

marcha de la entidad pública afectada podrá autorizar la expedición gratuidad de copia certificada (art. 225.1).

Los servidores o funcionarios públicos podrán expedir copias, extractos o certificaciones de los documentos restituidos, en original o copia, por el fiscal, pero deberá hacer mención en ellos de la incautación existente. Esto tiene la finalidad que el usuario sepa que existe proceso judicial y que esos documentos están involucrados en investigaciones.

El fiscal tiene la obligación de entregar a la persona u oficina en la que se efectuó la incautación, copia del acta de la diligencia. Esto tiene sentido porque en el acta constará al detalle que documentos se ha secuestrado de tal forma que se pueda garantizar la devolución.

En el caso que el documento incautado formara parte de un volumen o un registro del cual no puede ser separado y el fiscal no considera conveniente extraer copia, el volumen entero o el registro permanecerá en depósito judicial. El funcionario público con la autorización del fiscal, expedirá a los interesados que lo soliciten, copias, extractos o certificados de las partes del volumen o registro no sujetas a incautación, haciendo mención de la incautación parcial, en las copias, extractos y certificados.

Si la incautación documental afecta a la entidad pública o al funcionario, estos podrán acudir al juez para que disponga el cese de los mismos. Él examinará en audiencia si la medida afecta irrazonablemente sus derechos o intereses jurídicos y, si comprueba esto, levantará la medida.

XVI. La interceptación e incautación postal

Son objeto de interceptación e incautación las cartas, pliegos, valores, telegramas y otros objetos de correspondencia o envío postal, en las oficinas o empresas –públicas o privadas– postales o telegráficas, dirigidos al imputado o remitidos por él, aún bajo nombre supuesto, o de aquellos de los cuales por razón de especiales circunstancias, se presumiere que emanan de él o de los que él pudiere ser el destinatario. El fiscal requerirá al juez que autorice la interceptación, incautación y ulterior apertura de los mismos para fines de la investigación.

En la casuística vemos que estas interceptaciones se centran en los casos de tráfico de drogas en las mensajerías. Una modalidad es utilizar las cartas para remitir droga al exterior. Generalmente, los traficantes emplean la identidad de terceros que por un pago irrisorio, y a veces sin saber qué es lo que

envía, permiten el uso de sus nombres con el consiguiente perjuicio para estos, cuando posteriormente son intervenidos por la Fiscalía.

La medida, estrictamente reservada y sin conocimiento del afectado, se prolongará por el tiempo estrictamente necesario, el que no será mayor que el periodo de la investigación.

Esta medida también puede aplicarse para la obtención de copias o respaldos de la correspondencia electrónica dirigida al imputado o emanada de él.

A la petición fiscal el juez mediante trámite reservado e inmediatamente, teniendo a la vista los recaudos que justifiquen el requerimiento fiscal autorizará o denegará el requerimiento. La denegación puede ser apelada por el fiscal y seguirá el trámite reservado en la Sala Superior sin trámite e inmediatamente.

1. Ejecución

Con la orden judicial, el fiscal –por sí o encargando su ejecución a un funcionario de la Fiscalía o un efectivo policial– realizará inmediatamente la diligencia de interceptación e incautación. Luego examinará externamente la correspondencia o los envíos retenidos, sin abrirlos o tomar conocimiento de su contenido, y retendrá aquellos que tuvieren relación con el hecho objeto de la investigación. De lo actuado, se levantará un acta.

La apertura se efectuará en el despacho fiscal. El fiscal leerá la correspondencia o revisará el contenido del envío postal retenido. Si tienen relación con la investigación, dispondrá su incautación dando cuenta al juez. Si no tuvieren relación con el hecho investigado, serán devueltos a su destinatario directamente o por intermedio de la empresa de comunicaciones. La entrega podrá entenderse también con algún miembro de la familia del destinatario, a algún miembro de su familia o a su mandatario o representante legal. Si solo una parte tiene relación con el caso, a criterio del fiscal, se dejará copia certificada de aquella parte y se ordenará la entrega a su destinatario o viceversa. Todo se documentará en acta (art. 227).

2. Reexamen judicial

El afectado, una vez que se le ha comunicado la interceptación de sus cartas y análogos, puede solicitar el reexamen judicial, dentro del plazo de tres días de notificado.

La audiencia se realizará con asistencia del afectado, de su defensor y de las demás partes. El juez decidirá si la diligencia se realizó correctamente y si la interceptación e incautación han comprendido comunicaciones relacionadas con la investigación. Si el material interceptado no guarda relación con la investigación fiscal, así lo declarará (art. 228).

Puede darse el caso que una tercera persona tenga la correspondencia. Si es requerida y se niega a entregarla, se le informará que incurre en responsabilidad penal y puede ser denunciada. Si se niega otra vez se le iniciará la investigación pertinente, no solo por resistencia a la autoridad, sino también de probable encubrimiento real.

Si el tercero alega, como fundamento de su negativa, secreto de Estado o inmunidad diplomática. En el primer caso, el Fiscal acudirá al presidente del Consejo de Ministros solicitando confirme ese carácter. En caso se confirme la existencia del secreto y la prueba sea esencial para la definición de la causa, el fiscal acudirá al juez para que previa audiencia con asistencia de las partes decida si clausura la investigación por existir secreto de Estado. En el segundo caso, se solicitará informe al Ministerio de Relaciones Exteriores (art. 229).

XVII. La intervención de comunicaciones y telecomunicaciones

En la doctrina se considera que es una medida de coerción real especialísima, para obtener elementos de convicción de las ideas y pensamientos transmitidos a distancia por aparatos técnicos que el Estado organiza o controla para el servicio público. El teléfono es el más característico, pero puede ser también el conmutador o la radio. Se utiliza para adquirir pruebas, y también para impedir la transmisión con respecto al imputado, no en relación a quienes no lo sean, cuyo ámbito de intimidad no puede en principio ser afectado mientras no reúnan tal condición. El objeto inmediato de la intervención es el mecanismo técnico utilizado o a utilizar(106).

En la legislación española, en el artículo 18.3 de la Constitución dice que la limitación de derechos fundamentales como la inviolabilidad del secreto de comunicaciones está reserva a norma previa. La autorización judicial está prevista en el artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que dice que el juez podrá acordar las comunicaciones telefónicas del procesado, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de

(106) CLARIÁ OLMEDO, Jorge. Ob. cit., p. 395.

algún hecho o circunstancia importante de la causa. La intervención solo puede ser realizada con proceso penal incoado y por auto judicial motivado. Según Gómez Colomer la verdadera motivación exige que el auto explique los indicios de responsabilidad criminal que justifican una limitación tan grave de un derecho fundamental; se trata de que existan hechos concretos desde los que pueda razonablemente concluirse que se ha cometido un delito (lo que excluye las meras conjeturas y, sobre todo, la pesquisa, es decir, el salir a la búsqueda de un delito, de cualquier delito), que ha de sospecharse razonablemente que ha sido cometido por persona determinada. Por ello, es obvio que el auto debe expresar cuál es el número del teléfono a intervenir(107).

En la medida en que hay afectación de un derecho fundamental acota que en la jurisprudencia española se ha establecido que deben darse dos requisitos para el otorgamiento de la medida: Necesidad, que supone que la intervención sea la única forma de descubrir el delito o de sus circunstancias, y Proporcionalidad, que está vinculado solo a delitos graves, que pueden medirse por la pena y su trascendencia social(108).

El caso Gürtel, que fue la instrucción seguida por el juez Baltasar Garzón y que motivó su condena por sentencia del Tribunal Supremo 79/2012 del 9 de enero de 2012, es interesante puesto que el magistrado a pedido de la fiscalía ordenó la intervención de comunicaciones entre los investigados detenidos en centro penitenciario y sus abogados. La querella interpuesta fue por prevaricato centrado básicamente en que las interceptaciones telefónicas afectaron el derecho de defensa de los procesados y la confidencialidad de la información entre estos. La justificación de Garzón ha sido que existían indicios que los abogados estaban actuando como cómplices de blanqueo de dinero y no exactamente como abogados defensores. Al final ha sido condenado y destituido, en una suerte de paradoja porque Gürtel era un caso de corrupción vinculado al Partido Popular que gobierna actualmente España y más allá de la justeza o no de las interceptaciones telefónicas ordenadas por el magistrado español, en concreto no ha existido ninguna afectación a las estrategias defensivas de los procesados que continúan en prisión en la actualidad.

Un caso de interceptación de conversaciones de abogados y que podrá ser materia de estudio es la interceptación telefónica ordenada judicialmente de las comunicaciones entre las acusadas por el asesinato de la señora Míriam Fefer,

(107) GÓMEZ COLOMER, Juan Luis. *Derecho Jurisdiccional*. Tomo III, 10ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 167.
(108) Ibídem, p. 168.

con sus abogados, justificada según la información periodística, para descubrir delito de tráfico de influencias.

Otro aspecto de este fenómeno de interceptación de comunicaciones, es que en Perú durante el régimen del ingeniero Fujimori se desarrollaron escuchas ilegales denominadas "chuponeos", de tal forma que se invadió la privacidad de muchos personajes públicos, políticos, del espectáculos, jueces. En los regímenes democráticos de Toledo, García Pérez y Humala Tasso estas conductas se han reproducido y definitivamente son ilícitas y no pueden fundar de por si en el caso que la información de luces para la existencia de delitos un proceso penal, pues estamos ante la existencia de pruebas ilícitamente obtenidas. La salida que se ha planteado en esta situación es cuando es la misma persona ha grabado sus comunicaciones, la interceptación sería lícita por no afectar el derecho al secreto de sus comunicaciones y si es posible abrir un proceso penal(109). También se propone una ponderación de derechos el descubrimiento del delito o la privacidad, entonces, siendo que esto es excepcional corre el peligro de convertirse en regla general y cualquier persona puede introducir micrófonos para oír las conversaciones de sus vecinos.

1. Legislación nacional

El primer antecedente legislativo que autorizaba las intervenciones de comunicaciones fue la Ley Nº 27379 en su artículo 2 y que posteriormente ese extremo fue derogado por la Ley Nº 27697 que sigue en vigencia en paralelo a la aplicación progresiva del NCPP. La finalidad de la norma es desarrollar legislativamente la facultad constitucional dada a los jueces para conocer y controlar las comunicaciones de las personas que son materia de investigación preliminar o jurisdiccional (art. 2.10 Constitución Política). La norma establece que solo se hará en delitos graves y fija un catálogo constituido por secuestro agravado, tráfico de menores, robo agravado, extorsión agravada, tráfico ilícito de drogas, asociación ilícita para delinquir, delitos contra la humanidad, atentados contra la seguridad nacional y traición a la patria, peculado, corrupción de funcionarios, terrorismo y delitos tributarios y aduaneros.

La ejecución se da en dos fases: La recolección, por la que se recoge o se registra la comunicación y el control, por el que se toma un conocimiento oficial de su contenido y se desechan las comunicaciones o las partes de la comunicación que no tienen interés a efectos de la investigación. El fiscal a cargo

(109) ASENCIO MELLADO, José María. "La intervención de las comunicaciones y la prueba ilícita". En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Tomo 23, Gaceta Jurídica, Lima, mayo de 2011, p. 170.

de la investigación, se denominará "Fiscal Recolector" y contará con el auxilio del personal del Ministerio Público, de la Policía Nacional del Perú y de personas naturales o jurídicas expertas en la actividad de recolección o de control, si las características de la comunicación así lo requiriesen.

En la jurisprudencia del NCPP tenemos que el Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria de Puno Exp. N° 01470-2010-65-2101-JR-PE-02 del ocho de junio del año dos mil once ha señalado cuales son los presupuestos materiales y procesales para la intervención de comunicaciones:

> "(…) a. Presupuesto material: Desde este punto de vista jurídico sustantivo la adopción de la intervención telefónica exige que el objeto de la investigación lo constituya un delito grave. El artículo 230.1 del código en comento, limita para aquellos delitos sancionados con pena superior a los cuatro años de privación de la libertad".
>
> "(…) b. Presupuesto procesal: Se requiere que la petición debe realizarse necesariamente dentro de la investigación preparatoria, descartándose su dictado en las diligencias preliminares, de ahí que el artículo 338.4 del Código adjetivo, exija al fiscal la formalización de la Investigación Preparatoria a efectos de solicitar medidas coercitivos".
>
> (…) Por su parte, el juzgado debe tomar en cuenta para dictar una resolución autoritativa de una medida coercitiva, que la medida se sujete a una especial exigencia constitucional de motivación con incidencia en el juicio de ponderación que justifique la limitación del derecho fundamental afectado, además de observar los principios de proporcionalidad (relacionada con la gravedad del delito), idoneidad (útil para alcanzar la finalidad perseguida) y necesidad (si resulta la menos grave entre otras medidas)"[(110)].

2. Procedimiento en el NCPP

La parte legitimada para solicitar la intervención y grabación de comunicaciones telefónicas, radiales o de otras formas de comunicación es el fiscal. Las razones es que existan suficientes elementos de convicción para considerar la comisión de un delito sancionado con pena superior a los cuatro años de privación de libertad y la intervención sea absolutamente necesaria para proseguir las investigaciones, podrá solicitar al juez de la investigación preparatoria

(110) Comisión de implementación del NCPP. Jurisprudencia nacional CPC. Editado por Ministerio de Justicia. Lima, 2012, p. 72.

la intervención y grabación de comunicaciones telefónicas, radiales o de otras formas de comunicación (art. 230). En la jurisprudencia del NCPP están recogidas estas razones en el Exp. N° 2008-00312-21-2801-JR-PE-1 JIP Moquegua del 18-04-2008 que señala que la autorización del control de comunicaciones telefónicas requiere la existencia de suficientes elementos de comisión del delito y debe respetar el principio de idoneidad, necesidad y proporcionalidad estrictas, debiendo precisarse en el auto que la dispone, los números telefónicos afectados con indicación del plazo por el que se dispone dicha autorización(111).

Los afectados pueden ser el investigado o contra personas de las que cabe estimar fundadamente, en mérito a datos objetivos determinados que reciben o tramitan por cuenta del investigado determinadas comunicaciones, o que el investigado utiliza su comunicación.

No se aceptan requerimientos ambiguos o vagos. En la solicitud el fiscal deberá indicar el nombre y dirección del afectado por la medida, de ser posible, la identidad del teléfono u otro medio de comunicación o telecomunicación a intervenir y grabar o registrar, la forma de la interceptación, su alcance y su duración, al igual que la autoridad o funcionario, policial o de la propia Fiscalía, que se encargará de la diligencia de interceptación y grabación o registro, esto es el fiscal recolector.

La norma dispone que las empresas telefónicas y de telecomunicaciones deban posibilitar la diligencia de intervención y grabación o registro, bajo apercibimiento de ser denunciados por delito de desobediencia a la autoridad. Los encargados de realizar la diligencia y los servidores de las indicadas empresas deberán guardar secreto acerca de la misma, salvo que se les citare como testigos al procedimiento.

Como toda medida restrictiva, está sujeta al reexamen pues si los elementos de convicción tenidos en consideración para ordenar la medida desaparecen, deberá ser interrumpida o también si se cumple el plazo de duración otorgado. El plazo no podrá durar más de treinta días, aunque excepcionalmente podrá prorrogarse por plazos sucesivos, previo requerimiento del fiscal y decisión motivada del juez de la investigación preparatoria.

(111) ESPINOZA GOYENA, Julio César. Ob. cit., p. 49.

3. Registro

Las comunicaciones telefónicas, radiales o de otras formas de comunicación, será registrada mediante su grabación magnetofónica u otros medios técnicos análogos que aseguren la fidelidad del registro. La grabación será entregada al fiscal, quien dispondrá su conservación con todas las medidas de seguridad correspondientes y cuidará que la misma no sea conocida por terceras personas.

Se deberá trascribir la grabación en un acta sin perjuicio de conservar los originales de la grabación. El control implica retirar toda la información recolectada que sean irrelevantes para el procedimiento y serán entregadas, en su oportunidad, a las personas afectadas con la medida. Se destruirá toda la transcripción o copias de ellas por el Ministerio Público, esto rige pues para conversaciones personales, de la vida íntima que no guarda relación con el objeto de la investigación. La excepción es que si hubiese información relevante para otros hechos punibles, esto sí se guardará para realizarse las investigaciones que corresponda por la misma fiscalía o podrá derivarlas a otra.

4. Obligación de información al afectado

Una vez ejecutada la medida de intervención y realizadas las investigaciones inmediatas en relación al resultado de aquella, se pondrá en conocimiento del afectado todo lo actuado, quien puede instar el reexamen judicial, dentro del plazo de tres días de notificado. La notificación al afectado solo será posible si el objeto de la investigación lo permitiere y en tanto no pusiere en peligro la vida o la integridad corporal de terceras personas. El secreto de las mismas requerirá resolución judicial motivada y estará sujeta a un plazo que el juez fijará.

En la audiencia de reexamen de la intervención se realizará en el más breve plazo y estará dirigida a verificar sus resultados y que el afectado haga valer sus derechos y, en su caso, impugnar las decisiones dictadas en ese acto. Estamos pues frente a una suerte de tutela de derechos (art. 231).

5. Protocolo de actuación conjunta referido a la interceptación de comunicaciones

La necesidad de regular estas medidas restrictivas dentro de los que se respete los derechos fundamentales en situación de excepción ha permitido que se elaboren los protocolos de la interceptación de comunicaciones aprobado mediante Resolución Administrativa N° 134-2014-CE-PJ del 23 de abril de 2014

establece el procedimiento constituido por los siguientes pasos, de obligatorio conocimiento de los operadores jurídicos y abogados defensores:

"**PASO 1: Informe Policial**

El policía a cargo de una investigación criminal (en adelante, pesquisa) podrá obtener los números telefónicos, S1M, IMSL IMEI dirección IP, correos electrónicos y otros datos de identificación de las personas involucradas, a través de acciones de inteligencia y cualquier otra fuente legítima.

El pesquisa o el fiscal de la investigación –cuando le corresponda–verificará entre otros datos: el abonado, el número a qué empresa está suscrito, si el número está activo, si lo utiliza la persona investigada; además de valorar su necesidad. La exigencia de la verificación debe regirse a partir de criterios de razonabilidad del caso concreto.

Están exceptuados de verificación los datos obtenidos en la ejecución de los mandatos judiciales de intervención de las comunicaciones.

El pesquisa cursará un informe al fiscal solicitando la obtención del mandato de intervención o grabación de registros de comunicación y/o incautación de instrumentos de comunicación, cuando exista indicios de sospecha inicial simple o suficientes elementos de convicción, y sean las necesarias para el esclarecimiento de los hechos.

El informe Policial deberá contener los siguientes datos:

a. El hecho y delito investigado.

b. Las razones de su necesidad.

c. Los indicios que acompañan el pedido.

d. La identidad del sujeto sobre los que ha de recaer la intervención (personas afectadas). En el supuesto de imposibilidad explicarán sus razones.

e. El dato de identificación (ej. número de teléfono) e instrumento de comunicación, por el cual se realiza o realizará las comunicaciones.

f. Puede ser una determinada o todas las que se mantengan durante un periodo de tiempo concreto.

El tiempo de duración de la medida. [6 meses (Ley Nº 27697) y 30 días (NCFP)]. Se indicará a la Oficina de Apoyo Técnico Judicial de la Policía Nacional del Perú que apoyará en la ejecución de la medida.

PASO 2: Solicitud o Requerimiento Fiscal

Recibido el Informe Policial el fiscal evaluará si la misma está debidamente fundamentada y contiene los datos necesarios. De considerarse ello, el fiscal procederá a solicitar y/o requerir ante el juez Penal competente la medida de intervención o grabación de registros de comunicaciones telefónicas o de otras formas de comunicación, debiendo anexar los elementos indiciarios que justifiquen la autorización de la restricción del derecho.

La solicitud y/o requerimiento fiscal contendrá lo siguiente:

a. El hecho delictivo investigado.

b. El delito investigado [Sancionado con pena superior a los cuatro (4) años de privación de libertad si el pedido es conforme al Código Procesal Penal de 2004; o los delitos previstos en el artículo I de la Ley N° 27697, si el ordenamiento procesal penal aplicable es el Código de Procedimientos Penales de 1940].

c. La presencia de indicios delictivos suficientes.

d. La finalidad y necesidad de la medida.

e. La identidad del sujeto sobre los que recaerá la intervención (personas afectadas). De no ser posible se explicará las razones de dicha imposibilidad.

El dato de identificación (ej. el número de teléfono) e instrumento de comunicación, por el cual se realiza o realizará las conversaciones.

La forma de interceptación –la modalidad puede consistir en escuchas de las conversaciones, el grabado, la transcripción de lo grabado o incautación de instrumentos de comunicación–, su alcance y duración.

PASO 3: Resolución Judicial (Control Jurisdiccional)

El juez por su parte examinará el contenido de la solicitud y/o requerimiento fiscal y evaluará si la misma está debidamente sustentada y contiene los datos necesarios que justifique el requerimiento conforme a los principios de intervención indiciaria y proporcionalidad.

El trámite es reservado e inmediato. La resolución observar el siguiente contenido:

- La identidad del solicitante o requirente. Previa verificación si son los autorizados por ley que pueden ser: El fiscal de la Nación, los fiscales que investigan delitos materia del requerimiento. [A partir de la Ley N° 27697 se extiende al procurador público].

- El hecho delictivo que se investiga

- El delito investigado. Examinar si está en el catálogo de delitos previstos en el artículo 1 de la Ley Nº 27697: 1. Secuestro, 2. Trata de personas, 3. Pornografía Infantil, 4. Robo agravado, 5. Extorsión, 6. Tráfico ilícito de drogas, 7. Tráfico ilícito de migrantes, 8. Asociación ilícita para delinquir, 9. Delitos contra la humanidad, 10. Atentados contra la seguridad nacional y traición a la patria, 11. Peculado, 12. Corrupción de funcionarios, 13. Terrorismo, 14. Delitos tributarios y aduaneros, 15. Lavado de activos y 16. otros delitos donde el agente forma parte de una organización criminal (debe haber elementos de convicción al respecto). Para los Distritos Judiciales donde rige el Código de Procedimientos Penales.

Para Distritos Judiciales donde está vigente el Código Procesal Penal de 2004, se verifica que el delito investigado tenga una sanción no menor de cuatro (4) años de pena privativa de la libertad. Los indicios con que cuenta y justifican el pedido.

Expondrá las razones de su necesidad, idoneidad y proporcionalidad (el juicio de proporcionalidad) y la finalidad de la misma.

La determinación de la identidad del sujeto sobre los que ha de recaer la intervención (personas afectadas).

El dato de identificación (ej: número de teléfono) e instrumento de comunicación, por el cual se realiza o realizar las conversaciones. Puede ser una determinada o todas las que se mantengan durante un periodo de tiempo concreto.

El plazo de duración para las medidas solicitadas conforme a la Ley N° 27697 puede ser hasta los seis (6) meses prorrogables a solicitud debidamente sustentada Rige solo para aquellos distritos judiciales donde no está vigente el Código Procesal Penal de 2004.

La interceptación de comunicaciones es sustancial, pues es bastante útil cuando se trata de perseguir crimen organizado de allí que la Ley N° 30077 pone énfasis en este procedimiento, que ha tenido éxito en la lucha contra la mafia Ítalo norteamericana en los EE.UU; el énfasis que colocamos nosotros es el respeto de garantías y el respeto escrupuloso de la regla de jurisdiccionalidad, esto es que solo los jueces deben decidir la restricción de derechos.

XVIII. El aseguramiento e incautación de documentos privados

La constitución prevé entre los derechos fundamentales artículo 2.10 el secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados, con la excepción que solo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandamiento motivado del juez, con las garantías previstas en la ley. Se guarda secreto de los asuntos ajenos al hecho que motiva su examen.

Cuando se ejecutan medidas cautelares como efecto colateral es encontrar algo adicional que implica la necesidad de solicitar autorización judicial para poder disponer del hallazgo. Por eso, la norma prevé que cuando la policía o el fiscal, al realizar un registro personal, una inspección en un lugar o en el curso de un allanamiento, encuentra en poder del intervenido o en el lugar objeto de inspección o allanamiento un documento privado, y no ha recabado previamente la orden de incautación se limitará a asegurarlo –sin examinar su contenido–, sin perjuicio que el fiscal lo ponga a inmediata disposición judicial, antes de vencidas las veinticuatro horas de la diligencia, acompañando un informe razonado y solicitando dicte orden de incautación, previo examen del documento. El juez debe resolver dentro de un día de recibida la comunicación bajo responsabilidad (art. 232).

En la práctica, en las investigaciones fiscales y policiales vemos que aparecen documentos privados sin haberse recabado una autorización para leer su contenido de tal forma que ya estaríamos ante una infracción constitucional del artículo 2.10.

1. Procedimiento de incautación

El fiscal, si considera que cuando existan motivos suficientes para estimar que una persona tiene en su poder documentos privados útiles para la investigación, solicitará al juez para la investigación preparatoria dicte orden de incautación, que deberá expedir la resolución inmediatamente, sin trámite alguno, y contendrá fundamentalmente el nombre del fiscal a quien autoriza, la

persona objeto de intervención y, de ser posible, el tipo de documento materia de incautación.

Con la orden judicial, el fiscal la ejecutará inmediatamente levantando un acta de incautación narrándose en este documento las incidencias.

El fiscal, en todo caso, podrá antes de iniciar el trámite de incautación solicitar al investigado o titular del documento privado que lo exhiba voluntariamente, si no lo hace procede a tramitar la incautación del referido documento (art. 233).

2. Aseguramiento e incautación de documentos contables y administrativos

La Fiscalía, o la Policía por orden del fiscal, cuando se trata de indagaciones indispensables para el esclarecimiento de un delito, puede inspeccionar los libros, comprobantes y documentos contables y administrativos de una persona, natural o jurídica. Si considera incautar dicha documentación, total o parcialmente, y no cuenta con orden judicial, se limitará a asegurarla, levantando el acta correspondiente. Acto seguido, el fiscal requerirá la inmediata intervención judicial, antes de vencidas veinticuatro horas de la diligencia, acompañando un informe razonado y el acta respectiva, solicitando a su vez el mandato de incautación correspondiente (art. 234).

XIX. El levantamiento del secreto bancario

El secreto bancario y la reserva tributaria son considerados derechos fundamentales según el artículo 2.5, segundo párrafo de la Constitución. El secreto y la reserva solo pueden levantarse a pedido del juez, del fiscal de la Nación, o de una comisión investigadora del Congreso con arreglo a ley y siempre que se refieran al caso investigado.

El juez, a petición del fiscal, podrá ordenar reservadamente y sin trámite alguno el levantamiento del secreto bancario siempre que sea pertinente para el esclarecimiento de hechos presuntamente delictivos. El juez también podrá incautar documentos, títulos-valores, sumas depositadas y cualquier otro bien o al bloqueo e inmovilización de las cuentas, siempre que estén vinculados con los delitos investigados y que resulte indispensable y pertinente para los fines del proceso (art. 235). Procederá, aunque no pertenezcan al imputado o no se encuentren registrados a su nombre. Esto es útil puesto que en delito de

lavado de activos, por ejemplo, se utilizan testaferros o personas que prestan su identidad a veces de manera confiada.

El juez, a solicitud de fiscal, siempre que existan fundadas razones para ello, podrá autorizar la pesquisa o registro de una entidad del sistema bancario o financiero y, asimismo, la incautación de todo aquello vinculado al delito. Las empresas o entidades del sistema financiero requeridas con la orden judicial deberán proporcionar inmediatamente la información correspondiente y, en su momento, las actas y documentos, incluso su original, sí así se ordena, y todo otro vínculo al proceso que determine por razón de su actividad.

No será necesaria la orden judicial si existen operaciones que no están comprendías por el secreto bancario. En este supuesto, la información será proporcionada directamente al fiscal a su requerimiento, cuando resulte necesario para los fines de la investigación del hecho punible.

XX. Levantamiento de la reserva tributaria

Una de las obligaciones de los ciudadanos es el pagar sus impuestos. Tratándose de investigaciones vinculadas a delitos tributarios, aduaneros o financieros en general, el artículo 236 regula el levantamiento del secreto tributario que lo ordenará el juez a petición del fiscal.

La Administración Tributaria, cuando sea requerida, hará la exhibición o remisión de información, documentos y declaraciones de carácter tributario que tenga en su poder para el esclarecimiento del hecho punible.

XXI. La clausura o vigilancia de locales e inmovilización

Esta medida limitativa apunta a la clausura de locales e inmovilización de los muebles que se encuentran dentro o en su caso ordenar la vigilancia de los inmuebles. Esto se hará en delitos graves, cuya pena sea superior a cuatro años de privación de libertad. La clausura o vigilancia temporal será por un plazo no mayor a quince días prorrogables a un plazo igual si se justifica.

El juez puede disponer la inmovilización de cosas muebles que por su naturaleza o dimensión no puedan ser mantenidas en depósito y puedan servir como medios de prueba. Se procederá a asegurarlas, según las reglas del allanamiento. Los plazos de permanencia de dichos bienes en poder de la autoridad serán de quince días prorrogables a otros quince días más (art. 237).

El requerimiento del fiscal especificará qué finalidad investigativa persigue con la clausura o inmovilización o vigilancia, qué inmueble debe ser clausurado o qué bien mueble debe inmovilizarse (art. 238).

1. Resolución judicial

La resolución que autoriza la medida limitativa debe contener el nombre del fiscal que solicita, el local o bien mueble individualizado, el tiempo de duración de la medida y el apercibimiento de Ley para el caso de resistencia al mandato por quienes administren el bien objeto de la intervención.

2. Ejecución

Una vez que el fiscal obtiene la orden judicial, se citará a las partes y si fuera necesario contará con el apoyo de la policía. La ejecución se elaborará con el acta que será firmada en el mismo lugar. El acta es importante porque allí contendrá, por ejemplo, qué bienes muebles serán inmovilizados de tal forma que el afectado tenga la seguridad que se queda en custodia de la Fiscalía y que terminado el plazo le serán devueltos los bienes o levantada la clausura (art. 240).

3. Ejecución sin orden judicial

En casos de urgencia o peligro en la demora, el fiscal sin orden judicial podrá ordenar y ejecutar la clausura o vigilancia del local o la inmovilización de los bienes muebles, cuando sea indispensable para iniciar o continuar la investigación. Ejecutada la medida dentro de las 24 horas, el fiscal deberá solicitar al juez la resolución confirmatoria. A la petición adjuntará copia del acta.

Capítulo V
Prueba anticipada

La prueba se actúa durante el juicio oral, bajo los principios de contradicción, publicidad, inmediación; pero como excepción estas se pueden realizar anticipos de prueba antes del juzgamiento, debiendo trasladarse a esta situación especial todas las condiciones que se darían en el juicio para que pueda tener mérito probatorio. La diligencia se deberá documentar en acta de tal forma que se oralice su contenido en juicio oral. Se pueden actuar pruebas personales, o técnicas pero bajo determinados supuestos establecidos en la ley.

En la legislación procesal chilena se le conoce como **anticipación de prueba** y el artículo 191 del CPCH instituye que si durante la investigación preparatoria "(…) el testigo manifestare la imposibilidad de concurrir a la audiencia principal por tener que ausentarse a larga distancia o por existir motivo que hiciere temer la sobreviniencia de su muerte, su incapacidad física o mental o algún otro obstáculo semejante, el fiscal podrá solicitar al juez de garantía que se reciba su declaración anticipadamente (…)". Las reglas para la actuación de la prueba es que reúna las mismas condiciones de contradictoriedad que el juicio oral. La diligencia es recogida en un registro fiel que puede incorporarse al debate en el juicio oral. Que si bien Baytelman y Duce señalan que esa institución no deja de ser un menoscabo para la inmediación y para la contradictoriedad; pues obliga a la contraparte a contra examinar en una etapa temprana, sin necesariamente tener toda la información que requería para ello, la aplicación de esta prueba debe ser exigente y excepcional[(112)].

El CPPMI dice que el anticipo de prueba se dará cuando sea necesario practicar un reconocimiento, reconstrucción, pericia o inspección que por su naturaleza y características deban ser considerados como actos definitivos e irreproducibles, o cuando deba declarar un órgano de prueba que, por algún obstáculo difícil de superar, se presuma que no podrá hacerlo durante el debate, el Ministerio Público o cualquiera de los intervinientes requerirán al juez de la instrucción que lo realice.

(112) BAYTELMAN A., Andrés, DUCE J., Mauricio. Ob. cit., p. 38.

El director será el juez de la instrucción quien practicará el acto, si lo considera admisible formalmente, citando a todos los intervinientes, sus defensores o mandatarios, quienes tendrán derecho a asistir con todas las facultades previstas respecto de su intervención en el debate. El imputado detenido será representado a todos los efectos por su defensor, salvo que pidiese expresamente intervenir personalmente y siempre que su detención se cumpla en el mismo lugar donde se practica el acto (art. 258).

De acuerdo al artículo 242 del NCPP, la oportunidad para solicitar su actuación es durante la investigación preparatoria y la etapa intermedia, teniendo legitimidad para hacerlo al fiscal y los demás sujetos procesales. De conformidad al artículo 352, numeral 7 la decisión sobre la actuación de prueba anticipada no es recurrible y que si se ordena su actuación, la misma se realizará en acto aparte con las reglas del artículo 245, y que esta decisión en etapa intermedia no impide que se dicte el auto de enjuiciamiento. Se dispone que pueda dirigir la actuación un juez si se trata de Juzgado Penal Colegiado. En este punto se nos plantea entonces una excepción a lo dispuesto por el artículo 323 que, en el numeral dos, reconoce que es el juez de la investigación preparatoria quien debe realizar los actos de prueba anticipada, condicionado a que si el objeto de juicio deberá ser visto puesto por Juzgado Colegiado, entonces uno de ellos deberá encargarse de actuar dicha prueba. Razonando a contrario entonces si no hay Juzgado Colegiado para dicha causa quien debe encargarse de la prueba anticipada, deberá ser entonces el mismo juez de la investigación preparatoria.

I. Testimonial y examen de perito

Para examinar a un testigo o un perito es necesaria la urgencia que puede darse ante la presencia de un motivo fundado para considerar que no podrán ser interrogados en el juicio oral, como por ejemplo, la enfermedad debidamente comprobada pudiendo emplearse una certificación de un médico, o que exista algún otro grave impedimento, como un viaje al extranjero ya pactado. También cuando han sido expuestos a violencia, amenaza, ofertas o promesa de dinero u otra utilidad para que no declaren o lo hagan falsamente.

En cuanto al interrogatorio del perito, puede incluir el debate pericial cuando este sea procedente, y esta debe estimarse cuando del examen aparezcan conclusiones que requieran ser rebatidas por la parte contraria que tendrá derecho a que su perito también sea examinado y confrontado con el otro (art. 242 del NCPP, inciso a).

II. Careo

También conocido como confrontación entre las partes que han brindado declaraciones contradictorias en el proceso judicial. La urgencia y las situaciones para testigos y peritos son aplicables a esta actuación probatoria, con un elemento adicional, que existan contradicciones sustanciales cuyo esclarecimiento implique oír a ambos (art**.** 182 del NCPP).

Otras actuaciones ya anticipadas que se admiten son los reconocimientos, inspecciones o reconstrucciones que por su naturaleza y características deben ser considerados actos definitivos e irreproducibles, y no sea posible postergar su realización hasta la realización del juicio.

La norma habilita además que las actuaciones se realicen durante la etapa intermedia (art. 243, inciso 2). Lo ideal es que se realicen durante la investigación preparatoria toda vez que es allí donde se realizan actos de investigación y excepcionalmente actos de prueba. Hacerlo en la etapa intermedia, que sirve para controlar la acusación, debe responder al surgimiento de situaciones de urgencia que deberá ser sopesado por el juez para darle el trámite correspondiente.

III. Requisitos de admisibilidad

Se presentará al juez en el curso de la investigación preparatoria o hasta antes de remitir la causa al Juzgado Penal esto es al juez de juicio oral. Además se deberá practicar siempre que exista tiempo suficiente para realizarla adecuadamente. Se debe hacer dentro de los plazos legales (art. 243 del NCPP).

La solicitud debe precisar que prueba a actuar los hechos que constituyen su objeto y las razones de su importancia para la decisión en el juicio. También indicarán el nombre de las personas que deben intervenir en el acto y las circunstancias de su procedencia, que no permitan su actuación en el juicio, esto es las razones concretas enfermedad o impedimento grave.

Se debe señalar los sujetos procesales constituidos en autos y su domicilio procesal. El Ministerio Público asistirá obligatoriamente a la audiencia de prueba anticipada y exhibirá el expediente fiscal para su examen inmediato por el juez en ese acto.

IV. Trámite

Al admitirse la solicitud por cumplirse con los requisitos formales, el juez correrá traslado por dos días para que las partes presenten sus consideraciones respecto a la prueba solicitada (art. 244 del NCPP).

El fiscal, motivadamente, podrá solicitar el aplazamiento de la diligencia solicitada por otra de las partes, siempre que no perjudique la práctica de la prueba requerida, cuando su actuación puede perjudicar los actos de investigación inmediatos, indicando con precisión las causas del perjuicio. Asimismo, indicará el término del aplazamiento solicitado.

Vencido los dos días, el juez decide si acoge la solicitud de prueba anticipada o si aplaza la diligencia y el plazo respectivo.

En casos urgentes para asegurar la práctica de la prueba, el juez dispondrá que se abrevien en la medida necesaria. Si existe peligro inminente de pérdida del elemento probatorio y su actuación no admita dilación, a pedido del fiscal, decidirá su realización de inmediato, sin traslado alguno, y actuará la prueba designando defensor de oficio para que controle el acto, si es que resulta imposible comunicar su actuación a la defensa.

La resolución de actuación de prueba anticipada especificará el objeto de la prueba, las personas interesadas en su práctica y la fecha de la audiencia que no podrá ser antes del décimo día de la citación, salvo los casos de urgencia, debiendo citarse a todas las partes sin exclusión.

La regla genérica es que la actuación debe hacerse en una sola audiencia única aun tratándose de varias pruebas, salvo que su realización resulte manifiestamente imposible sugiriendo la norma que excepcionalmente podrá hacerse en otra audiencia**.**

V. Audiencia de prueba anticipada

La actuación de prueba anticipada es en acto público conforme al artículo 245 del NCPP, esto es audiencia con la participación necesaria del fiscal y del abogado defensor el imputado. Si no tiene abogado, al imputado se le asignará un defensor de oficio; pero este puede solicitar que se encuentre su abogado particular por lo que para no afectar su derecho al debido proceso se le reprograma la audiencia dentro de los siguientes cinco días, la misma que será inaplazable.

Las demás partes serán citadas y su asistencia es facultativa. La actuación de los medios de pruebas debe ceñirse a las reglas del juicio oral. Si la práctica del medio de prueba no concluye puede aplazarse al siguiente día hábil, excepcionalmente si requiere un plazo mayor por la naturaleza del medio de prueba, el juez prudencialmente dará más días de plazo.

Lo actuado anticipadamente debe constar en acta. El acta y demás elementos y documentos agregados al cuaderno de prueba anticipada serán remitidos al fiscal. Los abogados defensores tienen derecho a conocer su contenido y a obtener copia.

Las decisiones del juez respecto de la prueba anticipada, su aceptación o denegatoria, o aplazamiento puede ser impugnada por el afectado concediéndose la apelación con efecto devolutivo, esto es, que no impide que se siga tramitando la causa (art. 246 del NCPP). La recepción de esta prueba para su posterior valoración en juicio será mediante la oralización del acta respectiva.

VI. Las medidas de protección

Ante la proliferación del crimen organizado y el ajuste de cuentas, el procesamiento de los cabecillas obliga a que algunos órganos de prueba agraviados o colaboradores tengan un nivel de protección. Como antecedente tenemos el Decreto Supremo Nº 020-2001-JUS que aprueba el reglamento de Medidas de Protección de colaboradores, testigos, peritos y víctimas, derivadas de la Ley Nº 27378.

En el NCPP se señala que las personas destinatarias de las medidas de protección son los testigos, peritos, agraviados o colaboradores intervengan en los procesos penales. Un requisito es que se aprecie racionalmente por el fiscal durante la investigación preparatoria o el juez un peligro grave para la persona, libertad o bienes de quien pretenda ampararse en ellas, su cónyuge o su conviviente, o sus ascendientes, descendientes o hermanos.

El fiscal o el juez, según el caso, apreciadas las circunstancias previstas, de oficio o a instancia de las partes, adoptará según el grado de riesgo o peligro, las medidas necesarias para preservar la identidad del protegido, su domicilio, profesión y lugar de trabajo, sin perjuicio de la acción de contradicción que asista al imputado. Las medidas son las siguientes:

- Protección policial. La asignación de seguridad al beneficiado o vehículos policiales.
- Cambio de residencia que dificultará el seguimiento por parte del hampa al protegido.
- Ocultamiento de su paradero.

- Reserva de su identidad y demás datos personales en las diligencias que se practiquen, y cualquier otro dato que pueda servir para su identificación, pudiéndose utilizar para esta un número o cualquier otra clave.
- Utilización de cualquier procedimiento que imposibilite su identificación visual normal en las diligencias que se practiquen.
- Fijación como domicilio, a efectos de citaciones y notificaciones, la sede de la Fiscalía competente. Desde allí se remitirá reservadamente a su destinatario.
- Utilización de procedimientos tecnológicos, tales como videoconferencias u otros adecuados, siempre que se cuenten con los recursos necesarios para su implementación. Esta medida se adoptará para evitar que se ponga en peligro la seguridad del protegido una vez desvelada su identidad y siempre que lo requiera la preservación del derecho de defensa de las partes.

VII. Medidas adicionales

La Fiscalía y la Policía encargadas cuidarán de evitar que a los agraviados, testigos, peritos y colaboradores objeto de protección se les hagan fotografías o se tome su imagen por cualquier otro procedimiento. Se les facilitará traslados en vehículos adecuados para las diligencias y un ambiente reservado para su exclusivo uso, convenientemente custodiado, cuando sea del caso permanecer en las dependencias judiciales para su declaración.

El fiscal decidirá si continúan las medidas de protección evaluando si se mantiene una circunstancia de peligro grave. En casos límite, el juez, a pedido del fiscal, podrá ordenar la emisión de documentos de una nueva identificación y de medios económicos para cambiar su residencia o lugar de trabajo. La medida está sujeta a su variabilidad, esto es, mantener, modificar o suprimir la misma (art. 250).

Puede darse el caso que una de las partes solicite antes del juicio oral la actuación de una prueba anticipada referida al protegido, el conocimiento de su identidad, cuya declaración o informe sea estimado pertinente.

Dentro del tercer día de la notificación de la identidad de los protegidos, las partes podrán proponer nuevas pruebas tendentes a acreditar alguna circunstancia que pueda incluir en el valor probatorio de su testimonio.

La disposición del fiscal que ordena una medida de protección, faculta al afectado recurrir al juez de la investigación preparatoria para que examine su procedencia.

Las apelaciones de resoluciones referidas a las medidas de protección serán concedidas con efecto devolutivo.

Capítulo VI
Actos especiales de investigación. La entrega vigilada y el agente encubierto

La entrega vigilada, y el agente encubierto son procedimientos de investigación e inteligencia que se utilizan para prevenir, detectar y controlar las actividades ilegales que desarrolla la criminalidad organizada. Pertenecen, al género de las **operaciones encubiertas o reservadas**(113).

I. Antecedentes

Estos procedimientos de indagación tienen su fuente formal en la Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas del 20 de diciembre de 1988, que también se conoce como la Convención de Viena. Esta Convención la define como: "la técnica consistente en dejar que remesas ilícitas o sospechosas de estupefacientes, sustancias psicotrópicas, precursores o sustancias por las que se hayan sustituido las anteriormente mencionadas, salgan del territorio de uno o más países, los 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 los delitos tipificados en el art. 3, párrafo 1 de la Convención".

La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de diciembre de 2000 conocida como la Convención de Palermo, identificó a estos procedimientos como técnicas especiales de investigación en el numeral 1 del artículo 20 tanto a la entrega vigilada como al agente encubierto. Esta Convención dice que la entrega vigilada es 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 (art. 2.h).

(113) PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto. *La entrega vigilada: origenes y desarrollos*. Véase: <http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080526_66.pdf>. [Fecha de consulta: 18 de marzo de 2013].

El Convenio de Estrasburgo de 8-11-90 artículo 4.2 recomendó a las partes suscribientes que estudien la adopción de las medidas legislativas y de otro tipo que sean necesarias para poder utilizar técnicas indagatorias especiales que faciliten la identificación y seguimiento del producto, y la acumulación de pruebas al respecto. Dichas técnicas podrán incluir órdenes de seguimiento, vigilancia, intervención de las telecomunicaciones, acceso a sistemas informáticos, así como la orden de que se presenten determinados documentos.

La entrega vigilada y el agente encubierto fueron incorporadas a la legislación española mediante Ley Orgánica Nº 8/92 de 23 de diciembre y la segunda por Ley Orgánica Nº 5/99 de 13 de enero.

La Ley Orgánica Nº 8/92 introdujo el artículo 263 bis en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pero limitando su utilización a las actividades de investigación de los delitos de tráfico ilícito de estupefacientes y psicotrópicos.

La Ley Orgánica Nº 5/99 del 13 de enero adaptó al Sistema Jurídico Español la figura del "agente encubierto" y la técnica de la "entrega vigilada" a otros distintos delitos graves además del tráfico de drogas.

El artículo 263 bis.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal definió a estas técnicas así: "Se entenderá por circulación o entrega vigilada la técnica consistente en permitir que remesas ilícitas o sospechosas de drogas tóxicas, sustancias estupefacientes u otras sustancias prohibidas, los equipos, materiales y sustancias a las que se refiere el párrafo anterior, las sustancias por las que se hayan sustituido las anteriormente mencionadas, así como los bienes y ganancias procedentes de las actividades delictivas tipificadas en los arts. 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 con esos mismos fines".

El Convenio del 29-5-2000, relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea en el artículo 12, permite la utilización de las entregas vigiladas en el marco de investigaciones penales respecto de cualesquiera hechos delictivos que puedan dar lugar a la extradición.

Las operaciones encubiertas reconocidas por esta convención son:

a) La entrega vigilada

b) El uso de agentes encubiertos

c) La vigilancia electrónica

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.

Los rasgos que se encuentran en los procedimientos encubiertos de investigación son los siguientes:

a) Requieren para su aplicación de una autorización expresa y que 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 participes de delitos de criminalidad organizada y prestar auxilio, con igual finalidad, a las autoridades extranjeras competentes.

La entrega vigilada es **una 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.

En el Perú como antecedentes tenemos al Decreto Legislativo Nº 824 de 1996 que se refería a esta técnica como **"remesa controlada"** y que introdujo estos procedimientos de investigación antes de su regulación en el NCPP.

II. Circulación y entrega vigilada de bienes delictivos en el NCPP

La parte legitimada para autorizar la circulación o entrega vigilada de bienes delictivos es el Ministerio Público. La medida deberá decidirse mediante una Disposición. La definición que hace el NCPP de este acto especial de investigación es la siguiente:

> "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" (art. 340.2 del NCPP).

Por su parte, el Reglamento de Circulación y Entrega Vigilada Bienes Delictivos y Agente Encubierto Aprobado por Resolución Nº 729-2006-MP-FN del 15 junio de 2006)(114) trae en su artículo 5 la siguiente definición:

> "La Circulación y Entrega Vigilada de Bienes Delictivos es una técnica especial de investigación que consiste en permitir que remesas ilícitas o sospechosas de bienes delictivos, circulen por el territorio nacional o salgan o entren en él, sin interferencia de la autoridad y bajo su vigilancia, con el fin de descubrir o identificar a los involucrados de la comisión de algún delito vinculado con la criminalidad organizada".

Este acto especial de investigación debe realizarse bajo los siguientes principios:

a) Principio de Subsidiaridad: se aplicarán solamente si no existen otros métodos de investigación convencional que posibiliten que el delito sea detectado o sus autores identificados.

b) Principio de Necesidad: solo se utilizarán atendiendo a los fines de la investigación en relación con la importancia del delito investigado.

c) Principio de Proporcionalidad: se usarán solo si la protección del interés público predomina sobre la protección del interés privado.

d) Principio de Especialidad: la información recolectada solamente podrá ser usada para probar la acusación que fue materia de la investigación. Excepcionalmente puede ser utilizada para el esclarecimiento de otros delitos.

(114) Véase: <http://www.mpfn.gob.pe/ncpp/files/fc16a3_codigo_reglamento_tecnicas.pdf>. [Fecha de consulta: 23 de agosto de 2013].

e) Principio de Reserva: las actuaciones referidas a las técnicas especiales solo serán de conocimiento de los funcionarios autorizados por ley (art. 3 del Reglamento aludido).

El Reglamento aprobado por Resolución Nº 729-2006-MP-FN en el artículo 11 establece que la Disposición del Fiscal debe contener como requisitos mínimos lo siguiente:

a) **Individualización**: cada remesa deberá ser objeto de una autorización. Se excluye la autorización genérica.

b) **Motivación**: se hará un análisis de la necesidad del procedimiento y de la concurrencia de los requisitos exigidos por la ley.

c) **Clara determinación del objeto**: la disposición debe determinar explícitamente, en cuanto sea posible, el objeto de la circulación y entrega controlada, así como el tipo y cantidad de bienes que se trate, precisándose si estos son sustituidos.

d) **Vía de transporte y ruta**: si la circulación será por vía terrestre, aérea, fluvial o marítima, así como la posible ruta que seguirá la remesa ilícita, estableciendo los lugares de tránsito y destino.

e) **Mecanismos y métodos de custodia y control**: para asegurar que las sustancias ilícitas, bienes delictivos y/o efectos del delito lleguen a su destino final.

f) **Designación del responsable del procedimiento**: recaerá en un miembro de la Policía Nacional, quien no solo tendrá la misión de respaldar la integridad de la remesa de manera encubierta, sino deberá detectar e identificar a quienes participen del ilícito penal y, de ser el caso, las conexiones delictivas entre los lugares de origen, tránsito y destino.

g) **Secreto de la investigación**: el fiscal podrá disponer la actuación de las diligencias en secreto.

Para adoptar esta decisión el fiscal tendrá en cuenta su necesidad a los fines de investigación en relación con la importancia del delito y con las posibilidades de vigilancia. El fiscal que dicte la autorización remitirá copia de la misma a la Fiscalía de la Nación, que abrirá un registro reservado de dichas autorizaciones (art. 340.1).

En el supuesto de interceptación y apertura de envíos postales sospechosos de contener bienes delictivos que podrán ser materia de posterior sustitución

de los bienes delictivos que hubiese en su interior, se llevarán a cabo bajo los procedimientos regulados por el NCPP. Las reglas establecidas en el artículo 226 que en forma resumida son: la interceptación deberá solicitarla el fiscal al juez de la investigación preparatoria quien dictará la orden judicial cuando su obtención sea indispensable para el esclarecimiento de los hechos investigados. La medida será reservada y sin conocimiento del afectado, y se prolongará por el tiempo estrictamente necesario, el que no será mayor que el periodo de la investigación.

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 (art. 340.3).

1. Objeto material

Los bienes delictivos que pueden ser 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 drogas;

c) los bienes y ganancias a que se hace referencia en la legislación de Lavado de Activos[(115)];

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.

El Reglamento de Circulación y Entrega Vigilada y otros desarrolla, en su artículo 7, los bienes que pueden ser objeto material de la entrega vigilada:

a) Drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas.

b) Materias primas o insumos químicos fiscalizados destinados a la elaboración de drogas.

(115) En el artículo 340 del NCPP se hace referencia expresa a Ley de Lavado de Activos Nº 27765 publicada el 27 de junio de 2002 que ha sido derogada por el D. Leg. N° 1106 publicada el 19 de abril de 2012.

c) Bienes o ganancias objeto del delito de lavado de activos, traducido en dinero, valores, documentos, títulos.

d) Bienes relativos a delitos aduaneros.

e) Bienes pertenecientes al patrimonio cultural extraídos ilícitamente.

f) Especies de flora o faunas silvestres, acuáticas y otras de comercialización prohibida.

g) Billetes o monedas falsas, instrumentos e insumos que se empleen con tal fin.

h) Armas, municiones, explosivos, sustancias o materiales destinados para su preparación.

III. El agente encubierto

El agente encubierto o secreto en concreto es aquella persona seleccionada y adiestrada que con identidad supuesta, que simula ser delincuente y se infiltra o penetra por disposición de autoridad fiscal o judicial a una organización criminal, con el propósito de proporcionar desde el interior, información sobre sus integrantes, funcionamiento y financiación, que permita el enjuiciamiento de los miembros que la componen.

Sin embargo en una definición amplia al agente encubierto se le define como un procedimiento especial autorizado por el fiscal con la reserva del caso, mediante el cual un agente policial, ocultando su identidad, se infiltra en una organización criminal con el propósito de determinar su estructura e identificar a sus dirigentes, integrantes, recursos, *modus operandi* y conexiones con asociaciones ilícitas (art. 22)[116].

El **agente encubierto**, en la legislación Argentina, es aquel agente de "las fuerzas de seguridad" en actividad, que en forma encubierta, durante el curso de una investigación y a los efectos de comprobar la comisión de algún delito previsto por la Ley Nº 23.737 o en el artículo 866 del Código Aduanero, de impedir su consumación, de lograr la individualización o detención de los autores, partícipes o encubridores, o para obtener y asegurar los medios de prueba necesarios, se introduce como integrante de organizaciones delictivas que

(116) Reglamento de Circulación y Entrega Vigilada Bienes Delictivos y Agente Encubierto (Aprobado por Resolución Nº 729-2006-MP-FN del 15 de junio de 2006).

tengan entre sus fines la comisión de los delitos aludidos y participa en la realización de algunos de los hechos configurativos de estos(117).

La naturaleza de la impunidad del **agente encubierto** estriba en una causa de justificación, desde que aquel actúa "en el legítimo ejercicio del cargo y actúa, en consecuencia, la ley"(118).

Zaffaroni crítica la figura del agente encubierto toda vez constituye una lesión a la eticidad del Estado, ya que no puede valerse de medios inmorales para evitar la impunidad(119). En esta línea, sostiene Cafferata Nores que no puede aceptarse que los fracasos de la política se los quiera hacer pagar a la justicia, en moneda de ilegalidad. Y mucho menos que se pretenda poner a esta al servicio de aquella. Que el agente encubierto no es el único medio con el que cuenta el Estado para afrontar particulares y graves manifestaciones delictivas. Existen diversas y probablemente más adecuadas(120). Si bien tiene cierto sustento estas críticas hay que distinguir que estamos ante conductas criminales preexistentes, y la intervención del agente encubierto justamente busca develar los secretos que existen detrás. El agente encubierto no es alguien que se dedique a provocar que las personas comunes y corrientes cometan delitos. Ellas ya se encuentran predeterminadas a hacerlo.

En la jurisprudencia española, sobre este tema, se ha abordado el análisis desde la perspectiva del delito provocado, habiendo sido admitida la licitud de la infiltración policial por el Tribunal Constitucional (STC. de 21-02-83) y por el Tribunal Supremo como medio para descubrir actividades criminales en curso(121).

La STS de 15-11-84 señala que las fuerzas policiales para el cumplimiento de sus funciones cuentan con el procedimiento de la infiltración, actuando de incógnito y sin revelar su identidad ni su condición pública, en las organizaciones delictivas o en el medio ambiente o entorno social frecuentado por los infractores de la ley, con el fin de conocer sus planes, de abortarlos, de descubrir a los autores de hechos punibles y de procurar su detención. Y las SSTS

(117) CAFFERATA NORES, José. *El "arrepentido", según la Ley 25.241. Tema de Derecho Procesal Penal*. (Contemporáneo) Mediterránea, Buenos Aires, 2001, p. 147.
(118) AROCENA, Gustavo. *El agente encubierto (Consideraciones político-criminales). Tema de Derecho Procesal Penal (Contemporáneo).* Mediterránea, Buenos Aires, 2001, pp. 118-119.
(119) Ibídem, p. 129.
(120) Ídem.
(121) ZARAGOZA AGUADO, Javier Alberto. "Aspectos probatorios y técnicas de investigación en los procesos por lavado de dinero. Medidas preventivas y cautelares. Recomendaciones internacionales". En la obra *Tipologías y lógica del lavado de dinero*. Madrid, 2006, p. 341.

de 4-3-92, 21-6-93, 2-7-93 y 3-11-93, consideran lícita la actuación policial, aunque se utilicen procedimientos engañosos y se finjan intenciones irreales, cuando no se origina un delito inexistente, sino que tal proceder sirve para descubrir aquel que ya se había cometido con anterioridad y por tanto la infiltración orientada a poner de manifiesto anteriores actuaciones delictivas es práctica policial que no ofrece ningún reparo(122).

La sentencia de 25-2-2000 dictada por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional Sección 2ª ha avalado la infiltración policial en un caso importante como la operación "Green Ice" o "Hielo Verde" desarrollada entre finales del año 1991 y finales del año 1992 en varios países (Estados Unidos, Italia, Canadá, Francia, Gran Bretaña, España, Costa Rica y Colombia) y que desarticuló una de las más importantes redes de blanqueo de los cárteles colombianos de la cocaína. En dicho procedimiento se utilizaron funcionarios policiales encubiertos, que consiguieron introducirse prestando servicios de intermediación en la red por la que transitaba el dinero obtenido con las actividades de venta y distribución de la cocaína, recibiendo aquellos en varias ocasiones de otros miembros del grupo elevadas cantidades de dinero en pesetas que transformaban a dólares y trasladaban a cuentas bancarias de la organización situadas fuera de España. Fue uno de los casos más clásicos y exitosos de cooperación judicial internacional en la materia relacionada con el blanqueo de capitales, pues la intervención final de las autoridades encargadas de la investigación en sus respectivos territorios fue coordinada llegando a desarrollarse de manera simultánea en todos los países antes mencionados. La STS de 28-2-03 ha confirmado la dictada por la Audiencia Nacional(123).

En el Perú, el Decreto Legislativo Nº 824, Ley de Lucha contra el Tráfico Ilícito de Drogas, da inicio a los procedimientos especiales de investigación policial, como el **agente encubierto** y la remesa controlada, cuya autorización, el control de su actuación y la decisión de su culminación corresponde, según sea el caso, al Ministerio Público o a la autoridad judicial. En el NCPP, esta facultad la tiene el Ministerio Público por la división de roles que sustenta el principio acusatorio.

Siendo una figura complicada y excepcional porque pone en riesgo la vida del agente, su determinación debe sustentarse básicamente en dos principios, según lo ha señalado el TC en su STC Exp. N° 04750-2007-PHC/TC:

(122) Ibídem, p. 342.
(123) ZARAGOZA AGUADO, Javier Alberto. Ob. cit., p. 242.

- **Principio de subsidiaridad**. Se emplea la técnica si no existen otros métodos de investigación convencional que posibiliten que el delito sea detectado o sus autores identificados.

- **Principio de necesidad**. Guarda relación con la gravedad de delitos cometidos por el crimen organizado, como tráfico ilícito de drogas, tráfico de armas, terrorismo, trata de personas, secuestro.

IV. El agente encubierto y la legitimidad constitucional de su intervención

El sustento constitucional de esta técnica cuestionada por la doctrina procesal es el deber del Estado peruano de diseñar su política criminal frente al tráfico ilícito de drogas, que es el delito que ha originado esta técnica. Su empleo requiere que en una indagación previa se tenga conocimiento de hechos de grave naturaleza delictiva cometido por organizaciones criminales y que en su actuación no se amenace y vulnere derechos fundamentales.

Esta técnica tiene como fuentes diversos instrumentos jurídicos internacionales de los que el Perú forma parte, como la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Trasnacional de 2000.

La STC Exp. N° 04750-2007-PHC/TC caso Thays Penélope Rodríguez, de fecha 9 de enero de 2008 desde una perspectiva constitucional desarrolla un línea jurisprudencial respecto del agente encubierto. El caso llegó al TC por haber accionado la persona de Thays Penélope Rodríguez contra resoluciones de Sala Superior y Corte Suprema por el hecho de haber sido ha sido condenada por el delito de tráfico ilícito de drogas agravado sobre la base de un audio y video obtenido mediante el procedimiento especial de "**agente encubierto**", pese a que, según refiere, no participó en las respectivas diligencias de transcripción y visualización, como tampoco se realizó la pericia de reconocimiento de su voz; sostiene que igualmente no se realizó el reconocimiento o contradicción en la etapa de la instrucción y tampoco han sido incorporados al juicio oral, esto es, no han sido sometidos al contradictorio.

El Tribunal hace un recorrido sobre la figura el agente encubierto que nace como institución vinculada al delito de TID. Considera el TC que el delito de tráfico ilícito de drogas, por la afectación que produce al cuadro material de valores que consagra la Constitución es uno de los ilícitos penales más graves. Es un delito de acción múltiple que socava las bases culturales, políticas y económicas de la sociedad, pues su existencia y propagación

afecta de grado sumo diversos valores e instituciones básicas de todo Estado social y democrático de derecho, tales como el principio-derecho de dignidad de la persona (artículo 1), la familia (artículo 4), la educación (artículos 13 a 18), el trabajo (artículos 22 y 23), la paz social (inciso 22 del artículo 2), entre otros.

Continúa señalando el TC que es una actividad ilícita en la que sus miembros, haciendo gala de su poder corruptor, influencias y suficientes recursos económicos, impiden que sus organizaciones sean descubiertas y sus integrantes identificados. Bajo esta perspectiva el artículo 8 de la Constitución ha establecido que es obligación del Estado peruano combatir y **sancionar** el tráfico ilícito de drogas. La irrenunciable obligación constitucional del Estado peruano de combatir y **sancionar** el tráfico ilícito de drogas tiene sustento, además, en la Convención Única sobre Estupefacientes de 1961, ratificada el 22 de julio de 1964, cuyo artículo 2, inciso 5.b, establece que los Estados Partes **prohibirán la producción, fabricación, exportación e importación, comercio, posesión o uso de tales estupefacientes, si a su juicio las condiciones que prevalezcan en su país hacen que sea este el medio más apropiado para proteger la salud y el bienestar públicos, con excepción de las cantidades necesarias, únicamente para la investigación médica y científica (…)**. Asimismo, el artículo 4, incisos a) y c), de la referida Convención establece que es obligación general del Estado Parte adoptar las medidas legislativas y administrativas que sean necesarias para dar cumplimiento a las disposiciones de dicha Convención en sus respectivos territorios, así como para limitar exclusivamente la producción, la fabricación, la exportación, la importación, la distribución, el comercio y el uso y la posesión de estupefacientes.

Cita el artículo 20, inciso 1, de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Trasnacional de 2000 (Convención de Palermo), ratificada por el Estado peruano el 19 de noviembre de 2001 que establece que "cada Estado parte adoptará dentro de sus posibilidades y en las condiciones prescritas por su derecho interno, las medidas 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 el objeto de combatir eficazmente la delincuencia organizada".

El caso concluyó en la declaración de improcedencia en aplicación de lo dispuesto por el artículo 5, inciso 1, del Código Procesal Constitucional, porque se consideró que lo que pretendía la accionante era que el TC emplee facultades reservadas al juez ordinario y proceda a efectuar una serie

de diligencias que no le competen, ya que adujo que no había participado en las diligencias de transcripción y visualización del audio y video obtenidos mediante el procedimiento especial de "agente encubierto", que no se había realizado la pericia de reconocimiento de su voz y que el audio y video no habían sido materia de reconocimiento o contradicción en la etapa de instrucción. Que lo solicitado resultaba manifiestamente incompatible con la naturaleza del corpus, y a que, como, el juez constitucional no puede realizar actividades de investigación o de valoración de pruebas, por ser aspectos propios de la jurisdicción ordinaria y no de la justicia constitucional, porque excede el objeto de los procesos constitucionales de la libertad como es el hábeas corpus.

V. El agente encubierto en el NCPP

El Ministerio Público en las diligencias preliminares que busquen identificar a componentes de organizaciones criminales y si existen indicios de comisión de delitos, podrá autorizar a miembros de la Policía Nacional, mediante una Disposición y teniendo en cuenta su necesidad a los fines de la investigación, a realizar lo siguiente:

- Actuar bajo identidad supuesta que será otorgada por la Dirección General de la PNP por el plazo de 6 meses prorrogables por periodos iguales mientras subsistan las condiciones para su empleo. El agente es habilitado legalmente para actuar en la investigación y participar en el tráfico jurídico y social con la identidad simulada. Si es indispensable para la realización de la investigación, se pueden crear, cambiar y utilizar los correspondientes documentos de identidad.

- Adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos. El agente en su labor de infiltración y levantamiento de evidencias tendrá que actuar como si fuera un delincuente más, trasportando objetos vinculados al delito y difiriendo la incautación para evitar ser descubierto o abortar el seguimiento de los componentes de la organización (art. 341.1).

El Reglamento de Circulación y Entrega Vigilada Bienes Delictivos y Agente Encubierto Aprobado por Resolución Nº 729-2006-MP-FN del 15 junio de 2006 establece que el agente encubierto es un miembro policial, que ocultando su identidad, se infiltra en una organización criminal con el propósito de determinar su estructura e identificar a sus dirigentes, integrantes, recursos, *modus operandi* y conexiones con asociaciones ilícitas (art. 25).

Para la procedencia de este procedimiento de investigación deben concurrir las siguientes condiciones según el artículo 23 del citado reglamento:

a) Que existan indicios razonables de la comisión de un delito vinculado a la criminalidad organizada.

b) Uso en situaciones de riesgo controlado.

c) Participación voluntaria del agente encubierto.

d) Correspondencia de las circunstancias de actuación previstas con el delito investigado.

e) Posibilidades reales de infiltración del agente en la organización criminal.

f) Preparación especial del agente.

g) Ausencia de antecedentes disciplinarios o criminales del agente.

Una condición importante que resaltamos es que la participación del efectivo policial en este procedimiento riesgoso es voluntario, ya que aun siendo la Policía una institución jerarquizada, no puede obligar a un agente que cumpla esa misión, a que no lo haría psicológicamente preparado. La otra es que el agente tenga una excelente foja de servicios de tal manera que no se tengan elementos que podrían hacer que este se pase al bando enemigo.

Para que el fiscal apruebe la procedencia de esta técnica el Reglamento de Circulación y Entrega Vigilada Bienes Delictivos y Agente Encubierto señala en su artículo 24 lo siguiente:

> "**Artículo 24. Requerimiento**. Los miembros de la Policía Nacional presentarán al Fiscal un Informe sobre los hechos materia de investigación, la estructura criminal de la organización que se trata, recursos con los que cuenta, sus posibles integrantes y dirigentes, modus operandi y vínculos con otras organizaciones; a dicho informe se acompañará un Plan de Trabajo el que, además de las especificaciones financieras, logísticas y técnicas, debe contener la identidad del funcionario policial propuesto para realizar la labor de agente encubierto, su hoja de servicios, la identidad supuesta, el adiestramiento que ha recibido, la duración aproximada del procedimiento y demás información que corresponda".

1. Requisitos de la disposición fiscal

Deberá contener lo siguiente:

- El nombre verdadero del miembro de la Policía.

- La identidad supuesta con la que actuará en el caso concreto.

La disposición será reservada y deberá conservarse fuera de las actuaciones con la debida seguridad. Una copia se remitirá a la Fiscalía de la Nación, que bajo las mismas condiciones de seguridad, abrirá un registro reservado de aquellas. Esta reserva está destinada a proteger de la filtración de información que pueda afectar gravemente al agente encubierto (art. 341.2).

El Reglamento de Circulación y Entrega Vigilada Bienes Delictivos y Agente Encubierto desarrolla más específicamente el contenido de la disposición así:

> "**Artículo 25. Disposición de autorización**. Analizado el informe y el plan de trabajo, el Fiscal entrevistará al agente propuesto. Calificada la procedencia autorizará la utilización de la técnica mediante disposición motivada con el siguiente contenido:
>
> a) Las identidades real y supuesta del agente o agentes designados.
>
> b) La facultad del agente para actuar bajo identidad supuesta en el tráfico jurídico y social, llevando a cabo actividades vinculadas al delito de que se trate, precisando los límites de su actuación.
>
> c) El periodo de duración del procedimiento.
>
> d) El propósito perseguido.
>
> e) La designación del oficial responsable del procedimiento.
>
> f) La obligación del agente encubierto y del oficial responsable del procedimiento de informar periódicamente y en detalle los avances del procedimiento.
>
> g) Otras disposiciones que el Fiscal considere necesarias para el mejor cumplimiento de los fines de la técnica
>
> Se comunicará en forma reservada a la autoridad policial que solicitó la autorización del procedimiento con la copia certificada de la

Disposición de autorización emitida y se elevará una copia al Fiscal de la Nación para su registro correspondiente".

El fiscal comunicará personalmente al agente que sea designado para realizar el procedimiento en presencia del oficial policial responsable, el inicio del procedimiento, las obligaciones y responsabilidades a que está sujeto y los límites de su actuación. Esta comunicación será documentada en un acta y en un solo original, la que formará parte del cuaderno especial que se mantendrá en secreto.

Se consideran criterios básicos de actuación del agente encubierto los siguientes:

a) La no realización de amenazas o agresiones a los integrantes de la organización a infiltrar.

b) Minimización de la participación del público en las acciones a desarrollar.

c) Vinculación y comunicación permanente con el oficial responsable (art. 26 del Reglamento).

2. Recolección de la información

Con la debida seguridad, el agente encubierto remitirá la información al fiscal a la brevedad posible. Además informará a sus superiores. Esta información deberá aportarse al proceso en su integridad y se valorará como corresponde por el órgano jurisdiccional competente.

La información obtenida puede ser utilizada en otros procesos siempre que se desprendan de su utilización conocimientos necesarios para el esclarecimiento de otros delitos (art. 341.3).

Un problema complicado es la exigencia de la revelación de identidad del agente encubierto. En la práctica judicial hemos visto que los implicados en delitos de tráfico de drogas donde más se ha empleado esta figura, se preguntaban por qué no estaba procesada determinada persona, infiriendo que se trataba de agente encubierto. Como parte de la estrategia de defensa se le imputaba al agente de ser el instigador o provocador del delito y exigían que se hiciera presente en juicio para interrogarlo, amenazando con denunciar al Fiscal o al Juez por una presunta "impunidad".

En el NCPP se establece que la identidad del agente encubierto se puede ocultar al culminar la investigación en la que intervino. También es posible

mantener la reserva de su identidad en un proceso, 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 de otra persona. También en el caso que haya la posibilidad de continuar utilizando al agente policial como encubierto (art. 341.4).

VI. Afectación de derechos fundamentales por el agente encubierto

Siendo la tarea del agente desarrollar su actividad al "margen de la ley", sin embargo, no se le da carta blanca para que afecte derechos de otros. Se justificará la afectación siempre que sea necesario para lograr los objetivos de la infiltración. Para tal efecto se deberá solicitar autorización del juez. Por ejemplo, el agente puede realizar allanamientos, pero estos no deben ser indiscriminados, sino en función de los objetivos de desarticulación de redes criminales debiendo el fiscal realizar el requerimiento al juez. El trámite será reservado para la seguridad del agente y del procedimiento (art. 314.5).

El reglamento de agente encubierto establece el procedimiento que debe seguir el fiscal para la autorización judicial así:

> "Artículo 29. Requerimientos al Juez. El Fiscal, con motivo de la ejecución de la técnica de Agente Encubierto, podrá requerir al Juez de la investigación preparatoria, en forma reservada, la autorización para llevar a cabo diligencias que, por su propia naturaleza, afecten derechos fundamentales.
>
> Si en la ejecución de la técnica especial de agente encubierto se advirtiera la necesidad de emplear otras técnicas especiales de investigación se comunicará de ello al Fiscal, quien efectuará los requerimientos judiciales que correspondan".

El agente encubierto actúa simuladamente en la ilegalidad, por lo que tiene una protección legal que implica que estará exento de responsabilidad penal por aquellas actuaciones que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación. Su actuación debe guardar la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma y no constituyan una manifiesta provocación al delito. La línea divisoria que separa el agente encubierto que busca información o que logra que los componentes de la organización investigada desplieguen su la actividad criminal ya preexistente, de la actividad de un agente provocador del delito debe estar claramente fijada, pues este último no tiene la protección legal y podría en esas circunstancias ser sancionado (art. 341.6).

VII. Conclusión del procedimiento

El procedimiento concluye por disposición fiscal motivada, según el Reglamento de agente encubierto cuando se dan las siguientes situaciones:

a) Se hayan cumplido los objetivos propuestos.

b) De los informes periódicos de la Policía, se advierta que será materialmente imposible el cumplimiento de los objetivos.

c) Si en el desarrollo del procedimiento surja cualquier circunstancia que lo invalide.

d) Si se advierte en el curso de la técnica especial la comisión de ilícitos penales o la concurrencia de graves riesgos para bienes jurídicamente tutelados.

d) Ha pedido de la autoridad policial mediante informe debidamente sustentado (art. 30 del Reglamento).

La forma de ingresar al proceso los resultados de la infiltración realizada por el agente encubierto será la incorporación a la carpeta fiscal del informe del oficial responsable, actas y demás pruebas obtenidas (art. 32 del Reglamento).

Pese a los cuestionamientos de escritorio, que se hacen al procedimiento del agente encubierto, como instigador de delito, hay que considerar que la labor de la policía en este campo es peligrosa pues por salvar bienes jurídicos en favor de la sociedad, prevenir el delito, obtener la prueba para incriminar a las organizaciones criminales, pone en riesgo su propia vida.

PARTE VI

LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA

Capítulo I
La investigación preparatoria

I. El procedimiento preparatorio

EL CPPMI denomina a lo que conocemos como Investigación Preparatoria en el NCPP, procedimiento preparatorio o instrucción y establece cuál es su objeto así:

> "**250. Objeto de la investigación**. En procura de la verdad, el Ministerio Público deberá practicar todas las diligencias pertinentes y útiles para determinar la existencia del hecho, con todas las circunstancias de importancia para la ley penal, y los partícipes en él, procurando su identificación y el conocimiento de las circunstancias personales que sirvan para valorar su responsabilidad o influyan en su punibilidad, verificando también el daño causado por el delito, aun cuando no se haya ejercido la acción civil".

Un aspecto característico de la fase preparatoria es los actos de la investigación serán secretos para los extraños. Las partes si tienen derecho a examinar las actuaciones solo podrán ser examinadas por el imputado, las demás personas a quienes se les haya acordado intervención en el procedimiento. Los funcionarios que participen en la investigación y las demás personas que, por cualquier motivo, tengan conocimiento de las actuaciones cumplidas durante la investigación, estarán obligados a guardar secreto.

El Ministerio Público puede disponer, solo una vez, el secreto total o parcial de las actuaciones por un plazo que no podrá superar los diez días corridos, siempre que la publicidad entorpezca el descubrimiento de la verdad. El plazo se podrá prorrogar hasta por otro tanto, pero, en este caso, cualquier de los intervinientes podrá solicitar al juez de la instrucción que exime los fundamentos de la disposición y ponga fin a la reserva (art. 255).

Los sujetos procesales según CPPMI pueden participar en la fase investigativa. El Ministerio Público podrá permitir la asistencia del imputado, de

los demás intervinientes, de sus defensores o mandatarios a los actos que se deba practicar, cuando su presencia fuera útil para el esclarecimiento de los hechos y no perjudique el éxito de la investigación o impida una pronta y regular actuación.

Los asistentes no tomarán la palabra sin expresa autorización de quien preside el acto, ni deberán perturbar la diligencia con signos de aprobación o desaprobación, pudiendo ser excluidos de la audiencia en caso de que no se comporten como corresponde, sin perjuicio de las sanciones a que hubiere lugar. Podrán solicitar que consten en el acta las observaciones que estimen pertinentes, incluso sobre las irregularidades y defectos del acto (art. 257).

En esta fase es el fiscal y bajo el principio acusatorio quien dirige la investigación y tiene las siguientes facultades:

El Ministerio Público puede exigir informaciones de toda persona y de todos los funcionarios públicos, emplazándolos conforme a las circunstancias del caso, y practicar por sí o hacer practicar por funcionarios policiales cualquier clase de diligencias. Los funcionarios policiales estarán obligados a satisfacer el requerimiento o comisión del ministerio público (art. 261).

El Ministerio Público puede aprehender a personas que perturben el cumplimiento de un acto determinado y mantenerlas detenidas hasta su finalización. La aprehensión no podrá durar más de seis horas. En el acta respectiva constará la medida y los motivos que la determinaron, con indicación de la fecha y hora de su comienzo y cesación.

1. Fines de la fase preparatoria

Es la etapa en la que el Ministerio Público desarrolla actos de indagación, averiguación o inquisitio a efectos de poder construir una teoría del caso y presentar una acusación.

En el NCPP la finalidad está señalada en el artículo 321.1 que dice que la investigación preparatoria persigue lo siguiente:

Reunir los elementos de convicción, de cargo y de descargo, que permitan al fiscal decidir si formula o no acusación. Los elementos de convicción son los datos que el fiscal ha recabado al desarrollar los actos de investigación y que lo lleve a decidir si presenta o no una acusación. Lo importante dentro de una tendencia garantista es que el Ministerio Público no se convierte en una maquinaria de acusación puesto que está obligado bajo el principio de

objetividad e interdicción de la arbitrariedad examinar también los elementos de descargo de parte del imputado o lo que él haya encontrado durante la indagación respecto de un delito. Este límite, desde el punto de vista normativo, está señalado pero también implica desde la ética que el fiscal examine holísticamente toda la información que haya podido levantar. Visto de una manera más cruda, el fiscal no puede guardarse para sí los datos que sirven para debilitar su teoría del caso.

El Tribunal Constitucional en Exp. N° 6167-2005-PHC/TC Caso Fernando Cantuarias Salaverry dado en Lima a los 28 días del mes febrero de 2006 ha establecido un límite que deberá tomar en consideración el Ministerio Público al momento de investigar:

> "**Principio de interdicción de la arbitrariedad**
>
> 30. Desde la consolidación del Estado de derecho surge el principio de interdicción de la arbitrariedad, el mismo que tiene un doble significado, tal como ha sido dicho en anterior sentencia: "a) En un sentido clásico y genérico, la arbitrariedad aparece como el reverso de la justicia y el derecho. b) En un sentido moderno y concreto, la arbitrariedad aparece como lo carente de fundamentación objetiva; como lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión. Es decir, como aquello desprendido o ajeno a toda razón de explicarlo. En consecuencia, lo arbitrario será todo aquello carente de vínculo natural con la realidad" (Exp. N° 090-2004 AA/TC).
>
> Adecuando los fundamentos de la referida sentencia a la actividad fiscal, es posible afirmar que el grado de discrecionalidad atribuido al fiscal para que realice la investigación sobre la base de la cual determinará si existen elementos suficientes que justifiquen su denuncia ante el juez penal, se encuentra sometida a principios constitucionales que proscriben: a) actividades caprichosas, vagas e infundadas desde una perspectiva jurídica; b) decisiones despóticas, tiránicas y carentes de toda fuente de legitimidad; y, c) lo que es contrario a los principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídica".

La investigación preparatoria también es una etapa procesal en la que el imputado preparará su defensa con el objetivo que el fiscal no le acuse.

Desde una perspectiva más genérica la investigación preparatoria tiene por finalidad determinar si la conducta incriminada es delictuosa esto es la del

investigada, si concluye que es así, debe pasar a establecer cuáles son las circunstancias o móviles de la perpetración y la identidad del autor o partícipe y de la víctima, así como establecer la existencia del daño causado.

2. Órganos de apoyo al Ministerio Público

El artículo 159.4 de la Carta Política establece las atribuciones del Ministerio Público y que es una facultad de este órgano: 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.

En la Constitución de 1993 se dice en el artículo 166 que la finalidad de la Policía Nacional 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 del privado. Previene, investiga y combate la delincuencia. Vigila y controla las fronteras".

Uno de los problemas en las relaciones entre la Policía y el Ministerio Público es el de la denominada "dirección funcional". La Policía señala que esta dirección entra en conflicto con la cadena de mando institucional y que esta no es una institución que se encuentre bajo dependencia del Ministerio Público; y en el otro extremo tenemos que a veces los fiscales entienden que esa dirección funcional les da un poder total sobre el trabajo policial[(124)]. El surgimiento de ese actor como es el Ministerio Público, en la persecución del delito, que antes solo lo hacia la Policía, implica necesariamente establecer una relación que respete las particularidades de cada una de estas instituciones. La Fiscalía sin la Policía es una suerte de cabeza sin manos[(125)], y por eso, requiere el auxilio de esta. Las dos instituciones se necesitan, por ejemplo, es un error que los fiscales lleguen al extremo de realizar actos de investigación concretos cuando allí se requiere una experticia que solo maneja la policía, o que esta solo se concentre en la búsqueda de información sobre la acción criminal sin considerar que lo acopiado debe ser funcional a una estrategia legal o teoría del caso que deberá presentar el Ministerio Público al Poder Judicial.

(124) DUCE, Mauricio. *El Ministerio Público en la Reforma Procesal Penal de América Latina: Visión general acerca del estado de los cambios*. Instituto de Ciencia Procesal Penal, Lima, 2009, p. 97.

(125) ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. P. Traducción de la 25ª edición alemana por Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor. Ob. cit., p. 57.

La persecución del delito en cuanto a un hecho concreto, es el ámbito donde se debe establecer una relación de coordinación fructífera entre Fiscalía y Policía, solo así se entiende cuando la Constitución establece que la Policía está obligada a cumplir los **mandatos del Ministerio Público en el ámbito de su función**. La Policía tiene otras funciones como garantizar mantener y restablecer el orden interno, proteger y ayudar a las personas y a la comunidad, vigilar y controlar las fronteras donde no necesariamente hay intervención del Ministerio Público y en la cadena de mando está subordinada al Poder Ejecutivo a través del Ministerio del Interior, y no está sometida a la Fiscalía en el plano de la organización.

En el NCPP están señaladas las funciones de la policía y la conducción del Ministerio Público. En el artículo 67 se dice que en su función de investigación debe tomar conocimiento de los delitos y dar cuenta inmediata al fiscal. Debe impedir las consecuencias del delito, individualizar a sus autores y partícipes, reunir y asegurar los elementos de prueba que puedan servir para la aplicación de la Ley Penal. Son órganos de apoyo del Ministerio Público para llevar a cabo la investigación preparatoria. De otro lado, el artículo 168 del acotado fija las atribuciones de la Policía para realizar la investigación bajo conducción fiscal, como son:

a) Recibir denuncias escritas o verbales asentándola en actas; y tomar declaraciones a los denunciantes.

b) Vigilar y proteger la escena del crimen evitando que se borren los vestigios y huellas del delito.

c) Realizar el registro de las personas y prestar auxilio que requieran las víctimas.

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

e) Realizar diligencias orientadas a la identificación física de los autores y partícipes del delito.

f) Recibir declaraciones de testigos.

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

h) Capturar a los presuntos autores y partícipes en caso de flagrancia, informándoles de inmediato sobre sus derechos.

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

j) Allanar locales de uso público o abierto.

k) Efectuar, bajo inventario, secuestros, incautaciones necesarios en los casos de delitos flagrantes o de peligro inminente de su perpetración.

l) Recibir la manifestación de los presuntos autores o partícipes de delitos, con presencia obligatoria de su abogado defensor. Si no está presente, se limitará a constatar la identidad de aquellos.

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

Como conclusiones podemos arribar a las siguientes:

a) La Fiscalía y la Policía Nacional, como instituciones del Estado, están obligadas a trabajar en una sola dirección en la persecución del delito.

b) La dirección funcional debe ser entendida como conducción fiscal de la investigación policial para la presentación de la teoría del caso al Poder Judicial.

c) La Fiscalía debe respetar la experticia de la policía en la investigación criminal y no sustituirla invadiendo funciones que no le corresponde.

d) La Policía debe entender que su trabajo de acopio de información del delito se realiza dentro de los límites que fijan las garantías constitucionales, y además se engarza con la estrategia fiscal que tiene como finalidad la defensa de la legalidad y de los intereses públicos tutelados por el derecho.

Además de la Policía y sus órganos especializados en criminalística, el artículo 321.2 del NCPP describe otras instituciones como el Instituto de Medicina Legal(126) y la Contraloría. Hay un mandato a otros órganos técnicos del Estado que están obligados a prestar apoyo al fiscal. También las Universidades, Institutos Superiores y entidades privadas, de ser el caso, y sin perjuicio de la

(126) Tiene como misión realizar peritajes, investigación forense y emitir dictámenes técnico-científicos de Medicina Legal y Ciencias Forenses, así como brindar asesoramiento en la especialidad a la función fiscal, judicial y otros que colaboren con la Administración de Justicia. ver <www.mpfn.gob.pe>. [Fecha de consulta: 4 de agosto de 2014].

celebración de los convenios correspondientes, están facultadas para proporcionar los informes y los estudios que requiera el Ministerio Público.

El fiscal por medio de una disposición, y conforme a las directivas emanadas de la Fiscalía de la Nación puede contar con la asesoría de expertos de entidades públicas y privadas para formar un equipo interdisciplinario de investigación científica para casos que así lo exijan. Este equipo actuará bajo su dirección (art. 321.3).

3. Dirección de la investigación

Si en el Procedimiento Penal de 1940 el juez instructor era el director de la investigación, ahora, gracias al principio acusatorio, este rol le corresponde al Ministerio Público. El artículo 322.1 establece que es el fiscal el que dirige la investigación preparatoria. Puede hacerlo directamente dependiendo del caso o puede encomendar a la Policía las diligencias de investigación que considere conducentes al esclarecimiento de los hechos. La investigación puede ser 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 que en el numeral 3 dice:

> "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".

El fiscal tiene atribuciones que le permiten requerir la colaboración de las autoridades y funcionarios públicos para fines de la investigación, 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 (art. 322.2).

El artículo 322.3 le otorga la facultad para que disponga 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.

4. Función del juez de la investigación preparatoria

Delimitados los roles ahora en el esquema acusatorio, al juez de la investigación preparatoria se le asigna las siguientes funciones:

- Realizar los actos procesales que expresamente autoriza el NCPP a requerimiento del fiscal o a solicitud de las demás partes.

Tiene facultades para:

a) Autorizar la constitución de las partes como la del actor civil;

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;

e) Controlar el cumplimiento del plazo en las condiciones fijadas en este código.

En la jurisprudencia del NCPP en el Exp. Nº 2008-00341-2801-JR-PE-1 JIP Moquegua se fijan los límites de la función jurisdiccional en la etapa preparatoria así:

> "La labor de control del Juez de la Investigación Preparatoria no puede interferir con la actividad del Ministerio Público. Si es que las peticiones de los investigados durante las diligencias preliminares no cumplen con los presupuestos necesarios para la admisión de pruebas o estas resulta impertinentes su rechazo no trasgrede el derecho de defensa".

5. Reserva de la investigación

La reserva de la instrucción como antecedente en el NCPP ha tenido expresiones atentatorias contra el derecho a la defensa que incluso ha merecido pronunciamientos del Tribunal Constitucional por colisión con un derecho fundamental del imputado, como es el derecho a la defensa. Por ejemplo, tenemos que en el Exp. N° 1512-2001-HC/TC Huaura. Jorge Luis Crisol Cajachagua de los veintinueve días del mes de enero del dos mil dos se señaló:

> "Sobre la aplicación del artículo 73 del Código de Procedimientos Penales, dicho artículo tiene por objeto evitar que cualquier persona que no tenga relación con el proceso, tome conocimiento de los hechos allí investigados e interfiera con el desarrollo de la instrucción, no siendo aplicable tal reserva al inculpado, para permitirle ejercer su derecho de defensa, siempre que previamente este haya rendido su declaración

> instructiva, situación que no ha ocurrido, por lo que la actuación del emplazado no afecta derecho constitucional alguno del accionante".

Con esta regla cómo puede preparar la defensa un imputado si no puede conocer el contenido de la investigación preliminar ni el contenido de la imputación para que pueda defenderse de los cargos y además se le pone como condición que haya declarado instructivamente. Un completo absurdo.

Para el NCPP, la investigación tiene carácter reservado. La reserva no alcanza a las partes quienes de manera directa o a través de sus abogados debidamente acreditados en autos pueden tomar conocimiento del contenido de las actuaciones. Además, tienen derecho a obtener copia simple de las actuaciones (art. 324.1).

En el expediente Exp. Nº 8696-2005-PHC/TC-Piura caso Roger Montesinos Ayca, el Tribunal Constitucional hace un análisis más elaborado respecto de la reserva de la investigación que actualmente en el NCPP se le trata adicionando otra institución como lo es el secreto:

> "Al respecto, cabe señalar que en nuestro ordenamiento jurídico el Juez puede disponer que una actuación se mantenga en reserva por un tiempo determinado cuando considere que su conocimiento puede entorpecer el éxito de las investigaciones (artículo 73, Código de Procedimientos Penales). Evidentemente, esta facultad está sometida a un control de constitucionalidad bajo el canon del principio de proporcionalidad, lo cual implica que el Juez no podrá establecer dicha reserva si es que no existen elementos objetivos que lo justifiquen o si es que se establece un periodo irrazonable de reserva, en cuyos supuestos si se vulneraría el debido proceso.
>
> Sin embargo, esto no sucede en el presente caso. El Tribunal estima que dicho principio se ha observado, en la medida que la justificación de la reserva radica no solo en que el eventual conocimiento del contenido del 'documento reservado' pone en peligro las investigaciones ampliatorias que se vienen realizando (fojas 6); sino también en que la Constitución consagra como un bien constitucional la salud pública, de ahí que establezca, en su artículo 8, que 'el Estado combate y sanciona el tráfico ilícito de drogas (...)'.
>
> En cuanto al periodo de reserva, si bien la Juez de la causa en su resolución, de fecha 21 febrero de 2005, omitió establecerlo, esto fue precisado en la resolución de la Primera Sala Penal de la Corte Superior

de Justicia de Piura (fojas 7), de fecha 16 de mayo de 2005, que establece dicho periodo por 60 días tiempo de reserva que, a juicio de este Colegiado, no resulta irrazonable o desproporcionado".

6. Secreto de la investigación

Excepcionalmente, el fiscal puede disponer el secreto de alguna actuación o documento por un plazo no mayor de veinte días prorrogables por el juez por un plazo no mayor de otros veinte días. El secreto implica que ni las partes ni sus abogados pueden conocer el contenido de dicha actuación, pues con su conocimiento puede dificultar el éxito de la investigación fiscal. La disposición del fiscal que declara el secreto se notificará a las partes (art. 324.2). ¿Esta disposición fiscal puede ser recurrible? No está previsto en el NCPP, pero de pronto el afectado podría irse en queja ante el fiscal superior que podrá controlar si hay razones suficientes para declarar el secreto.

7. Responsabilidad disciplinaria por divulgación de información no autorizada

Si bien bajo la reserva de investigación se permite a las partes que puedan obtener copias de las actuaciones. El abogado que recibe las copias está obligado a mantener la reserva bajo responsabilidad disciplinaria. Generalmente hay una suerte de buscar influencias externas para presionar en la investigación y se utilizan los documentos copiados para entregárselos a terceros, como la prensa que si bien tiene derecho a divulgar bajo su propio auto control las informaciones que les llega, esta divulgación puede afectar el proceso de investigación. Si el abogado que ha filtrado vuelve a filtrar información, el fiscal notificará al patrocinado para que lo sustituya en el término de dos días de notificado. Si no lo hiciera, se nombrará uno de oficio (art. 324.3). Sin perjuicio de esto, consideramos que esta actuación del abogado, que infracciona su deber de actuar con probidad y buena fe, debe ponerse en conocimiento del Colegio de Abogados al que pertenezca para que le inicie un proceso disciplinario por faltas a la ética.

8. Naturaleza de los actos de investigación

Los actos de investigación, por sí solos, sirven para emitir las resoluciones propias de la investigación y la etapa intermedia. Por ejemplo, para sustentar una acusación que es una de las formas de concluir la investigación preparatoria, porque podría terminar en un requerimiento de sobreseimiento. Solo se consideran actos de prueba las anticipadas y las preconstituidas, esto es, las

que tienen que actuarse urgentemente, y las actuaciones objetivas e irreproducibles cuya lectura debe hacerse en el juicio oral escenario natural de producción de la prueba (art. 325). Una excepción podría ser la lectura de las actas de testimonio de testigos cuya imposibilidad de asistir a juicio ha surgido de pronto, las que pueden ser incorporadas a juicio.

De lo que se trata, entonces, es distinguir entre lo que son actos de investigación y los actos de prueba. Estos últimos se ofrecen, admiten, producen en el juzgamiento bajo las reglas de contradicción, oralidad, inmediación y publicidad que no operan totalmente para los actos de investigación.

Capítulo II
Los actos iniciales de la investigación

I. La denuncia

Esta acción según el CPPMI puede ejercitarla cualquier persona, quien comunicará a la policía, al Ministerio Público o a un juez con competencia penal el conocimiento sobre la comisión de un delito de acción público, si es por escrito ante los jueces, hará constar su identidad verificándola con el documento público idóneo que el denunciante presente, oralmente o por escrito ante la policía y el Ministerio Público que, en ese efecto, protocolizarán en acta la versión oral y harán constar la identificación del denunciante según antes se indicó (art. 239). En el sistema peruano básicamente las denuncias son presentadas ante la policía y el Ministerio Publico. En todo caso en una situación excepcional, si se denuncia ante un juez este debería correr traslado de la misma a la fiscalía de turno.

Si son delitos dependientes de instancia o autorización se procederá de la misma forma a recibir la instancia o la autorización. Si la denuncia es por mandatario este requiere poder especial para hacerlo.

El CPPMI establece quienes son las personas que están obligadas a realizar la denuncia (art. 240). Esto puede derivar de acuerdo a la calidad del agente en delito de omisión de denuncia[127]. Los que deben denunciar el conocimiento que tienen sobre un delito de acción pública, exceptuando los que requieren instancia o autorización para su persecución, y sin demora son:

(127) Artículo 407 del Código Penal Peruano. Omisión de denuncia. El que omite comunicar a la autoridad las noticias que tenga acerca de la comisión de algún delito, cuando esté obligado a hacerlo por su profesión o empleo, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años.

Si el hecho punible no denunciado tiene señalado en la ley pena privativa de libertad superior a cinco años, la pena será no menor de dos ni mayor de cuatro años.

Si la omisión está referida a los delitos de genocidio, tortura o desaparición forzada, la pena será no menor de dos ni mayor de seis años.(Modificado por la Ley N° 28516, publicada el 23 de mayo de 2005).

1) Los funcionarios y empleados públicos que conozcan el hecho en ejercicio de sus funciones, salvo el caso de que pese sobre ellos el deber de guardar secreto;

2) Quienes ejerzan el arte de curar y conozcan el hecho en ejercicio de su profesión u oficio cuando se trate de delitos contra la vida o la integridad corporal de las personas, salvo el caso de que pese sobre ellos el deber de guardar secreto;

3) Quienes por disposición de la ley, de la autoridad o por un acto jurídico tuvieren a su cargo el manejo, la administración, el cuidado o control de bienes o intereses de una institución o entidad, respecto de delitos cometidos en su perjuicio o en perjuicio de la masa o patrimonio puesto bajo su cargo o control, por personas que desempeñen esas mismas funciones en la institución o entidad, siempre que conozcan el hecho con motivo del ejercicio de sus funciones.

El denunciante no intervendrá posteriormente en el procedimiento, ni contraerá a su respecto responsabilidad alguna, (art. 242) sin perjuicio de la que pudiere corresponderle según el artículo 410[128]. La actuación del denunciante, termina en la denuncia, y posteriormente podría intervenir si es testigo por ejemplo. Su intervención no va más allá porque no es sujeto procesal legitimado.

Si los funcionarios policiales tienen noticia de un hecho punible perseguible de oficio, informarán enseguida detalladamente al Ministerio Público y practicará una investigación preliminar, para reunir o asegurar con urgencia los elementos de convicción y evitar la fuga u ocultación de los sospechosos. Estimamos que la policía por su naturaleza es sujeto obligado a empezar indagaciones ante noticia criminal. Esto el CPPMI lo denomina prevención policial (art. 246).

La facultad para denunciar en el sistema procesal peruano la tiene cualquier ciudadano, es lo que se conoce como la acción popular y así se reconoce en el artículo 326.1 del NCPP con la condición que el ejercicio de esta acción sea público, esto es, con intervención de la Fiscalía. Tratándose de acciones privadas, el titular es el querellante o agraviado en los delitos establecidos en el Código Penal como delitos contra el honor o la intimidad.

(128) Artículo 410 de CPPMI. Denuncia falsa o temeraria. Cuando el denunciante hubiere provocado el procedimiento por medio de una denuncia falsa o temeraria, el tribunal podrá imponerle total o parcialmente las costas. En este caso, diferirá la decisión, advertirá previamente al denunciante sobre esta posibilidad y le otorgará oportunidad de audiencia.

Independientemente de esto, hay personas que tienen obligaciones por mandato expreso legal para hacerlo, por ejemplo, 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.

Los funcionarios que en el ejercicio de sus atribuciones, o por razón del cargo, tomen conocimiento de la realización de algún hecho punible. Si tienen la obligación de hacerlo y dolosamente no hacen la denuncia, pueden ser pasibles de ser investigados por omisión de denuncia prevista en el artículo 407 del Código Penal.

Así como hay personas con mandatos legales claros para hacer una denuncia, el artículo 327 del NCPP contempla los supuestos contrarios, esto es, que hay personas que no están obligadas a denunciar como:

La persona contra su cónyuge y parientes comprendidos dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.

Aquel que tiene conocimiento de los hechos, pero que está amparado por el secreto profesional.

1. Contenido y forma de la denuncia

Conforme al CPPMI la denuncia debe contener, en lo posible, el relato circunstanciado del hecho, con indicación de los partícipes, víctimas y testigos, elementos de prueba y antecedentes o consecuencias conocidos (art. 241).

La denuncia en el NCPP debe tener la identidad del denunciante, aunque consideramos que no es requisito indispensable porque puede existir el temor ante represalias. Lo importante que en la denuncia se den pistas para darle sustento a la misma. La narración, en consecuencia, debe ser detallada y veraz. Si es posible, se debe individualizar al presunto responsable.

Puede presentarse de forma verbal, o escrita. Si es escrita, el denunciante firmará y colocará su impresión digital. Si es verbal, se documentará la denuncia en un acta (art. 328.2). Si no pudiese firmar, bastará su huella digital dejándose constancia del impedimento (puede tratarse de un analfabeto).

La excepción a esta obligación legal, es si razonablemente arriesgare la persecución penal propia, del cónyuge, o de ascendientes, o descendientes o hermanos, o de una persona que conviva con el denunciante, ligado a él por lazos especiales de afecto.

2. Actos iniciales de la investigación

El fiscal inicia la investigación si es que tiene conocimiento de la presunta comisión de ilícitos. Interviene de oficio o a petición de los denunciantes. Muchas veces cuando la prensa denuncia actos delictivos, ante estos la fiscalía puede iniciar una investigación solicitando que el medio periodístico le envíe la denuncia y los datos que pueda tener para darle curso a una investigación prolija (art. 329).

Puede darse el caso de denuncias carentes de fundamento, pero la Fiscalía justamente tiene que evaluar si se justifica realizar la investigación, ya que está en el ámbito de sus obligaciones.

II. Diligencias preliminares

1. Finalidad

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. Esta es la finalidad genérica de las Diligencias Preliminares (art. 330.1).

2. Finalidad inmediata

Las diligencias preliminares tienen por finalidad inmediata realizar los actos los urgentes o los inaplazables destinados a determinar lo siguiente:

- Si han tenido lugar los hechos objeto de conocimiento y su delictuosidad.
- Asegurar los elementos materiales de su comisión, es decir las fuentes de prueba.
- Individualizar a las personas involucradas en su comisión, incluyendo a los agraviados. Estos datos elementales serán reunidos en la fase de diligencias preliminares (art. 330.2).

El problema se presenta cuando el fiscal ya tiene estos elementos y no se decide formalizar la investigación preparatoria. El espíritu de la norma al señalar que el plazo es de veinte días, (reinterpretado por la Corte Suprema que no puede sobrepasar 120 días) es justamente porque el legislador considera que son para actos de urgencia y finalidades muy concretas. A veces los

fiscales confunden las diligencias preliminares con la investigación preparatoria propiamente dicha.

En la línea de esclarecer la noticia criminal, 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. Allí podrá efectuar un examen con la finalidad de establecer la realidad de los hechos; impedir que el delito produzca consecuencias ulteriores y además se altere la escena del delito, que constituye fuente de prueba (art. 330.3).

3. Plazo

El plazo de las diligencias preliminares es actualmente 60 días, salvo que se produzca la detención de una persona, pues allí si los plazos se subordinan a los plazos máximos de detención de una persona, salvo que se le deje en libertad. Por ejemplo, si se interviene a una persona en flagrancia o por orden judicial en delitos que no sean comunes, y se tienen 24 horas para resolver, ampliables cuando se solicita convalidación hasta por 7 días. En los otros delitos como terrorismo, tráfico de drogas, espionaje el plazo máximo es de 15 días.

Si fuese el caso, 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 de control de plazos, con la participación del fiscal y del solicitante (art. 334.2).

El fiscal es el que fija el plazo, que debe ser razonable para que el investigado pueda defenderse. En el Exp. N° 2008-01670-25-2301-JR-PE-2 JIP-Tacna se señaló lo siguiente: "El plazo de cinco días establecido por el Fiscal para la realización de las Diligencias Preliminares no es razonable para que las mismas puedan llevarse a cabo, por lo que se declara fundada la solicitud de Control del Plazo planteada por el agraviado y se dispone que el Ministerio Público señale un plazo suficiente. Es función del Juez de la Investigación Preparatoria garantizar que los actos de investigación que realiza el Fiscal respeten las garantías mínimas del debido proceso".

En este mismo caso Exp. N° 2008-01670-25-2301-JR-PE-2, que fue apelada la decisión por el fiscal y la Sala de Apelaciones de Tacna, señaló que "el

control de la garantía del plazo razonable durante la etapa de investigación solo puede ser invocado o solicitado cuando ocurra una excesiva duración de dicha etapa. Siendo el Ministerio Público el titular y director de la investigación solo puede ser materia de control el exceso del plazo".

4. Plazo máximo de las diligencias preliminares en la doctrina jurisprudencial

El plazo de las diligencias preliminares antes de la modificatoria por la Ley Nº 30076 era de 20 días, ahora se ha aumentado a 60 días en el artículo 334 inciso 2 del NCPP. Un defecto de esta norma es que no establece el plazo de vencimiento, por ello la Corte Suprema con la Casación N° 02-2008 se fijó que el plazo máximo es de 120 días para los casos simples. Otro problema surgido es si las diligencias preliminares podían fijarse en un plazo mayor a 120 días. Inicialmente si trataba de casos complejos, la Casación Nº 318-2011-Lima, precisó que la duración máxima de dichas diligencias preliminares es la fijada por la Casación N° 02-2008, es decir 120 días. El Tribunal Supremo señaló que no se justificaba que se aumenten los plazos tratándose de complejos como se hace en la investigación preparatoria. Además debe tenerse en cuenta que la investigación preliminar es: a) realizar actos urgentes; b) asegurar escena de crimen y evidencia sensible; y, c) individualizar al presunto imputado.

Frente al criterio anterior se ha producido un cambio en la Corte Suprema a través de la Casación N° 144-2012-Áncash del 11 de julio de 2013 en un caso vinculado al ex presidente del Gobierno Regional Cesar Álvarez. El recurso de casación interpuesto por el representante del Ministerio Público contra el auto de vista de fecha cinco de marzo de dos mil doce, que declaró infundado el recurso de apelación que interpuso, contra la resolución que confirmando la resolución de primera instancia de fojas ciento cuarenta y uno del trece de diciembre de dos mil once, declaró fundado el control del plazo en etapa preliminar solicitado por el investigado César Joaquín Álvarez Aguilar contra el Segundo Despacho de la Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de corrupción de funcionarios del Distrito Judicial de Ancash, otorgándole al señor fiscal un plazo de diez días hábiles a efectos de emitir pronunciamiento si formaliza o no la investigación preparatoria; en la investigación que se le viene realizando por la presunta comisión del delito contra la Administración Pública en la modalidad de peculado, en agravio del Gobierno Regional de Ancash. Se solicitó desarrollo de la doctrina jurisprudencial para que se pronuncie **"sobre el plazo máximo para llevar a cabo las diligencias preliminares, cuando se trate de investigaciones complejas"**.

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

La regla jurídica de la casación fue: "**Décimo**: Que, así las cosas, y teniendo en cuenta las pautas instauradas en la jurisprudencia nacional, especialmente a través de la Casación número dos dos mil ocho, que prescribe, que la fase de diligencias preliminares no puede ser mayor que el plazo máximo de la investigación preparatoria regulada en el artículo trescientos cuarenta y dos del Código Procesal Penal, esto es, de ocho meses; y en aplicación del artículo trescientos treinta y cuatro inciso dos, en concordancia con el artículo ciento cuarenta y seis del citado Código, debe entenderse que este es el mismo plazo razonable para que la Fiscalía disponga la ejecución de diligencias a nivel preliminar; por lo que, se debe establecer como doctrina jurisprudencial que: **"tratándose de investigaciones complejas, el plazo máximo para llevar a cabo las diligencias preliminares es de ocho meses"**; considerándose proceso complejo, cuando: a) requiera la actuación de una cantidad significativa de actos de investigación; b) comprenda la investigación de numerosos delitos; c) involucra una cantidad importante de imputados o agraviados; d) investiga delitos perpetrados por imputados integrantes o colaboradores de bandas u organizaciones delictivas; e) demanda la realización de pericias que comportan la revisión de una nutrida documentación o de complicados análisis técnicos; f) necesita realizar gestiones de carácter procesal fuera del país; o, g) deba revisar la gestión de personas jurídicas o entidades del Estado.

Ya dependerá de la Fiscalía emplear el plazo de diligencias preliminares, respecto de los fines de esta, individualización, actos urgentes, asegurar escena del crimen. Si se tienen estos elementos corresponde formalizar la investigación preparatoria.

5. Actuación policial

En la investigación del delito es sustancial la intervención de la Policía Nacional como apoyo a la labor fiscal. Si la policía directamente tiene noticia de la comisión de ilícitos, lo pondrá en conocimiento de la Fiscalía con el medio más rápido que tenga a su disposición. Esto es importante puesto que una intervención de la policía sin conocimiento por lo menos de la Fiscalía resulta sospechoso. Hay múltiples formas de comunicarse, como el teléfono.

En la comunicación deberá indicar 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 (art. 331.1).

Luego 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 del NCPP.

La policía en el curso de las investigaciones podrá citar a las personas implicadas hasta por tres veces.

6. El informe policial

El atestado policial, que antes hacía la policía en la que concluía que existía comisión de delito y presunto responsable, y el parte, en el que concluía que no existía delito o si lo había no existía presunto responsable, ahora se sustituyen por el Informe Policial que será elevado al fiscal (art. 332.1).

El Informe Policial contendrá lo siguiente:

- Los antecedentes que motivaron su intervención.
- La relación de las diligencias efectuadas.
- El análisis de los hechos investigados, absteniéndose de calificarlos jurídicamente y de imputar responsabilidades.
- Adjuntará las actas levantadas, las manifestaciones recibidas, las pericias realizadas y todo aquello que considere indispensable para el debido esclarecimiento de la imputación.
- La comprobación del domicilio y los datos personales de los imputados.

7. Relaciones de la Policía con el Ministerio Público

La necesaria vinculación en el trabajo de investigación entre el Ministerio Público y la Policía Nacional, en tanto entes de la persecución penal, tiene su punto de encuentro institucional en un órgano especializado que será instituido por la Policía que se encargará 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; aquí podría pensarse en un observatorio de la criminalidad[129]; 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 (art. 333).

(129) Esta herramienta es fundamental en la prevención y persecución del crimen. En el Perú existe institucionalmente el Observatorio de la Fiscalía de la Nación y en el Poder Judicial, el Observatorio de la Criminalidad Regional creado por la Corte Superior de Justicia del Callao mediante la Resolución Administrativa de Presidencia Nº 93-2015-P-CSJCL/PJ, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 20 de febrero de 2015. La finalidad es proveer información a los entes oportunos para la adopción de políticas públicas relacionadas con la prevención de delitos y de la violencia en general, trabajando interinstitucionalmente e interdisciplinariamente para comprender el conocimiento científico del fenómeno delictivo.

Capítulo III
Calificación de la denuncia

I. Actuación del Ministerio Público

El fiscal para decidirse si formaliza investigación preparatoria debe proceder a realizar lo siguiente:

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 notificará al denunciante y al denunciado (art. 334.1).

Si el hecho fuese delictuoso y la acción penal no hubiere prescrito, pero faltase la identificación del autor o partícipe, ordenará la intervención de la policía para que proceda investigar dicho extremo.

Si el denunciante ha omitido una condición de procedibilidad que de él depende, dispondrá la reserva provisional de la investigación, notificando al denunciante, hasta que cumpla con esa condición. Si el denunciante 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 quien se pronunciará dentro del quinto día. Podrá ordenar que se formalice la investigación, se archiven las actuaciones o se proceda según corresponda.

II. *Ne bis in idem* y archivo de investigación fiscal

El artículo 335 del NCPP establece una prohibición clara de una nueva denuncia e impide que otro Fiscal pueda promover u ordenar que el inferior jerárquico promueva una investigación preparatoria por los mismos hechos si es que se dan los supuestos establecidos en el artículo 335, incisos 1 y 2.

1. Prohibición de nueva denuncia

1. La disposición de archivo prevista en el artículo 335, 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.

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 y declara que no procede formalizar y continuar con la investigación preparatoria, ordenando el archivo de lo actuado.

Si por requerimiento de denunciante y elevado los actuados al fiscal superior este se pronunció dentro del quinto día porque se archiven las actuaciones, este tiene la calidad de cosa decidida más que juzgada. Sin embargo, se ha previsto como excepción, si es que se aportan nuevos elementos de convicción que obligará el reexamen de los actuados por el Fiscal que previno. Si se demuestra que la denuncia anterior no fue debidamente investigada, el fiscal superior que previno designará a otro fiscal provincial.

Y aquí viene el problema del carácter del archivo fiscal, si tiene la calidad análoga al de la cosa juzgada. Sobre este aspecto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha precisado que: "(…) La decisión del Fiscal no promoviendo la acción penal mediante la denuncia o requerimiento de instrucción correspondientes, al estimar que los hechos que se le pusieron en su conocimiento no constituyen delito es un acto de esencia típicamente jurisdiccional –como toda actividad del Ministerio Público en el proceso– que adquiere el carácter de inmutable e irreproducible surtiendo los efectos de la cosa juzgada, una vez firme. De este modo, al igual que una decisión judicial recaída, es definitiva y en consecuencia trasciende en sus efectos con caracteres prohibitivos para procesos futuros basados en los mismos hechos materia de decisión (…)" (Informe Nº 1/95, relativo al caso 11.006 del 7 de febrero de 1995).

En la jurisprudencia constitucional, en la Sentencia N° 2725-2008-PHC/TC se ha establecido que las resoluciones que declaran no ha lugar a formalizar denuncia penal, que en el ejercicio de sus funciones pudieran emitir los

representantes del Ministerio Público, no constituyen en estricto cosa juzgada, pues esta es una garantía exclusiva de los procesos jurisdiccionales; pero el TC les ha reconocido **el estatus de inamovible o cosa decidida**, siempre y cuando se estime en la resolución, que los hechos investigados no configuran ilícito penal, o sea en un pronunciamiento de **atipicidad.**

En la STC N° 01887-2010-PHC/TC se dice que esta forma de razonamiento asumida por el Tribunal Constitucional tiene como fundamento el principio de seguridad jurídica; principio que forma parte consustancial del Estado Constitucional de Derecho y está íntimamente vinculado con el principio de interdicción de la arbitrariedad. Así este principio constituye la garantía que informa a todo el ordenamiento jurídico, siendo una "(…) norma de actuación de los poderes públicos, que les obliga a hacer predecible sus decisiones y a actuar dentro de los márgenes de razonabilidad y proporcionalidad, y en un derecho subjetivo de todo ciudadano que supone la expectativa razonable de que sus márgenes de actuación, respaldados por el derecho, no serán arbitrariamente modificados (…)" (STC Exp. Nº 5942-2006-PA/TC). En tal sentido, el principio de seguridad jurídica es la garantía constitucional del investigado que no puede ser sometido a un doble riesgo real de ser denunciado y sometido a investigaciones por hechos o situaciones que en su oportunidad han sido resueltos y absueltos por la autoridad pública. Por ello, al ser el Ministerio Público un órgano constitucional constituido y por ende sometido a la Constitución, su actividad no puede ser ejercida, irrazonablemente, con desconocimiento de los principios y valores constitucionales, ni tampoco al margen del respeto de los derechos fundamentales, como el principio y el derecho del ne bis in idem o la no persecución múltiple. (Considerandos 18 y 19)

Frente al supuesto de archivo por atipicidad, la sentencia N° 2725-2008-PHC/TC plantea dos posibilidades de apertura: a) Nuevos elementos probatorios b) Investigación deficiente. La primera no es inconveniente, pues pueden aparecer nuevos elementos que no conoció el fiscal, y la segunda que la investigación haya sido defectuosa. Sobre este aspecto se ha morigerado con la regla establecida en la STC Exp. Nº 2110-2009-PHC/TC en el sentido que impulsar una investigación deficiente no significa que se le dé patente de corso a la fiscalía para que investigue cuando quiera frente a su propia ineptitud, tiene que existir un elemento de validación para que se pueda activar esta investigación.

Esto nos trae a colación el caso de la señora Nadine Heredia, esposa del presidente de la República cuyos abogados en una nueva investigación sobre lavado de activos han invocado la afectación de sus derechos pues sobre estos mismos hechos dicen que existió una decisión de archivo.

Sobre esto se han pronunciado expertos en Derecho Procesal como Caro Coria que dice que la investigación fue defectuosa o incompleta, y que han surgido elementos probatorios que merecen ser abordados en una nueva investigación fiscal, y el elemento a ser tomado en cuenta para la necesidad de una investigación de esa naturaleza es que la señora Heredia, es esposa de un Jefe de Estado, y presidenta de un partido en el gobierno por lo que es una Persona Expuesta Políticamente (PEP) por lo que la recomendación N° 12 de GAFI(130) y la Resolución SBS N° 838-2008 impone exigencias de investigación mayores en estas personas.

Cesar Nakasaki sobre este tema dice que la disposición fiscal de apertura de investigación tiene graves problemas como que se omitió la existencia de la investigación anterior por los mismos hechos y el fundamento de su reapertura. La fiscalía no puede desconocer la anterior investigación por ser un hecho público y además en la nueva se solicita a la otra fiscalía la remisión de copia certificada. La prohibición de persecución múltiple sucesiva exige que la fiscalía determine si la investigación anterior era por los mismos hechos, de ser así, la prohibición constitucional conforme lo desarrolla el artículo 335 del NCPP impide que se reabra(131).

Este punto expuesto por Nakasaki estimamos que tiene su correlato con la unidad de la Acción Penal reconocida unánimemente por la doctrina. La fiscalía como ente persecutor y jerarquizado tiene que preservar la unidad de la Acción Penal y de la Investigación, de tal forma que no existan pronunciamientos contradictorios, o incongruentes ya que ante el órgano jurisdiccional el Ministerio Público actuará como persecutor institucional y por lo tanto se le exige probidad, y buena fe, y coherencia.

Nakasaki señala que se debe hacer la investigación sobre los supuestos de investigación deficiente y elementos nuevos de prueba, coincidiendo con Caro Coria. En la investigación preliminar dice que no hay imputación, ni delincuentes(132), pues solo en el proceso penal se establece la calidad de este como autor o partícipe.

Otra problemática a arribar en esta investigación si continua su desarrollo toda vez que hay una acción de garantías presentada por la primera dama, es

(130) CARO CORIA, Dino. "¿Nadine puede ser investigada por Lavado de Activos?". En: *La Ley*. N° 9, Gaceta Jurídica, Lima, marzo de 2015, p. 39.
(131) NAKASAKI, César. "¿La cosa decidida: reapertura de investigación preliminar en el caso de la primera dama?". En: *La Ley*. N° 9, Gaceta Jurídica, Lima, marzo de 2015, pp. 40-41.
(132) Ibídem, p. 41.

el delito fuente, el cual aún bajo prueba indiciaria, sin sentencia debe ser configurada en algún entorno típico, y aquí ya hay problemas por los cambios legislativos en lavado de activos. De allí que nos parece importante como insumo en este affaire procesal, constitucional y político las reflexiones de Azabache Caracciolo quien dice en un artículo lo siguiente:

> "Lavar activos no es algo sencillo. Supone infiltrar en la economía formal fondos de origen clandestino para conceder a su titular una capacidad financiera que de otra manera no podría obtener. El lavado de activos es un servicio ilegal que se presta a clientes que necesitan ser implantados en el mercado como si fueran los empresarios regulares que no son. Un lavador enmascara fondos y personas sistemáticamente. No imagino a la señora Nadine Heredia haciendo esto. En consecuencia, creo que estamos equivocando las reglas que aplicamos a su caso.
>
> De hecho, las denuncias que dan forma al tema describen un caso de financiamiento encubierto de actividades políticas, no un caso de lavado de activos. Con detalles más o menos, la historia más importante que la fiscalía debe confirmar o descartar mostraría a Martín Belaunde Lossio o a su entorno sosteniendo parte de los gastos de manutención de la señora Heredia, cuando aún no era la primera dama de la República. Por cierto, sostener a otro no constituye delito alguno, aunque resulta inapropiado hacerlo cuando ese otro es un personaje público. Quienes se dedican a la política deberían mantener cierta distancia personal frente a sus donantes. El mecenazgo directo, desarrollado sin la mediación de fundaciones y partidos, borra la cuota de independencia que los políticos deben mantener frente a los grupos de interés. "Adoptar un político" debería estar prohibido, pero en nuestro medio no lo está. Pero, aunque lo prohibiéramos, "adoptar un político" nunca sería más que una infracción merecedora de multas o inhabilitaciones administrativas. No toda conducta inapropiada puede ser convertida automáticamente en un delito.
>
> Sin embargo, si las sospechas se confirman, en el caso de la señora Heredia se habría simulado, y esto es especialmente torpe, una asesoría profesional irreal para darle cierta "forma" a los aportes realizados a su favor. Si se trataba de un caso de mecenazgo personal (fuera de lo inapropiado que resultaría), los pagos debieron registrarse como donaciones sin efectos tributarios. Registrarlos como si fueran gastos de negocio sugiere que fueron descontados para fines de impuestos por quienes los hicieron. Y si el servicio era irreal, proceder de esta forma equivale a defraudar al fisco.

> Sin embargo, las consecuencias de un fraude de este tipo podrían haberse diluido hace ya varios años trasparentando las declaraciones tributarias de los aportantes, asumiendo las multas que la innecesaria simulación pueda haber generado y aceptando públicamente las responsabilidades que corresponden a lo que constituye una torpeza inaceptable y punto. Así de sencillo. La cuestión sobre la realidad o falta de realidad de los servicios declarados en este caso es una cuestión seria pero no irremediable, si los personajes de esta historia están en posición de asumir las cosas en su exacta dimensión. En cualquier caso siempre será una alternativa resolver el 'impasse' exhibiendo las evidencias que puedan mostrarnos a todos que los servicios registrados ante la administración tributaria como gastos fueron reales. Lo que en ningún caso tiene sentido es enredarse en respuestas complejas o elusivas tan complicadas como demandar por vía constitucional a una fiscalía que solo está intentando aclarar hechos no explicados hasta la fecha. Menos si existen protocolos para resolver este asunto de manera más simple.
>
> No merecemos, como ciudadanos, perder el tiempo en un asunto que jamás debió enredarse tanto[133]".

Si continúa la investigación, el Ministerio Público, tendrá que establecer si los fondos fueron enviados del extranjero para la campaña presidencial, y si fueron desviados y orientados a inversiones inmobiliarias personales, y hacerse la pregunta ¿Esto es delito? ¿Si lo es, encuadra en el delito fuente de lavado de activos penalizado en el país? ¿Quién es el agraviado del delito fuente? ¿Los donantes privados o estatales? ¿El Estado Peruano?

III. Formalización de la investigación preparatoria

Es el acto por el que se inicia oficialmente la investigación bajo control jurisdiccional. Los requisitos para que el fiscal dicte la disposición respectiva son los descritos en el artículo 366.1.

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.

(133) Véase: <http://elcomercio.pe/opinion/columnistas/caso-heredia-cesar-azabache-caracciolo-noticia-1792681> [Fecha de consulta: 2-4-2015].

La redacción de este artículo pareciera decir que las diligencias preliminares forman parte de la investigación preparatoria. Claro, porque si se dice que dispone la formalización y la continuación de la investigación preparatoria, si algo continúa, es porque ya se inició. Es de interpretar que cuando se informa al juez, este ritual implica que se inicia una etapa de control judicial de las actividades del Ministerio Público.

La disposición de formalización contendrá:

a) El nombre completo del imputado;

b) Los hechos y la tipificación específica correspondiente. El Fiscal podrá, consignar tipificaciones alternativas al hecho objeto de investigación, indicando los motivos de esa calificación;

c) El nombre del agraviado, si fuera posible; y,

d) Las diligencias que de inmediato deban.

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 de tal forma que se pueda realizar el control jurisdiccional a la actividad fiscal.

1. Efectos de la formalización de la investigación

Los efectos de la formalización preparatoria son dos:

- Suspender el curso de la prescripción de la acción penal.
- El fiscal perderá la facultad de archivar la investigación sin intervención judicial (art. 339).

Sobre el primer efecto, **la suspensión de la prescripción**, ha sido discutida por los jueces supremos reunidos en el VI Pleno Jurisdiccional dictándose el Acuerdo Plenario 1-2010/CJ-116. La suspensión implica que el plazo deja de correr porque se presenta una situación que impide la persecución penal. La continuación dependerá de la decisión de autoridad civil, administrativa, comercial o de familia. El término de la prescripción sufre una prolongación temporal.

En el Código Penal, el artículo 84 regula una forma de suspensión de la prescripción así: Si el comienzo o la continuación del proceso penal depende de cualquier cuestión que deba resolverse en otro procedimiento, se considera en suspenso la prescripción hasta que aquel quede concluido. El tiempo

anterior se sumará cuando se levante la suspensión al nuevo tiempo generado; y el tiempo de la suspensión no se computa para la prescripción extraordinaria.

El Pleno de Supremos enfatiza que el artículo 339.1 del NCPP se refiere a una suspensión de prescripción y que de ninguna manera se debe interpretar como que el legislador quiso decir **interrupción**. Entonces durante la formalización de la investigación preparatoria hasta la sentencia rige la suspensión y los plazos no corren.

El plazo no es ilimitado porque se reconoce al juez de investigación preparatoria facultades para controlar el plazo de dicho procedimiento.

Esta posición de la Corte Suprema conlleva a una pregunta: ¿cuál es el límite de la suspensión? En el razonamiento del máximo ente jurisdiccional, conlleva a señalar que una persona podría ser juzgada indefinidamente lo cual no es razonable en el espíritu de poder establecer un parámetro para la suspensión. Por ello consideramos que debiera hacerse una reformulación legal. Al parecer, el plazo de suspensión deja de correr cuando se dicta sentencia. No está muy clara la posición de la Corte Suprema. En el fondo, la suspensión tal como lo plantea la Suprema denominándola *sui generis* rompe con dos pautas. La primera, que se origina en una razón extra procesal o lo que es lo mismo "otro procedimiento". Además tenemos la contumacia, que parte de una suerte de sanción a un comportamiento del procesado con el afán que prescriba la acción penal al no acudir al juzgamiento.

Hay que considerar que fuera de lo que la doctrina en general reconoce como causas de suspensión como son la cuestión previa, la cuestión prejudicial, el antejuicio constitucional y el desafuero en el Acuerdo Plenario N° 6-2007/CJ-116 del dieciséis de noviembre de dos mil siete se establece como regla jurídica que la queja excepcional es **"otro procedimiento"** y que tiene por objeto que se dilucide si al denegarse un recurso de nulidad se hizo violando la Constitución o el denominado bloque de constitucionalidad y entonces se fija que desde que se presentó el recurso hasta la decisión de la Corte Suprema, el plazo de prescripción se entenderá suspendido y no se computará.

Si bien es cierto que en el artículo 3391.1 del NCPP el término empleado es suspensión, esta redacción ha sido una copia del artículo 233 a) del Código Procesal chileno, pero que tiene una concordancia con el artículo 96 del Código Penal chileno que dice que la prescripción se suspende desde que hay un procedimiento dirigido con el delincuente como bien anota Panta Cueva[134].

(134) PANTA CUEVA, David Fernando. "La prescripción en el Acuerdo Plenario N° 01-2010/CS-116. Análisis, críticas y perspectivas de solución". En: *Gaceta Penal y Procesal Penal*. Tomo 20, Gaceta Jurídica, Lima, febrero de 2011, p. 26.

Desde que el instituto de la prescripción está regulado por el cuerpo sustantivo el Código Procesal Penal debe ser sistemático con respecto a este lo que no se advierte del artículo 339.1 con el artículo 84 del Código Penal.

En el Acuerdo Plenario 1-2010/CJ-116 se desarrolla un discurso para diferenciar entre la suspensión y la interrupción considerando que el legislador expresamente ha señalado el término suspensión y esto someterlo a pautas interpretativas que al final atentan contra al plazo razonable.

Por esta razón es que se debe buscar una reformulación legislativa cambiando el término suspensión para concordar sistemáticamente con nuestro Código Penal. Esta concordancia normativa tiene sustento, por ejemplo, cuando en el artículo 6 e) del NCPP dice que opera la excepción de prescripción: "(…) cuando por el vencimiento de los plazos señalados por el **Código Penal** se haya extinguido la acción penal o el derecho de ejecución de la pena". O también en los procesos por delitos de función atribuidos a altos funcionarios públicos reglado por el artículo 450, inciso 9) que dice que el plazo que se refiere al artículo 99[135] de la Constitución no interrumpe ni suspende la prescripción de la acción penal de conformidad con el artículo 84 del Código Penal.

Sobre el segundo efecto tenemos que el fiscal pierde la facultad de archivar directamente la investigación preparatoria. La formalización de la investigación comunicándosela al juez, determina el control de garantías que este debe hacer del proceso. Si, por ejemplo, el fiscal para desarrollar sus indagaciones requiere medidas limitativas, la única autoridad que se la puede otorgar es el juez, por lo que resulta lógico que este proceso termine con una decisión jurisdiccional.

La Corte Suprema atendiendo que este Acuerdo Plenario era cuestionado por un sector minoritario de la judicatura que insistía que se debía entender como interrupción y no suspensión (Sentencia en el Exp. N° 00592-2008 Corte Superior de Justicia de Huaura), se planteó la necesidad de ser reevaluado en el I Pleno Jurisdiccional Penal, dictándose el Acuerdo Plenario 3-2012/CJ-116[136], que ratificando la validez de la regla jurídica del Acuerdo Plenario 1-2010/CJ-116, ha agregado otra regla jurídica para garantizar el plazo

(135) Artículo 99. Acusación Constitución. Corresponde a la Comisión Permanente acusar ante el Congreso: al presidente de la República; a los representantes al Congreso; a los ministros de Estado; a los miembros del Tribunal Constitucional; a los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura; a los vocales de la Corte Suprema; a los fiscales supremos; al Defensor del Pueblo y al Contralor General por infracción de la Constitución y por todo delito que cometan en el ejercicio de sus funciones y hasta cinco años después de que hayan cesado en estas.

(136) Publicado en el diario oficial *El Peruano* el 26 de julio de 2012.

razonable cuando se aplica la suspensión, que no podrá prolongarse más allá de un tiempo acumulado equivalente al plazo ordinario de prescripción más una mitad de dicho plazo. La crítica a esta decisión es que así como hemos sido partidarios que la suspensión de la prescripción tenga un plazo definido, sin embargo, esta facultad no puede ser cubierta con una interpretación sin base positiva, que es facultad del poder legislativo y no de la Corte Suprema, por más que se quiera "satisfacer las expectativas sociales" y se sustente en proyectos de Código Penal que nunca se aprobaron.

IV. Antecedente de la acusacion directa

Este modelo tiene su origen en el **giudizio direttissimo del** Código de Procedimientos Penal italiano de 1988 que dice:

> "Artículo 449.
>
> Los casos y formas de juicio directo
>
> 1. Cuando una persona fue detenida en flagrancia, el fiscal, si considera que puede proceder, puede "presentar directamente al acusado bajo custodia ante el tribunal de juicio, para la validación y el juicio, en cuarenta y ocho horas de arresto. Se aplica al juicio de validación lo dispuesto en el artículo 391 en cuanto sea compatible.
>
> 2. Si la detención no se ha validado, el juez devolverá el caso a la Fiscalía. El juez sin embargo, puede hacer juicio directo cuando el acusado y el fiscal lo consienten.
>
> 21. Si la detención es validada, se procede inmediatamente al juicio.
>
> 4. El Fiscal, cuando ya ha validado la 'detención', procede a solicitar juicio directo presentando al acusado en la audiencia a más tardar el trigésimo día de la detención, salvo que esto socave gravemente la investigación.
>
> 5. El fiscal también ira a juicio directo, excepto que este perjudique las investigaciones, en contra de la persona que en el curso de los interrogatorios ha hecho confesión. Si el acusado es liberado será citado a comparecer en una audiencia a más tardar el trigésimo días a partir de la entrada en el registro de denuncias de delitos. Si el acusado se encuentra en custodia por el hecho de que se procede será presentada en la audiencia por el mismo plazo.

> Cuando una persona fue retirado de emergencia en el hogar familiar en virtud del artículo 384 bis, el la policía puede poner al imputado para que el fiscal, requiera el juicio directo y para la validación simultánea de la detención en el próximo cuarenta y ocho horas, excepto si esto socava gravemente la investigación. En este caso, la policía deberá sin embargo, en el mismo plazo, pedir la citación para la validación de audiencia requiriendo al fiscal.
>
> 6. Cuando el delito por el cual y 'requiere el juicio directo está conectado con otros delitos de que carecen de las condiciones que justifican la elección de este rito, se procede por separado para y otros delitos contra los otros acusados, excepto que si socava gravemente la investigación. Si la reunión es esencial, en todos los casos superan lo común[137]".

El juicio directo en el Sistema Procesal italiano tiene supuestos que ha tomado el legislador peruano. Por ejemplo, la intervención en flagrancia o la existencia de amplia evidencia que conllevan a que el fiscal se ahorre la fase preparatoria. El límite es si el juicio directo afecta confesión de otros imputados, o pone en riesgo investigaciones conexas. Si hay detención, se debe validar judicialmente esa restricción como paso previo para el juicio directo.

> "Artículo 450.
>
> Establecimiento de juicio directo
>
> 1. Cuando proceda el juicio directo, el fiscal conduce directamente audiencia al acusado detenido en el acto o en prisión preventiva.
>
> 2. Si el acusado es liberado, el fiscal le cita a comparecer en la audiencia de juicio de manera directa. El término para que comparezca no puede ser inferior a tres días.
>
> 3. La citación deberá incluir los requisitos del artículo 429 apartado 1, letras a), b), c), f), con la indicación del tribunal competente para el juicio, así como la fecha y la suscripción. Aplica también la disposición del artículo 429 apartado 2.

(137) El D. L. 8 de junio 1992, n. 306 convertidos con enmiendas por la Ley 7 de agosto de 1992 n. 356 tiene dispuestos (con el art. 12 bis, párrafo 1) que "para los delitos relacionados con armas y explosivos, el público Ministerio dirigirá juicio incluso más allá de los supuestos previstos en los artículos 449 y 566 del Código de Procedimiento Penal, a menos que se necesitan investigaciones especiales".

4. El decreto, junto con el expediente previsto en el artículo 431, formado por la fiscalía, y presentado ante el secretario de la corte en la cual el juicio.

5. En el defensor es notificado sin demora por la notificación fiscal de la fecha fijada para juicio.

6. El defensor tiene derecho 'a inspeccionar y hacer copias, en la secretaría del público ministerio, la documentación relativa a las investigaciones llevadas a cabo'.

Artículo 451.

Desenvolvimiento del juicio directo

1. Durante el juicio directo observarán las disposiciones de los artículos 470 y siguientes.

2. La víctima y los testigos pueden ser mencionados verbalmente por un agente judicial o por un oficial de la policía judicial.

3. El fiscal, el imputado y la parte civil acusado podrá presentar los testigos del juicio sin citación.

4. El fiscal, fuera del caso previsto en el artículo 450 párrafo 2, se opone a los descargos de los acusados presentes.

5. El Presidente informa al acusado del derecho a pedir a los procedimientos abreviados o la aplicación de la pena de conformidad con el artículo 444.

6. El acusado será advertido del derecho de contar con un término para preparar su defensa no más de diez días. Cuando el acusado hace uso de este derecho, el juicio y suspendido hasta escuchar inmediatamente después del final del periodo".

El acusado tiene derecho a que se transforme el juicio directo en uno más lato como puede ser el juicio abreviado.

"Artículo 452.

Transformación del rito

1. Si se promueve el juicio directo fuera de los límites del artículo 449, el juez tiene por objeto la devolución de los documentos a la fiscalía.

2. Si el acusado pide un juicio abreviado, el tribunal, antes de que se declara abierto ensayo tiene por objeto la continuación del procedimiento en el marco del procedimiento abreviado. (Se observará, en su caso, las disposiciones de los artículos 438, párrafos 3 y 5, 441, 441-bis, 442 y 443; en el caso del artículo 441-bis, apartado 4, el tribunal revocó la orden en la que ordenó el sumario, fijó la audiencia para el juicio directo".

V. Acusación directa en el NCPP

El instituto de la Acusación Directa en el NCPP se aplica cuando 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, sin necesidad de formalizar investigación preparatoria (334.4 del NCPP).

Frente algunos vacíos se desarrolla la Acusación Directa en el Acuerdo Plenario Nº 6-2010/CJ-116 en el que se le conceptúa como un mecanismo de aceleración del proceso que busca evitar trámites innecesarios.

El contenido de la Acusación Directa está descrito en el artículo 349 del NCPP estando constituidos por:

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;

f) Tipificación legal;

g) El monto de la reparación civil;

h) Los medios de prueba que ofrezca para su actuación en la audiencia.

1. Control de acusación directa

El juez, previo traslado a las partes, deberá hacer el respectivo control de acusación pudiendo desestimar el requerimiento fiscal si hay causal de sobreseimiento (art. 338 del NCPP).

2. Disposición de formalización y acusación directa

El requerimiento acusatorio en el procedimiento de acusación directa cumple funciones de disposición de formalización de investigación preparatoria, en la medida que:

a) Individualiza al imputado;

b) Satisface el principio de imputación necesaria describiendo el hecho punible;

c) Establece la suficiencia probatoria señalando los elementos de convicción;

d) Determina cuantía de pena y se fija la reparación civil y;

e) Ofrece medios de prueba para su actuación en audiencia.

3. Acusación directa y medidas de coerción

Si el fiscal omite solicitar medida de coerción, el juez aplica la comparecencia simple. Excepcionalmente, si el fiscal requiere una medida más gravosa, la solicitará en una audiencia autónoma a la etapa intermedia de control de la acusación directa.

VI. Diligencias de la investigación preparatoria

Se entiende por diligencias a las actividades realizadas por la Fiscalía a efectos de cumplir con los objetivos de cada etapa de investigación en la que esta tiene la titularidad. Es el fiscal el que determine cuáles son las diligencias pertinentes y útiles que tiene que realizar.

El artículo 337.2 establece que las diligencias preliminares forman parte de la investigación preparatoria y que estas no podrán repetirse una vez formalizada la investigación; sin embargo, por excepción procede su ampliación si dicha diligencia resultase indispensable y se advierta un grave defecto en

su actuación o que ineludiblemente deba completarse como consecuencia de la incorporación de nuevos elementos de convicción.

1. Facultades del fiscal

- Puede disponer la concurrencia del imputado, del agraviado y de todas las personas que se encuentren en posibilidad de informar sobre circunstancias útiles para los fines de la investigación como los peritos, y que están obligados a comparecer ante la Fiscalía, y a manifestarse sobre los hechos objeto de investigación o emitir dictamen. Si no asisten injustificadamente, el fiscal puede ordenar su conducción compulsiva.

- Puede exigir informaciones de cualquier particular o funcionario público, emplazándoles en caso de incumplimiento.

Estando conocido que se está ante la aplicación del principio de igualdad de armas, el artículo 337.4 del NCPP establece que durante la investigación el imputado como los demás intervinientes podrán solicitar al fiscal todas aquellas diligencias que consideren pertinentes y útiles para el esclarecimiento de los hechos y es el fiscal el que las ordenará que se lleven a efecto aquellas que estimase conducentes.

Puede darse el caso que el fiscal rechaza la solicitud, entonces 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.

2. Condiciones de las actuaciones de investigación

Los actos de investigación no están sometidos totalmente a los principios del juzgamiento, pero mientras no se perturben los mismos el fiscal puede permitir la asistencia de los sujetos procesales en las diligencias que deba realizar, salvo las excepciones previstas por la Ley, por ejemplo, cuando se ha acordado el secreto. La intervención está condicionada a su utilidad para el esclarecimiento de los hechos, a que no ocasione perjuicio al éxito de la investigación o que no impida una pronta y regular actuación (art. 338.1). Si estamos ante el principio de igualdad de las partes ante la ley, el fiscal tiene derecho a armar su caso, actuando con objetividad. Si se permitiera que la defensa cree que debe participar en todo, como contrapartida también podría el fiscal intervenir en la estrategia defensiva.

Es obligación del fiscal velar 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 (art. 338.2).

El Fiscal, en el ejercicio de sus funciones de investigación, puede solicitar la intervención de la Policía. También tendrá facultades para autorizar 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 debe 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. Si ya lo hizo, no será necesario. Esto tiene sentido, puesto que en etapa de diligencias preliminares no hay intervención judicial y el fiscal tiene la facultad de decidir si formaliza o archiva la investigación. Por ley se fijan las excepciones, esto es, que en diligencias preliminares el fiscal solicite autorización judicial sin necesidad de formalizar la investigación preparatoria.

3. Conclusión de la investigación preparatoria

La investigación preparatoria concluirá si se ha cumplido los plazos fijados en el artículo 342[138] cuyo máximo se determina de acuerdo con la naturaleza de la materia investigada y son los siguientes:

1. El plazo de la investigación preparatoria es de ciento veinte días naturales. Solo por causas justificadas, dictando la Disposición correspondiente, el fiscal podrá prorrogarla por única vez hasta por un máximo de sesenta días naturales. Esto si se trata de investigaciones simples.

2. Si son investigaciones complejas, el plazo de la investigación preparatoria tiene como plazo máximo ocho meses. La prórroga hasta por ocho meses debe concederla el juez de la investigación preparatoria, ya no queda librado al arbitrio del fiscal como el caso anterior pues tiene que habilitarse una audiencia en la que el juez decidirá la ampliación en base a las justificaciones que señale el Ministerio Publico. La decisión es impugnable.

(138) Modificado por la Ley N° 30077 contra la criminalidad organizada.

Para generar el plazo de ocho meses 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;

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.

Si el fiscal solicita la ampliación hasta ocho meses tendrá que explicar las dificultades que se han tenido para realizar las diligencias que necesita para culminar su investigación.

4. Control del plazo

Sin necesidad que se venza el plazo máximo, el fiscal dará por concluida la investigación preparatoria cuando considere que ha cumplido su objeto. Esta regla es importante porque toma en cuenta el derecho al plazo razonable y además desde una perspectiva de eficacia la Fiscalía no puede esperar que venza el plazo máximo si ya cumplió su objeto.

Es una tautología decir que concluye la investigación cuando vence el plazo; sin embargo, en la práctica cuando un fiscal sigue investigando sin tomar en cuenta que el plazo legal ya venció, y no lo concluye formalmente, las partes pueden solicitar su conclusión al juez de la investigación preparatoria. El juez convocará a una audiencia de control de plazo, citando al fiscal y a las partes. Luego de ser oída a las partes el juez y, si comprobara que el plazo ya finalizó, dictará la resolución de conclusión de la investigación, o si no declarará infundado el pedido.

Si el juez ordena la conclusión de la investigación, 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 (art. 343 del NCPP).

Cuando el fiscal sin necesidad de audiencia de control de plazo decide regularmente la conclusión de la investigación, tiene el plazo de quince días para decidir si formula acusación, si existe base suficiente para ello o si requiere sobreseimiento de la causa. Estos actos procesales del fiscal dan inicio a la Etapa Intermedia (art. 344.1).

PARTE VII

LA ETAPA INTERMEDIA

Capítulo I
El sobreseimiento

El CPPMI tiene recomendaciones para el denominado Procedimiento Intermedio. El requerimiento acusatorio debe ser trasladado a los sujetos procesales así:

> "**267. Comunicación**. El tribunal ordenará la notificación del requerimiento del ministerio público al imputado y a las demás personas que hayan pretendido, con éxito o sin él, intervención en el procedimiento, con copia del escrito, colocando las actuaciones y los medios de prueba a su disposición en el tribunal, para su consulta, por el plazo de seis días, comunes para todos los intervinientes".

El acusado frente al traslado del requerimiento del Ministerio Publicito puede ejercitar las siguientes facultades:

> "**268. Imputado**. Dentro del plazo previsto, el imputado y su defensor podrán:
>
> 1) señalar los vicios formales en que incurre el escrito de acusación, requiriendo su corrección;
>
> 2) decidir las excepciones y oposiciones previstas en los artículos 236, 85 y 98;
>
> 3) formular objeciones contra el requerimiento del ministerio público, instando incluso el sobreseimiento (absolución anticipada) o la clausura;
>
> 4) señalar los medios de prueba que estime omitidos, requiriendo que los practique el tribunal".

El agraviado constituido en actor o parte civil dentro de su pretensión reparatoria puede realizar actuaciones a su favor como la renovación de actor civil si fue rechazada en la etapa preparatoria o el monto de la indemnización y la prueba:

> "**270. Partes civiles**. Dentro del mismo plazo podrán renovarse las instancias de constitución de las partes civiles que hayan sido rechazadas por el juez de la instrucción durante el procedimiento preparatorio.
>
> En este plazo, el actor civil ya constituido o que pretenda constituirse, según el párrafo anterior, deberá concretar detalladamente los daños emergentes del delito, cuya reparación pretende, indicando la reparación deseada o estimando, cuando sea posible, el importe de la indemnización. La falta de cumplimiento de este precepto se considerará como desistimiento de la acción".

Instalada la audiencia de la fase preparatoria, el tribunal podrá adoptar las siguientes decisiones en respuesta a las cuestiones planteadas (art. 273).

1) Si se constatan vicios formales en la acusación, los designará detalladamente y ordenará al Ministerio Público su corrección. Es lo que en el sistema peruano le denominamos control formal.

2) Resolverá las instancias de constitución y en caso de excepciones u oposiciones, dictará la resolución que corresponda.

3) Dictará el auto de apertura del juicio o, de lo contrario, sobreseimiento (absolución anticipada), la clausura del procedimiento o el archivo.

La resolución que recaiga será notificada a todos los intervinientes y para finalizar deberá dictar el auto de apertura a juicio (art. 274) la que deberá contener:

1. La designación del tribunal competente para el juicio

2. Las modificaciones con que admite la acusación, indicando detalladamente las circunstancias de hecho omitidas, que deben formar parte de ella la orden de interponer acusación cuando rechace el sobreseimiento (absolución anticipada) o la clausura pedidos por el ministerio público, caso en el cual se individualizará al imputado y determinará el hecho punible.

3. La designación concreta de los hechos por los que no se abre el juicio, cuando la acusación ha sido interpuesta por varios hechos y el tribunal solo la admite parcialmente.

4. Las modificaciones en la calificación jurídica cuando se aparte de la acusación.

Además el tribunal del procedimiento intermedio, deberá pronunciarse sobre las medidas de coerción (art. 275). Acerca de la procedencia o la subsistencia de la prisión preventiva o la internación provisional, disponiendo en su caso, la libertad del imputado. El tribunal citará a todas las partes para que dentro de un plazo de 10 días comparezcan a juicio ante el tribunal designado, constituyan domicilio y ofrezcan prueba, y remitida todas las actuaciones, la documentación y las cosas secuestradas, a la sede del tribunal competente para el juicio, poniendo a su disposición los detenidos que hubiera.

En la doctrina se considera que la fase intermedia se funda en la idea en que los juicios deben ser preparados convenientemente y se debe llegar a ellos luego de una actividad responsable(139). Esta es una fase de saneamiento, de control de la acusación o del requerimiento de sobreseimiento. Ante la petición de requerimiento, el juez puede dictar auto de sobreseimiento o puede elevar al fiscal superior, siendo esta regla un rezago del modelo inquisitivo. El fiscal superior puede confirmar la abstención de la acción penal y allí termina todo. También puede ordenar acusar y lo hace otro fiscal.

En el modelo establecido por el Código de Procedimientos Penales de 1940 en la etapa intermedia aparentemente solo hay un control formal de la acusación. La acusación vincula a la Sala Superior y solo puede examinar si cumple los requisitos formales para pasar a juicio oral. Actualmente, tratando de acercar el actual modelo al sistema acusatorio, se ha debatido la idea que si la Sala solo debe abrir juicio oral o denegarlo cuando hay acusación. La regla es que la Sala solo podía dictar auto de enjuiciamiento; pero eso sería no reconocer que existe una división de funciones entre el Ministerio Público y la Sala Penal y este es un punto que ha sido debatido en plenos jurisdiccionales como el de 2008(140) en Lima que se planteó la siguiente pregunta: ¿Producida la acusación (etapa intermedia), la Sala Penal, está vinculada con dicha acusación o puede ejercer facultades jurisdiccionales de control? Y por mayoría se aprobó lo siguiente: **"Producida la acusación fiscal**, **la Sala Penal debe ejercer facultades jurisdiccionales de control"**. Sin embargo, no se estableció si el control era formal o material. El Pleno de jueces supremos en el acuerdo sobre control de la acusación con carácter vinculante desarrolla solo control formal en el modelo del Código de Procedimientos Penales de 1940.

(139) BINDER, Alberto. *La fase intermedia. Control de la investigación. Selección de lecturas*. Instituto de Ciencia Procesal Penal. Lima. 2008, p. 215.

(140) Véase: <http://www.pj.gob.pe/CorteSuprema/cij/documentos/PlenoNacPenal2008(Lima)_220310.pdf>. [Fecha de consulta 14 de agosto de 2013].

Una decisión importante dentro de la etapa intermedia es la admisión de los medios de prueba. Para tal efecto, se aplican las reglas establecidas en el numeral 5 del artículo 352 del NCPP que son:

- Que la petición contenga la especificación del probable aporte a obtener para el mejor conocimiento del caso, esto es, que tiene que existir un dato relevante para las partes.

- 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. La pertinencia es que el dato ofrecido tenga vínculo con el objeto de la imputación, la conducencia que la prueba tenga idoneidad legal para demostrar determinado hecho, y la utilidad está referida a que el aporte sea lo contrario a lo superfluo o irrelevante.

En el Acuerdo Plenario N° 5-2008/CJ-116 de Lima, trece de noviembre de dos mil nueve se dice:

> "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".

I. El sobreseimiento

En el CPPMI al sobreseimiento le denomina absolución anticipada y que trae como consecuencia la clausura de la persecución penal. El sobreseimiento se dictara si se dan los siguientes supuestos:

1. Cuando resulte con evidencia la falta de alguna de las condiciones que habilita la imposición de una pena, salvo que correspondiere proseguir el procedimiento para decidir exclusivamente sobre la aplicación de una medida de seguridad y corrección.

2. Cuando, a pesar de la falta de certeza no existiere, razonablemente, la posibilidad de incorporar nuevos elementos de prueba y fuere imposible requerir, fundadamente, la apertura del juicio (art. 278).

La resolución de sobreseimiento en el modelo peruano se dicta en un auto, mientras que en la nomenclatura del CPPMI se le denomina sentencia (art. 279) cuyo contenido es el siguiente:

1) La identificación del imputado.

2) La descripción del hecho que se le atribuye.

3) Los fundamentos.

4) El dispositivo, con cita de las disposiciones penales aplicables.

Una vez dictada la sentencia de sobreseimiento generara como consecuencias, la libertad del imputado privado de libertad. El sobreseimiento firme cierra irrevocablemente el proceso con relación al imputado en cuyo favor se dicta, inhibe su nueva persecución penal por el mismo hecho y hace cesar todas las medidas de coerción motivadas en ese hecho.

El sobreseimiento es en el fondo un desistimiento reglado por normas públicas, de la acción penal, facultad sobre la que tiene disposición el Ministerio Público; entonces, cuando el Poder Judicial le enmienda la plana sin una alta razón constitucional, se afecta el principio acusatorio.

En el Derecho Procesal alemán, el procedimiento se sobresee por:

a) Motivos procesales. Cuando se comprueba existencia de un impedimento procesal como la prescripción.

b) Motivos de derecho material. Cuando el hecho como tal no resulta punible.

c) Motivos fácticos. Ya sea porque resulte la inocencia del imputado o porque no se puede comprobar que este cometió el hecho.

En los supuestos de aplicación del principio de oportunidad, la decisión de la fiscalía no tiene calidad similar a la cosa juzgada, pues puede reanudar en todo momento el procedimiento, a excepción del principio de oportunidad. Es necesario que hayan aparecido nuevos hechos de cargo(141).

(141) ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. P. Traducción de la 25ª edición alemana por Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor. Ob. cit., p. 335.

1. Trámite del control del requerimiento de sobreseimiento

En tanto está sujeto al control judicial al haber sido formalizada la investigación, el trámite contempla los siguientes pasos:

- El fiscal enviará al juez 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.

- 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.

- Vencido el plazo del traslado, el juez citará al fiscal y a las partes 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 (art. 345).

Se entiende que las oposiciones serán presentadas por escrito, como requisito formal de admisibilidad. Si solo se plantean en la audiencia, serán rechazadas de plano. Esto se infiere del traslado que hace el juez a las partes dándole un plazo para oponerse, y la única forma es hacerlo por escrito.

2. Pronunciamiento del juez

El plazo para hacerlo será dentro del plazo de 15 días, se entiende desde que culminó la audiencia de control de requerimiento de sobreseimiento. Tiene tres opciones:

a) Si considera fundado el requerimiento fiscal, dictará auto de sobreseimiento.

b) 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. El fiscal superior se pronunciará en el plazo de diez días. Con su decisión culmina el trámite. Si el Fiscal Superior ratifica el requerimiento de sobreseimiento, el Juez inmediatamente y sin trámite alguno dictará auto de sobreseimiento. Si el fiscal superior no está de acuerdo con el requerimiento del fiscal Provincial,

ordenará a otro fiscal que formule acusación, que será controlado posteriormente en la audiencia respectiva.

c) El juez considera admisible la oposición al archivo presentado por partes legitimadas 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 (art. 346).

La Sala de Apelaciones de Huaura Exp. N° 542-06 Huacho 14 de marzo de 2007 resolvió respecto de la necesidad de una ampliación lo siguiente: "Dado que se trata de un proceso iniciado con el régimen del Código de Procedimientos Penales de 1940 que se ha adecuado al nuevo modelo procesal penal debe concederse un plazo ampliatorio de investigación a fin que se realicen las diligencias necesarias para el debido esclarecimiento de los hechos y se pueda determinar o no con mayor precisión la responsabilidad penal de los imputados".

3. Auto de sobreseimiento

Es la resolución firme, dictada por órgano jurisdiccional competente en la fase intermedia mediante el 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(142). En el Derecho Procesal Penal Alemán, el sobreseimiento es una decisión del Ministerio Público y que la puede sustentar por **motivos procesales** como cuando hay prescripción, por **motivos de derecho material**, cuando el hecho no es punible, o por **motivos fácticos,** porque el investigado es inocente o no se compruebe quién cometió el hecho(143).

II. Clases de sobreseimiento

1. Sobreseimiento total

Cuando comprende todos los delitos y a todos los imputados; y parcial cuando solo se circunscribe a algún delito o algún imputado, de los varios que son materia de la Disposición de Formalización de la Investigación Preparatoria**.**

(142) SAN MARTÍN CASTRO, César. Ob. cit., Vol. 1, p. 451.
(143) ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal.* P. Traducción de la 25ª edición alemana por Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor. Ob. cit., p. 337.

2. Sobreseimiento parcial

Cuando en el proceso subsisten otros delitos o imputados no comprendidos en el auto de sobreseimiento.

La fiscalía puede opinar que sobre determinados imputados puede solicitar sobreseimiento y respecto de otros acusarlos. Esta decisión del fiscal obliga a presentar requerimientos mixtos: acusatorio y no acusatorio. En principio, se pronunciará acerca del requerimiento de sobreseimiento. Culminado el trámite, abrirá las actuaciones relativas a la acusación fiscal (art. 348).

El artículo 352 del NCPP, en el numeral 4, lo contempla como una decisión adoptada en la audiencia preliminar que el juez dicte la resolución de sobreseimiento la que podrá darse de oficio o a pedido del acusado o su defensa cuando concurran los requisitos establecidos en el numeral 2) del artículo 344 que dice que el sobreseimiento procede cuando:

- **El hecho objeto de la causa no se realizó o no puede atribuírsele al imputado**, es decir, que durante la investigación preparatoria no haya podido establecerse la realización de la conducta investigada, o si se realizó la conducta y hay daño a bienes jurídicos, esta no se le puede imputar al investigado.

- **El hecho imputado no es típico.** Esto es, que la conducta no se subsume en sus aspectos objetivos y subjetivos en un tipo penal; o, por otro lado, no concurre una causa de justificación, de inculpabilidad o de no punibilidad. Para ilustrar esta causal podemos referirnos al Exp. N° 2006-00938-0-1308-SP-PE-1 Sala de Apelaciones de Huaura Huacho 8-03-2007 que señala que "al no haberse verificado la existencia de dolo en la conducta prohibida es posible disponer el sobreseimiento por razones de atipicidad. Además debe tenerse en cuenta el principio de mínima intervención del Derecho Penal"(144). En similar línea tenemos al Exp. N° 2007-00110-0-1308-SP-PE-1 Sala de Apelaciones de Huaura - Huacho 13-06-2007 que sustenta el sobreseimiento en el hecho que "el imputado actuó en ejercicio de su cargo de Jefe de Operaciones dando cumplimiento a una resolución administrativa por lo que los hechos imputados deben dilucidarse en la vía extra penal. No existe el elemento subjetivo en el accionar del imputado por lo que la conducta resulta ser atípica. Asimismo, debe

(144) ESPINOZA GOYENA, Julio César. Ob. cit., p. 131.

aplicarse la eximente de, responsabilidad penal consistente en haber obrado en ejercicio legítimo de un cargo"[145].

- **La acción penal se ha extinguido**. Por varias razones como la muerte del imputado, la prescripción, la amnistía, etc.

- **No se puede incorporar nuevos datos a la investigación y no haya elementos de convicción suficientes para ir a juicio.** La imposibilidad implica el agotamiento de las fuentes de datos para aumentar la información recabada en la investigación preparatoria. Esta carencia de información es determinante, pues no permitirá que fundadamente se realice el enjuiciamiento del imputado. El análisis de esta carencia debe hacerse dentro de una perspectiva estratégica.

III. Formalidades

El Auto de sobreseimiento deberá expresar:

a) Los datos personales del imputado. Esta información es elemental, pues como prácticamente es una declaración de inocencia, el imputado tiene derecho a que se señale claramente que contra él se dirigió la investigación formalizada.

b) La exposición del hecho objeto de la Investigación Preparatoria. Este dato es sustancial porque sobre el mismo no podrá realizarse investigación posterior ya que tendrá la calidad de cosa juzgada con relación al imputado en cuyo favor se dicte el auto.

c) Los fundamentos de hecho y de derecho.

d) La parte resolutiva, con la indicación expresa de los efectos del sobreseimiento que correspondan.

Si existiesen medidas coercitivas, personales y reales, que se hubieren expedido contra la persona o bienes del imputado se dispondrá su fenecimiento.

IV. Impugnación

Contra el auto de sobreseimiento procede recurso de apelación. La impugnación no impide la inmediata libertad del imputado a quien favorece (art.

(145) Ibídem, p. 136.

347.3). El problema es determinar si mediante el recurso de apelación la Sala Superior puede disponer que la Fiscalía acuse, lo que no se concibe, sin afectar el principio acusatorio. El problema es mayor si se recurre el sobreseimiento que ha sido resultado de la confirmación del Fiscal Superior del requerimiento de sobreseimiento del fiscal provincial, luego de ser elevado por el juez. Frente a este caso tenemos la respuesta en el Exp. N° 2007-00019-0-1308-SP-PE-1 Sala de Apelaciones de Huaura - Huacho 6-03-2007 que señala que el sobreseimiento dispuesto como resultado del procedimiento de forzamiento de la acusación fiscal es irrecurrible, por lo que debe declararse la nulidad e inadmisible el recurso de apelación que se interponga contra dicho auto de sobreseimiento. La acción penal es una facultad exclusiva del Ministerio Público, por lo que a falta de esta el proceso debe llegar a su fin(146).

V. Facultad de apelación de la parte civil en el Código de Procedimientos Penales de 1940

El recurso impugnatorio de la parte civil a un auto de sobreseimiento (Proceso Sumario) si bien no está señalado expresamente en el Decreto Legislativo 124; sin embargo, es de aplicación el Código de Procedimientos Penales que en su artículo 221 establece que el auto de no haber mérito (equivalente al auto de sobreseimiento) puede ser impugnado (vía recurso de nulidad).

La parte civil está legitimada para presentar recursos impugnatorios como se establece en el artículo 54 de Código de Procedimientos Penales, en tanto le cause agravios, ya que está judicializado y en consecuencia cualquier decisión del Ministerio Público debe culminar con una decisión judicial que puede ser impugnada por la parte civil. Esto se reconoce incluso en el NCPP del 2004 que nos puede servir de ilustración, ya que en el artículo 339.2 se describe que uno de los efectos de la formalización de la investigación es que el fiscal pierde la facultad de archivar la investigación sin intervención judicial y cuando hay requerimiento de sobreseimiento conforme al artículo 346.1 el juez si declara fundado el pedido, dictará auto de archivo y el artículo 347.3 del acotado que dice que contra el auto de sobreseimiento procede recurso de apelación. Esto nos lleva a la conclusión que la parte civil no puede apelar un dictamen fiscal directamente; pero si impugnar el auto judicial que da su conformidad e indirectamente cuestionar el dictamen no acusatorio.

(146) Ibídem, p. 131.

VI. Jurisprudencia de la Corte Suprema y la posibilidad de cuestionar el sobreseimiento

La Sala Penal Permanente en la queja Nº 1678-2006 Lima de fecha trece abril de dos mil siete ha establecido como precedente vinculante la siguiente regla jurídica:

> "(…) que la función de acusación es privativa del Ministerio Público y, por ende, el juzgador no ha de sostener la acusación; que esto último significa, de acuerdo al aforismo nemo iudex sine acusatore, que si el Fiscal no formula acusación, más allá de la posibilidad de incoar el control jerárquico, le está vedado al órgano jurisdiccional ordenar al Fiscal que acuse y, menos, asumir un rol activo y, de oficio, definir los ámbitos sobre los que discurrirá la selección de los hechos, que solo compete a la Fiscalía: el presupuesto del juicio jurisdiccional es la imputación del Fiscal; que, por tanto, si el órgano judicial está conforme con el dictamen no acusatorio del Fiscal Provincial y, por ello, no decide incoar el procedimiento para forzar la acusación, y si a continuación, con motivo del recurso de apelación de la parte civil, el Fiscal Superior igualmente emite un dictamen no acusatorio, ratificando el parecer del Fiscal Provincial –es de recordar al respecto que el Ministerio Público, a nivel institucional, está regido por el principio de unidad en la función y dependencia jerárquica, de suerte que, en estos casos, prima el parecer del Superior Jerárquico y si este coincide con lo decidido por el Fiscal inferior concreta y consolida la posición no incriminatoria del Ministerio Público-no existe posibilidad jurídica que el órgano jurisdiccional de Alzada dicte una resolución de imputación (…)".

Sin perjuicio de la regla anterior la Corte Suprema en la misma ejecutoria suprema queja Nº 1678-2006, establece que se puede emplear al juicio ponderativo de bienes jurídicos y dejar sin efecto los dictámenes fiscales cuando se dé los siguientes supuestos:

> "(…) que, no obstante ello, como ha venido sosteniendo esta Suprema Sala en reiterada jurisprudencia, y pese a lo expuesto, es posible -asumiendo una ponderación de otros derechos fundamentales en conflicto-una anulación del procedimiento cuando, de uno u otro modo, y de manera especialmente relevante, se afecte el derecho a prueba de la parte civil -que integra la garantía constitucional de defensa procesal-o la decisión fiscal incurra en notorias incoherencias, contradicciones o defectos de contenido que ameritan un nuevo pronunciamiento

fiscal y, en su caso, la ampliación de la propia instrucción, tales como se omite valorar determinados actos de investigación o de prueba, no se analiza determinados hechos que fueron objeto de la denuncia fiscal y del auto de apertura de instrucción, así como, desde otra perspectiva, se niega inconstitucionalmente la actuación de prueba pertinente ofrecida oportunamente en la oportunidad, el modo y forma de ley por la parte civil o cuando admitida la prueba no se actúa en función a situaciones irrazonables, que no son de cargo de aquella; que, en el presente caso, no se ha producido ninguna de las situaciones de excepción ancladas en el derecho a la prueba o a la completa valoración de los hechos que integran la instrucción judicial, por lo que, la invocación del principio acusatorio como motivo suficiente para confirmar el sobreseimiento, es legalmente correcto y no infringe precepto constitucional alguno".

Capítulo II
La acusación

I. La teoría del caso del Ministerio Público

En el procedimiento actual, la teoría del caso es construida desde la formalización de la investigación preparatoria y se concreta en la acusación del Ministerio Público. Desde su propia perspectiva, la defensa del imputado puede construir una teoría del caso en refutación a la Fiscalía que buscará probar en juicio.

El concepto de la teoría del caso lo tenemos en lo manifestado por el profesor Ricardo Abdalá Ricaurte que considera que es el planteamiento que el Ministerio Público o el defensor hacen sobre los hechos penalmente relevantes, las pruebas que los sustentan y los fundamentos jurídicos que la apoyan. El caso está constituido por tres componentes: fáctico, es decir, hechos; el otro, jurídico y el tercero probatorio(147).

Para Baytelman y Duce, la teoría del caso consiste en la narración del hecho y prueba de esa narración en juicio, que hace cada parte, con la finalidad de persuadir al juzgador a favor de su tesis(148).

También se señala que es la tesis o propuesta de solución que las partes dan a los hechos que son objeto de controversia. Es lo que se pretende que el juez crea y que supone que cada parte toma una posición frente a los hechos, la evaluación de las pruebas y la calificación jurídica de la conducta(149).

(147) Citado por la Secretaría Técnica de Implementación del Código Procesal Penal. Curso Taller dirigido a operadores del Distrito Judicial de Huaura. Edición digital 2006, p. 51.
(148) Ídem.
(149) Dirección Nacional de Defensoría Pública. Habilidades comunicativas del defensor en el juicio oral. Financiado por USAID. Colombia, p. 41.

II. Funciones de la teoría del caso

- Sirve de objetivo para el planteamiento de la investigación.
- Identifica el tema de controversia y los hechos jurídicamente relevantes que permite que se realice el trazado de las estrategias del acusador y la defensa.
- Determinar cuáles son los medios de prueba relevante que han de ser obtenidos en juicio.
- Facilitar el interrogatorio y contra interrogatorio de testigos.
- Define los temas y la organización de los alegatos de apertura y finales.

La teoría del caso, para Fontanet Maldonado, está constituida en el lado de la Fiscalía, por la naturaleza del delito que intenta probar, las circunstancias en que se cometió el hecho, los medios de prueba de que se pretende valer para justificar la acusación. Y en el caso de la defensa dice que el acusado expondrá en forma concisa los medios de prueba que intenta valerse y practicará las pruebas que tenga en su apoyo(150).

La teoría del caso del Ministerio Público está expresada en el artículo 349 del CPP que enumera las partes de la acusación fiscal y que son:

- Los datos que sirvan para identificar al acusado;
- La relación clara y precisa del hecho que se atribuye al imputado, con sus circunstancias precedentes, concomitantes y posteriores. En caso de pluralidad de hechos el detalle de cada uno de ellos;
- Los elementos de convicción;
- La participación del acusado;
- La relación de circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal que concurran;
- La tipificación penal y la cuantía de la pena. También se faculta al Ministerio Público calificar la conducta del imputado en un tipo penal

(150) FONTANET MALDONADO, Julio E. *Principios y técnicas de la práctica forense*. 2ª edición, Editores Jurídicas, Puerto Rico, 2002. p. 185.

distinto cuando no se demuestren en el juicio oral los elementos que componen su calificación jurídica principal y facilitar la defensa del imputado.

- El monto de la reparación civil, los bienes embargados o incautados al acusado, o tercero civil y la persona que corresponda percibirlo.

- Los medios de prueba para su actuación en audiencia. La lista de testigos y peritos. Reseña de otros medios de prueba que ofrezca.

III. Naturaleza de la acusación

Es una facultad del Ministerio Público a efectos de solicitar el procesamiento de una persona, desarrollando en su contenido la individualización del acusado, el hecho imputado, la tipificación, los medios de prueba a actuarse en juicio, las circunstancias modificativas, y la solicitud de pena y reparación civil.

La acusación delimita el objeto del proceso, haciendo con ello posible una adecuada defensa y fijando los límites de la sentencia. Por eso, la acusación debe ser concreta, pues si no se prestaría a la injusticia y arbitrio judicial(151).

Según el modelo del 2004 es en la investigación preparatoria donde se reúnen las evidencias a efectos de poder presentar la acusación que será examinada por el juez de la etapa intermedia teniendo como finalidad: 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;** 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.**

Para Gimeno Sendra, una vez concluida la instrucción y dentro de la fase intermedia en el plazo legal el Fiscal puede presentar el escrito de acusación que es un acto de postulación en que esta parte procede a formalizar la pretensión punitiva descansando en las máximas romanas *ne procedat iudex ex officio y nemo iudex sine acusatore*(152).

(151) *Enciclopedia OMEBA*. Tomo I, Driskill, Buenos Aires, 1986, p. 460.
(152) GIMENO SENDRA, Vicente. *Lecciones de Derecho Procesal Penal*. Ob. cit., pp. 325-326.

Sobre este tema del control de la acusación es conveniente examinar el Acuerdo Plenario N° 6-2009/CJ-116[153] dado en Lima, el 13 de noviembre de 2009, que se planteó como problema definir e identificar 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.

El Acuerdo Plenario 6-2009/CJ-116 **ha** establecido que **la acusación fiscal** es un acto de postulación del Ministerio Público que tiene el monopolio en los delitos sujetos a persecución pública y que con la acusación la Fiscalía fundamenta y deduce la pretensión penal que en el fondo es una petición fundamentada dirigida al órgano jurisdiccional para que imponga una sanción penal a un imputado de un cargo penal.

Sin embargo, nos recuerda el Pleno que la Fiscalía en base al principio de legalidad u obligatoriedad, está obligada a acusar cuando las investigaciones ofrecen base suficiente sobre la comisión del hecho punible atribuido al imputado y esta pauta está expresamente señalada en el artículo 344, inciso uno del NCPP que dice que dispuesta la conclusión de la Investigación Preparatoria el fiscal decidirá en el plazo de quince días si formula acusación, **siempre que exista base suficiente para ello**. Esta orientación va en concordancia con pautas jurisprudenciales establecidas por el Tribunal Constitucional. El intérprete supremo de la Constitución ha impuesto reglas para controlar al Ministerio Público en sus fines persecutorios, que fluyen del Exp. N° 6167-2005-PHC/TC Caso Fernando Cantuarias Salaverry dado en Lima el 28 de febrero de 2006 que dice lo siguiente:

> "**Principio de interdicción de la arbitrariedad**
>
> 30. Desde la consolidación del Estado de derecho surge el principio de interdicción de la arbitrariedad, el mismo que tiene un doble significado, tal como ha sido dicho en anterior sentencia: "a) En un sentido clásico y genérico, la arbitrariedad aparece como el reverso de la justicia y el derecho. b) En un sentido moderno y concreto, la arbitrariedad aparece como lo carente de fundamentación objetiva; como lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a

(153) Ver en web del Poder Judicial <www.pj.gob.pe>. [Fecha de consulta: 18 de octubre de 2014].

> toda decisión. Es decir, como aquello desprendido o ajeno a toda razón de explicarlo. En consecuencia, lo arbitrario será todo aquello carente de vínculo natural con la realidad". (Exp. N° 090-2004 AA/TC).

El TC formula una definición de la arbitrariedad concibiéndola como lo contrario de la justicia y además como carente de razonamiento, incongruente y sin conexión con la realidad. Lo arbitrario es ilegal e inicuo.

> "Adecuando los fundamentos de la referida sentencia a la actividad fiscal, es posible afirmar que el grado de discrecionalidad atribuido al fiscal para que realice la investigación sobre la base de la cual determinará si existen elementos suficientes que justifiquen su denuncia ante el juez penal, se encuentra sometida a principios constitucionales que proscriben: a) actividades caprichosas, vagas e infundadas desde una perspectiva jurídica; b) decisiones despóticas, tiránicas y carentes de toda fuente de legitimidad; y c) lo que es contrario a los principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídica".

Manifestaciones de la arbitrariedad en la función fiscal es cuando este se convierte en una máquina de acusación, cuando su norte no es la justicia sino el perseguir el delito a toda costa sin fundamentos, con débiles elementos de convicción o de juicio. Por ello, el TC señala que el Ministerio Público en su labor de investigación no está exento de control constitucional.

IV. Trámite de acusación

El escrito de acusación se correrá traslado a las partes a efecto que formulen sus objeciones dentro del plazo de 10 días. Se entiende que este es un requisito de admisibilidad para que en la audiencia se pueda debatir las objeciones:

- Observar la acusación del fiscal por defectos formales, requiriendo su corrección. Por ejemplo, el nombre del imputado está mal escrito, errores en la descripción del tipo penal.

- Deducir excepciones y otros medios de defensa, cuando no hayan sido planteadas con anterioridad o se funden en hechos nuevos. Durante la investigación preparatoria pueden presentarse estos medios de defensa técnicos. Son rechazados, pues solo se admitirá los que versen sobre hechos nuevos y distintos.

- Solicitar la imposición o revocación de una medida de coerción, tanto las personales como las reales. También pueden solicitar la actuación

de prueba anticipada si se diera el supuesto de urgencia (un testigo enfermo, por ejemplo).

- Pedir el sobreseimiento. Esta petición implica la necesidad de ser amparada realizando un control sustancial de la acusación.

- Instar la aplicación, si fuere el caso, de un criterio de oportunidad, esto es, una salida negociada o alternativa de tal forma que si hay éxito el fiscal se abstenga de ejercitar la acción penal.

- Ofrecer medios de 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, a efectos de ser examinados en cuanto a su pertinencia, idoneidad y legalidad.

- Presentar los documentos que no fueron incorporados antes, o señalar el lugar donde se hallan los que deban ser requeridos, indicando su pertinencia.

- 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.

- Plantear cualquier otra cuestión que tienda a preparar mejor el juicio, que es la finalidad de la etapa intermedia (art. 350.1).

V. Propuesta de convenciones probatorias

Los demás sujetos procesales podrán proponer los hechos que aceptan y que el juez dará por acreditados, obviando su actuación probatoria en el juicio.

Proponer acuerdos acerca de los medios de prueba que serán necesarios para que determinados hechos se estimen probados.

El juez tiene la facultad, exponiendo los motivos que lo justifiquen, de desvincularse de esos acuerdos. Si no fundamenta especialmente las razones de su rechazo, carecerá de efecto la decisión que los desestime.

VI. Inobservancia del plazo legal para formular acusación fiscal y caducidad

Es de recordar que las reglas vinculantes emanadas de la sentencia de Casación Nº 54-2009-La Libertad del veinte de julio de dos mil diez respecto a si era posible que opera la caducidad cuando el fiscal no presentaba su acusación dentro del plazo de 15 días ha concluido que cuando el apartado 2) del artículo 144 NCPP se refiere a la regulación de la actividad de jueces y fiscales, debe ser entendido en relación a aquellas actividades relacionadas al ejercicio de la acción penal –en caso de fiscales– como sería formular acusación; y expedir resoluciones en caso de jueces, las cuales al estar en estrecha relación con las funciones que la Constitución le asigna al Ministerio Público y al Poder Judicial de manera exclusiva y excluyente no pueden ser sancionadas con la caducidad del plazo establecido por ley para emitir su dictamen o resolución, lo cual importaría una vulneración de las citadas normas constitucionales.

Los jueces supremos en el décimo considerando señalan que si bien la ley establece un plazo para la formulación de la acusación (quince días, según lo dispuesto en el artículo 344.1 del NCPP); el requerimiento fiscal, acusatorio o no acusatorio, sin embargo, tiene lugar no como el ejercicio de una facultad discrecional del Ministerio Público sino como la ejecución de una obligación indispensable o necesaria para la continuación del proceso, sea para definir la clausura de la causa a través del sobreseimiento o para abrir la etapa principal de enjuiciamiento.

Los jueces supremos precisan la regla que el requerimiento fiscal –acusatorio o no acusatorio– es la expresión de un deber funcional ineludible: el proceso penal no se concibe sin su ejercicio. Por tanto, el incumplimiento de los plazos legalmente previstos para su emisión, por su carácter de acto necesario para el proceso, solo acarrea responsabilidad disciplinaria como lo establece el artículo 144.2 NCPP; tienen que ser cumplidos aunque se hubiese producido su término final.

VII. Control formal en el NCPP

El Acuerdo Plenario Nº 6-2009/CJ-116 **indica** que el **control formal** de la acusación fiscal, (que también procede de oficio por el juez, porque la revisión del cumplimiento de los requisitos legales de un acto procesal trascendente y la validez de la serie procesal constituye una facultad judicial) tiene sustento en el artículo 350.1 a) del NCPP que autoriza a las partes **observar la acusación por defectos formales**.

El Acuerdo Plenario señala que el control formal comprende los supuestos descritos en el párrafo 9 en relación con el artículo 349 del Código Procesal Penal, esto es, los requisitos de la acusación fiscal y si hay defectos y son considerados por el juez este procederá conforme al artículo 352.2[154] del Código Procesal Penal adoptando una decisión inmediata de devolución de los actuados al Fiscal, con la necesaria suspensión de la audiencia, siempre que se requiera de "(…) un nuevo análisis del Ministerio Público".

En el Exp. 496-2007 JIP-Huaura del 11-07-2007 se señala que según el NCPP la acusación fiscal debe contener la relación clara y precisa del hecho imputado así como sus circunstancias precedentes, concomitantes y posteriores. Al no haberse descrito en la acusación en qué consistió específicamente la conducta típica y no haberse detallado la imputación con la precisión que exige el artículo 349.1.b) de la Ley Procesal Penal, debe devolverse la acusación al Ministerio Público para que dicho órgano corrija el defecto advertido, debiéndose continuar con la audiencia preliminar luego de que se realice la referida subsanación[155].

VIII. Control sustancial en el NCPP

El Pleno de jueces supremos en su **considerando** catorce señala que 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 del NCPP, y de la deducción de excepciones, solo es posible si se presentan los requisitos que permiten el sobreseimiento de la causa y que están detallados en el artículo 344.2 del acotado–.

Este control por las reglas del artículo 352 numeral 4 del NCPP, puede ser realizado de oficio. Al juez de la investigación preparatoria le corresponde decretarla, cuando la presencia de los requisitos del sobreseimiento es visible y clara, no sin antes instar el pronunciamiento de las partes sobre el particular de tal forma que se preserve el derecho de defensa.

(154) 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.

(155) ESPINOZA GOYENA, Julio César. Ob. cit., p. 140.

IX. Orden en el control de la acusación

El Acuerdo Plenario Nº 6-2009/CJ-116 establece como regla jurídica que por la propia naturaleza de ambos controles: formal y sustancial, no es posible ejercerlos conjuntamente, sino sucesivamente. El control formal es previo a toda posibilidad de análisis de mérito de la acusación. Es así que el artículo 352.2 del NCPP precisa que si se advierten defectos que importan el incumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 349.1 del acotado –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.

La oportunidad del control sustancial tiene lugar en un momento procesal distinto, luego de la subsanación de las observaciones de la acusación fiscal. Este comprende el examen de la concurrencia de cinco elementos necesarios para la viabilidad de la acusación respecto de los cargos objeto de investigación: **elemento fáctico, elemento jurídico, elemento personal, presupuestos procesales vinculados a la vigencia de la acción penal y elementos de convicción suficientes** (art. 344.1 del NCPP).

X. El juez de control de acusación y el juez de juicio oral

Una idea que recorre el modelo procesal penal acusatorio es tratar que en el juicio oral el juez tome recién conocimiento del caso en una primera instancia a partir de los alegatos de apertura, y luego en aplicación del principio de inmediación se desarrolle frente a él la actividad probatoria y al final oído los alegatos de cierre, adopte una decisión fundada en hechos y derecho.

La etapa intermedia está dirigida por el juez de la Investigación Preparatoria quien realiza el control de la acusación, resuelve las mociones y la admisión de medios de prueba, antes de decidir el paso a juicio oral; y es otro juez o colegiado el que conduce la siguiente etapa. En el Código de Procedimientos Penales de 1940, quien dirige el juzgamiento es el mismo tribunal de la etapa intermedia. Entonces habrá que plantearse la interrogante si es que este tribunal a partir de su intervención en el control de la acusación, ya se contaminó y perdió imparcialidad. En la lógica del nuevo modelo creemos que si, puesto

que es inevitable que al conocer la acusación y resolver sobre sus aspectos formales o sustanciales el juzgador ya está adoptando, quizá inconscientemente, una posición. Entonces lo ideal es que el juez de la etapa intermedia y la del juzgamiento sean distintos. En el nuevo modelo así están estructurados los órganos jurisdiccionales, pero esto no se puede afirmar en el sistema del Código de Procedimientos Penales ya que habría que implementar un sistema de rotación de jueces, casi imposible en la vetusta estructura que lo sustenta, por lo que solo hay que esperar que el NCPP se instale en su totalidad en el país.

XI. Audiencia preliminar

La audiencia será convocada bajo dos supuestos. Si todos los sujetos procesales presentan por escrito sus requerimientos, o vencido el plazo el juez señalará día y hora. Esta deberá fijarse dentro de un plazo no menor de cinco ni mayor de veinte días.

Para la instalación de la audiencia es obligatoria la presencia del fiscal y el defensor del acusado. Como regla general, no podrán actuarse actos de investigación ni de prueba a excepción de prueba anticipada y el ofrecimiento de prueba documental para la respectiva admisión (art. 351.1).

La dirección de la audiencia será dirigida por el juez. En ella no se admitirá la presentación de escritos durante su realización, salvo el ofrecimiento de prueba documental.

1. Intervención de las partes

El juez otorgará la palabra por un tiempo breve y en el siguiente orden fiscal, defensa del actor civil, defensa del acusado defensa 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 en la misma audiencia tiene la opción de modificar, aclarar o integrar la acusación en lo que no sea sustancial, presentando el escrito respectivo; el juez, en ese mismo acto, correrá traslado a los demás sujetos procesales concurrentes para su absolución inmediata.

2. Decisiones que se pueden adoptar en la audiencia

Al finalizar la audiencia el juez debe resolver inmediatamente todas las mociones planteadas. Por razón de tiempo o complejidad, la solución se puede

diferir hasta por 48 horas, debiendo ponerse en conocimiento de las partes (art. 352.1).

Si los defectos de la acusación requieren un análisis más concienzudo por 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 otros 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. Si existiesen observaciones, el juez mediante resolverá si estas tienen fundamento. La resolución que dicte es inapelable.

Si el juez declara fundada una excepción o medio de defensa, expedirá en audiencia la resolución respectiva, contra la que procede recurso de apelación. La impugnación no impide la continuación del procedimiento, es decir, no tiene carácter suspensivo.

También puede dictar el sobreseimiento de oficio o a pedido del acusado o su defensa cuando concurran los requisitos establecidos en el artículo 344.2 del NCPP, siempre que resulten evidentes y no exista razonablemente la posibilidad de incorporar en el juicio oral nuevos elementos de prueba. La resolución que desestime la petición de sobreseimiento es inimpugnable.

En esta audiencia se resolverá sobre la admisión de los medios de prueba ofrecidos. Al proponer los medios que se deben actuar, debe seguirse los siguientes criterios:

a) Que la petición contenga la especificación del probable aporte a obtener para el mejor conocimiento del caso.

b) Que el acto probatorio propuesto sea pertinente, conducente y útil.

Se dispondrá todo lo necesario para que el medio de prueba se actúe oportunamente en el juicio. Si hay pedido de actuación de una testimonial o la práctica de un peritaje el proponente debe especificar el punto que será materia de interrogatorio o el problema que requiere explicación especializada, así como el domicilio de estos. La resolución que se dicte no es recurrible.

La racionalización del juicio oral, respetando el debido proceso con todos los derechos que lo conforman implica que el tribunal centre correctamente todos los hechos que van a ser objeto de prueba. En el caso de los testimonios

o peritajes se debe fijar claramente el tema a probar por el testigo y el peritaje. El señalamiento del domicilio tiene como finalidad que le llegue oportunamente las citaciones para el juicio.

Las convenciones probatorias son aprobadas por resolución judicial, la que no es apelable. Esta decisión sobre hechos que se dan por probados serán los señalados en el auto de enjuiciamiento. Se indicarán los hechos específicos que se dan por acreditados o los medios de prueba necesarios para considerarlos probados.

También adoptará la decisión sobre la actuación de prueba anticipada que es irrecurrible. Si se dispone su actuación, esta se realizará en acto aparte, sin perjuicio de dictarse el auto de enjuiciamiento. Esta actuación de prueba anticipada podrá dirigirla un juez si se trata del Juzgado Penal Colegiado.

XII. Auto de enjuiciamiento

Este es el resultado, luego de saneada la acusación durante la etapa intermedia. Es la resolución que ordena la apertura del juicio oral. En el artículo 229 del Código de Procedimientos Penales de 1940, establece que el auto debe contener la fecha y hora de la audiencia, a quién se encomienda la defensa del acusado si no ha nombrado defensor; testigos y peritos que deben concurrir a la audiencia; citación del tercero responsable civilmente; y si es obligatoria la concurrencia de la parte civil. Estos requisitos son limitados con relación a los que dispone el artículo 353.2 del NCPP, que establece que debe contener obligatoriamente el auto de enjuiciamiento bajo sanción de nulidad:

- **El nombre** de los imputados y de los agraviados, siempre que en este último supuesto hayan podido ser identificados, de lo que se infiere la posibilidad que aun si los agraviados no siendo identificados hay pruebas de su existencia;

- **El delito** o delitos planteados en la acusación fiscal con indicación del texto legal, y si hubiesen, las tipificaciones alternativas o subsidiarias. Se debe respetar la regla de congruencia.

- **Los medios de prueba** admitidos durante la etapa intermedia y el ámbito de las convenciones probatorias, esto es los hechos aceptados por las partes y que tengan necesidad de probarse y con la conformidad del juez.

- **La indicación de las partes** constituidas en la causa como el actor civil.

- **La orden de remisión** de los actuados al juez encargado del juicio oral.

- **El juez, si resulta necesario**, de oficio o según el pedido de parte, se pronunciará sobre la procedencia o la subsistencia de las medidas de coerción o su sustitución, disponiendo en su caso la libertad del imputado.

El auto de enjuiciamiento se notificará al Ministerio Público y a los demás sujetos procesales. Dentro de las 48 horas de la notificación, el juez de la investigación preparatoria hará llegar al juez penal de juzgamiento que corresponda a dicha resolución y los actuados correspondientes, así como los documentos y los objetos incautados, y se pondrá a su orden a los presos preventivos (art. 353).

En el Exp. N° 542-06-Huacho del 14 de marzo de 2007 se señaló lo siguiente sobre el auto de enjuiciamiento y la devolución de carpeta fiscal: "Que si bien el artículo 136 del CPP dispone cuáles son los documentos que deben formar parte del expediente judicial que debe formarse para el inicio del juicio oral, dicha regla constituye un rezago inquisitivo que favorece la escrituralidad, contraviene el principio de oralidad y permite la contaminación del criterio del juzgador. Debe devolverse la carpeta fiscal a fin de que los medios probatorios que contiene sean exhibidos e incorporados en el juicio oral".

Esto parte de la idea que el juez del juzgamiento, al leer los actuados antes del juicio oral, se habrá contaminado lo que parece una exageración, y un prejuicio absurdo llamado escrituralidad como si la lectura previa rompiera la imparcialidad. El juez se puede parcializar o subjetivizar, no solo con una lectura previa sino en el curso del procedimiento, o la presentación del caso. De pronto el alegato de apertura de una de las partes es tan convincente que ya queda impresionado o medio convencido de la justeza del caso. Se parte del supuesto que sí es oral ya se garantiza la imparcialidad judicial y también eso es relativo. Creemos que hay un problema de falacias en todas estas posturas que no resiste ninguna lógica. La oralidad o la escrituralidad son mecanismos de comunicación que son eficientes en contextos determinados. En el sistema judicial lo exclusivamente escritural no es lo más idóneo porque abona en la pesadez y lentitud de este; pero tampoco creemos que la oralidad sea una panacea. El uso de la oralidad debe examinarse en cuanto a sus posibilidades comunicativas eficaces en el mismo proceso penal.

XIII. El auto de citación a juicio

El juez o juzgado colegiado competente luego de recibir las actuaciones del juez de investigación preparatoria 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 hábiles. En el procedimiento de 1940 en el auto de haber mérito para pasar a juicio oral que sería el análogo del auto de enjuiciamiento, también está contenido el de citación a juicio con el lugar y la fecha de inicio.

El juzgado penal ordenará el emplazamiento de todos los que deben concurrir al juicio. Como ya se ha realizado la admisión probatoria, se puede hacer oportunamente la actuación de medios de prueba, lo que no sucede en el juicio oral del Código de Procedimientos Penales, porque expresamente no contempla una fase de admisión, salvo ofrecimientos de nuevas pruebas testigos o peritos que se asemeja al juicio del NCPP. Por ello, en el antiguo procedimiento luego de oídos los cargos por el acusado y si se le propone acogerse al trámite de conclusión anticipada por aceptación de cargos, y no acepta, se abre el espacio de admisión probatoria en función de las teorías del caso presentados en sus alegatos de entrada.

En el auto de citación a juicio deberá identificarse al letrado que tendrá como defensor del acusado. Si se estima que la audiencia se prolongará en sesiones consecutivas, los testigos y peritos podrán ser citados directamente para la sesión que les corresponda intervenir. De esta forma se racionaliza el juicio porque citar a un testigo o perito y no recibir sus testimonios o informes técnicos puede provocar que en la próxima sesión ya no asistan por estar cruzados con otras actividades.

El emplazamiento al acusado se hará bajo apercibimiento de declararlo reo contumaz en caso de inconcurrencia injustificada. Sin la presencia del imputado no es posible realizar el juicio oral, por ello se requiere que cuando llegue al juzgamiento esté asesorado por un abogado de su elección y además de contar con domicilio procesal dentro del radio urbano de la sede de juzgamiento. Será de singular importancia que cuente con domicilio electrónico cuando empiecen a operar el sistema de notificaciones electrónicas.

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. Esto descarga el trabajo judicial de convocarlos a los juicios,

porque la idea es que los testigos que proponen las partes sean realmente de cargo o de descargo, y que hayan sido preparados previa y adecuadamente para su presentación en juicio; no como se hace ahora, cuando el fiscal presenta un testigo y no conoce ni siquiera el domicilio de este, y cuando viene a juicio da una versión en contra de la teoría del Ministerio Público, lo que denota una falta de preparación del caso. Esto también va para las defensas que quieren ganar su caso, pero dejan que el órgano jurisdiccional se encargue de averiguar sus direcciones lo que en el NCPP es inadmisible.

PARTE VIII

EL JUZGAMIENTO

Capítulo I
Nociones generales

I. Enfoque en el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica

El CPPMI respecto al juzgamiento establece reglas que han sido asumidas en parte por los códigos procesales de América. Un primer paso es la integración del tribunal competente, siendo la idea principal que no hayan participado durante el procedimiento preparatorio e intermedio. La constitución del tribunal se hará conforme a las disposiciones de la ley de organización judicial de cada país, notificando inmediatamente a los intervinientes su constitución, para que en el plazo de cinco días interpongan las recusaciones si es que hay causal para ello. Si un juez se aparte de oficio, el presidente del tribunal reemplazará al vocal correspondiente (art. 282). Lo esencial es que se configure un tribunal imparcial e independiente.

Con antelación las partes pueden ofrecer prueba y presentarán la lista de testigos, peritos e intérpretes, con indicación del nombre, profesión y domicilio, y se señalará los hechos acerca de los cuales serán examinados durante el debate. Quien ofrezca la prueba podrá manifestar su conformidad para que se lea en el debate la declaración o dictamen presentado durante el procedimiento preparatorio.

Se deberá presentar también los documentos que no fueron ingresados antes o señalar el lugar en donde se hallan, para que el tribunal los requiera.

Los demás medios de prueba serán ofrecidos con indicación del hecho o circunstancia que se pretende probar (art. 283). Lo que no establece es si el ofrecimiento es sobre prueba nueva, pues antes de inicio del juicio permite que se las partes presenten excepciones (art. 284) que no lo hicieron anterioridad o que se funden en hechos nuevos. También anticipos de prueba (art. 285). Unir y separar de juicios (art. 286) siempre que no afecte la celeridad. También puede dividir el debate sobre la culpabilidad y sobre la pena (art. 287). Esto podrá aplicarse cuando se ejerza la acción civil.

El CPPMI establece los principios para la dirección del debate en juzgamiento como **la inmediación** (art. 291), porque el debate se realizará con la presencia ininterrumpida de las personas llamadas a dictar la sentencia, del Ministerio Público, del imputado, su defensor y los demás intervinientes o sus mandatarios. **Publicidad (art. 293)**. El debate será público, pero el tribunal podrá resolver, aun de oficio, que se efectúe, total o parcialmente, a puertas cerradas, cuando: 1. Afecte el pudor u honestidad de alguno de los intervinientes o de alguna persona citada para participar en él. 2. Afecte gravemente el orden público, la seguridad del Estado o las buenas costumbres. 3. Peligre un secreto oficial, particular, comercial o industrial, cuya revelación indebida sea punible. 4. Esté previsto específicamente.

La oralidad es una herramienta de comunicación en el juicio. El debate dispone el CPPMI, será oral y de esa forma se producirán las declaraciones del imputado, de los órganos de prueba y las intervenciones de todas las personas que participan en él. Las resoluciones del tribunal se dictarán verbalmente, quedando notificados todos por su emisión, pero constarán en el acta del debate (art. 299).

II. El juicio oral en el sistema procesal peruano

Como abogados y magistrados hemos tenido la oportunidad de apreciar directamente la forma cómo se llevan los juicios orales con el Código de Procedimientos Penales de 1940, y allí se trasluce el modelo inquisitivo donde el juez se convierte en un indagador, pues él investiga, averigua, examina y si es posible arrincona a procesados y testigos. El procesado aparece a veces como una víctima puesto que es interrogada por el fiscal, los jueces, la parte civil y si son delitos contra el Estado por los procuradores, colisionando este procedimiento con el principio de igualdad de armas que se consagra en el Derecho Procesal Penal moderno.

El Código de Procedimientos Penales de todas formas, dentro de su orientación inquisitiva, establece algunos principios como los señalados en el artículo 207 que dice que el juicio es oral y público ante las Cortes Superiores.

El NCPP establece como principios en su artículo 356 que el juicio es la etapa principal del proceso y se realiza con base en una acusación que le corresponde al Ministerio Público. Rige la oralidad, la publicidad, la inmediación y la contradicción en la actuación probatoria.

El modelo procesal penal peruano señala que el juicio oral es la etapa principal del sistema acusatorio; sin embargo, tal como lo reconocen agudamente

Mauricio Duce y Andrés Baytelman, lo paradójico es que, en estos sistemas de enjuiciamiento criminal, el porcentaje de casos que van a juicio oral es menor en relación a los ingresos en el propio sistema y que responden más bien a una orientación y objetivo en el diseño, esto es, que menos casos lleguen a juicio oral(156).

Autores como Burgos Mariño ratifican la tesis que el juicio constituye la etapa fundamental e ineludible para la aplicación del Derecho Penal, y que lo más importante que nadie puede ser penado por juicio y que toda persona tiene derecho a un juicio oral(157); sin embargo, el empleo de términos como fundamentales e ineludibles se relativiza cuando en la práctica el modelo acusatorio da un cauce para las salidas alternativas donde no hay producción de prueba. Esto exige, a mi entender, un replanteamiento de la propia naturaleza de la prueba, puesto que si en las salidas alternativas se dicta sentencia, esta debe reposar en pruebas, y si admitimos que esta se producen en juicio oral, entonces ¿sobre qué fundamentos se sentencia en la terminación anticipada? ¿Sobre elementos de prueba?, ¿de convicción?, ¿la simple aceptación de responsabilidad por parte del denunciado?; es decir, que aquí se tienen que afinar los conceptos tradicionales y reformular algunos contenidos; si no, como señalo en una hipótesis de trabajo, los fiscales y magistrados trabajamos sobre ficciones.

En otras experiencias como la norteamericana en cuanto al juicio por jurados, Heliodoro Fierro Méndez dice que cumple un papel muy limitado en el sistema de atribución de responsabilidad penal, pues solo el diez por ciento de las condenas son resultado del juicio y el noventa por ciento son obtenidas sin juicio porque los imputados se declaran culpables antes de su realización(158). El procedimiento empleado es el *Plea Bargaining* que consiste en concesiones que hace el fiscal a cambio de la aceptación de los cargos imputados y su renuncia al juicio. Es decir, que este es un medio de negociación y pese a que la Constitución de Estados Unidos en su sexta enmienda da el derecho a la persona a ser juzgada por un jurado imparcial, el noventa por ciento –como se ha referido– prefiere la negociación y conseguir penas menores que ir a un juicio por una pena mayor(159). Estudiosos como John Lancean –citado por Fierro Méndez– dice que en Estados Unidos ha logrado utilizando el *Plea*

(156) BAYTELMAN, Andrés y DUCE, Mauricio. *Litigación Penal y Juicio Oral*. Editado por Fondo Justicia y Sociedad, Fundación Esquel, USAID, Ecuador, noviembre, 2004, p. 16.

(157) BURGOS MARIÑOS, Víctor. *Principios rectores del nuevo Código Procesal Penal*. En el nuevo proceso penal. Estudios fundamentales, Cubas Villanueva, Víctor y otros. Editorial Palestra, Lima, 2005. p. 52.

(158) FIERRO-MÉNDEZ, Heliodoro. *Sistema Procesal Penal de EE.UU.* Editorial Ibáñez, Colombia, 2006, p. 100.

(159) Ibídem, p. 101.

Bargaining como elemento coercitivo, un sistema de confesiones como el del procedimiento inquisitivo de la Europa Medieval. Que este procedimiento ha logrado desplazar el sistema de jurados estadounidenses del que habría que ocuparnos brevemente, en cuanto a su desarrollo histórico para establecer por qué se ha convertido en la actualidad como poco práctico.

Como antecedente tenemos que en Inglaterra en el siglo XVIII el juicio era un procedimiento breve, sumario. El tribunal denominado *Old Bailey* en 1780 procesaba diariamente entre doce a veinte juicios y un jurado seleccionado escuchaba las pruebas en los casos y estos no tenían ninguna relación entre sí, previo a retirarse a dictar veredictos. No había abogados para las partes que intervenía y básicamente era un examen de testigos y en eso se reducía la disputa entre testigos y acusados(160). En los Estados Unidos en 1970 cuando recién se estaba constitucionalizando el modelo inglés de jurados, este era sumario y eficiente. Un caso emblemático fue el juicio de Ardí por alta traición en 1974 que fue el primero que duró más de un día y se discutió si el tribunal de juzgamiento tenía poder para prorrogarlo. El juicio contra Patricia Hearts, la nieta de un magnate de la prensa norteamericana y que luego de ser secuestrada se involucró con sus captores en una muestra del síndrome de Estocolmo, duró cuarenta días y en 1968 el promedio de días de juicios por jurados era de 7,2 días por juicio. El ingreso de mayores reglas en el juicio se tiene como una de las causas que a lo largo del desarrollo del mismo lo convirtieron en inoperante. En el siglo XVIII, el carácter contradictorio entre las partes y las reglas de exclusión del derecho probatorio era aún incipiente. El derecho del acusado a ser representado por abogado, dentro de un esquema adversarial de darle mayores derechos al imputado. No se generalizó para todos los casos sino hasta fin del siglo XVIII e incluso en el siglo XIX en Inglaterra. Los medios impugnatorios fueron restringidos durante el siglo XX y la defensa técnica de acusados indigentes no fue obligatoria hasta mediados de este siglo pasado. Que otra práctica que ha contribuido a que el sistemas de jurados sea lento y engorroso es el proceso de selección denominado *voir dire,* que implica un interrogatorio de los posibles jurados por la acusación y la defensa, la aplicación de las reglas de exclusión probatoria y otros barreras para que se incorpore al futuro juicio de elementos de convicción, además de las estrategias de los abogados para provocar recursos impugnatorios, es decir, que como paradoja se da que mientras mayores garantías para las partes procesales se introdujeron en el modelo de juicio por jurados terminaron de debilitar dicho procedimiento en beneficio al *Plea Bargaining*.

(160) FIERRO-MÉNDEZ, Heliodoro. Ob. cit., p. 104.

Pero aquí se nos plantea algo elemental que puede explicar por qué esta forma alternativa al juicio ha tenido éxito. Cabe preguntarse si es racional que una persona que realmente es inocente se someta al *Plea Bargaining* solo porque el juicio es engorroso. Me parece que esta es una respuesta bastante ilógica, puesto que dentro de una estrategia legal de defensa si mi cliente es inocente lo tengo que llevar donde sea para demostrar o lograr que se le declare inocente. Por eso el éxito del *Plea Bargaining* –que aquí denominamos principio de oportunidad, acuerdo reparatorio o terminación anticipada– es porque el conjunto de evidencias recopiladas durante la investigación fiscal han sido las suficientes como para armar un caso sólido y haber descubierto al responsable, es decir, que una premisa previa al principio de oportunidad es que la persona imputada haya sentido que los cargos contra ella son suficientes y que preliminarmente sin juicio ya existe una proyección de culpabilidad. Esta para nosotros es la verdadera razón del éxito del *Plea Bargaining* y por eso es importante la labor de la función fiscal en esta etapa.

Una inteligente y eficiente investigación realizada preliminarmente por la fiscalía con el apoyo de la Policía, debe ir tamizando en lo que se ha denominado interdicción de la arbitrariedad a quienes deberían ser pasibles de ser acusados, e ir al juicio y potenciales candidatos para que se aplique el *Plea Bargaining* y quienes no lo son, cuya proyección es la inocencia. Mientras mayores evidencias tengan un fiscal contra un futuro acusado, mayor será su fuerza para negociar un acuerdo con esta, ahorrándole el juicio y logrando represión del delito.

Ahora no se tiene la costumbre de tener suficientes elementos de convicción, y por esos nuestros señores fiscales con poquísimos elementos de convicción realizan las denuncias al juez penal para que este investigue en el procedimiento de 1940, y si bien no dejan de tener razón porque el sistema ha sido estructurado así, por lo menos en el proceso sumario vigente. Sin embargo, en nuestros roles como juzgadores hemos visto cómo con los elementos ofrecidos por el fiscal, por más esfuerzo que realice el juzgado para la investigación, definitivamente no se va a llegar a algún destino con el caso presentado, siendo lo más razonable el no investigar; por eso, desde ahora en camino a la implementación a la reforma se debe impulsar y exigirle al fiscal que pueda realizar de por sí mayores actos de investigación para poder presentar la teoría del caso en su denuncia con elementos de convicción o medios de prueba lo suficientemente sólidos para que garanticen un éxito para ellos, porque el ganar un caso no es una victoria del juez, lo es del fiscal quien representa a la sociedad y para eso se le paga siempre, digo, bajo los parámetros de respeto de los derechos humanos, porque no se puede tampoco tener a un fiscal que acuse sin ningún fundamento.

En los Estados Unidos se concibe al *Plea Bargaining*, como un componente esencial de la administración de justicia y las normas que regulan la negociación entre el imputado y el fiscal.

- Que el fiscal se comprometa a enmendar los cargos, limitándolo a un cargo sobre el cual se llegue a un acuerdo.
- El fiscal se comprometa a no proceder con ciertos cargos.
- Se acepte que la pena no exceda un plazo.
- El inculpado renuncie a apelar.

El juez no acepta la declaración de culpable sin cerciorarse que este haya entendido los cargos y que ceda su derecho a un juicio por jurados y demás derechos como el de apelación. Las discusiones y acuerdos previos con relación a la declaración de culpabilidad, no son admisibles ni a favor ni en contra del imputado y en caso que se establezca un acuerdo a cambio de un proceso por una ofensa menos grave el fiscal norteamericano proceso así: presenta una acción por la que se desiste de los cargos acordados y recomienda una pena rebajada. La corte no toma parte en las negociaciones y puede aceptar o rechazar el acuerdo en su fallo, por lo que al declarado culpable debe ser consciente que el acuerdo al que llegó con el fiscal no obliga a la Corte; sin embargo, si la Corte acepta el acuerdo debe respetarlo en su fallo(161).

El juicio oral es público y se establece en el artículo 357 del NCPP, en concordancia con lo dispuesto en el inciso cuatro del artículo 139 de la Constitución del Estado, que como garantías de la función jurisdiccional consagra la publicidad en los procesos, salvo disposición contraria de la ley. Y además que en 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.

Los procesos deben ser siempre públicos, porque responde a un mandato consignado en el artículo 138 de la Carta Fundamental, que dice que la potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes. Esto es, que los jueces imparten justicia por delegación popular. El principio de la publicidad deviene del pensamiento liberal del siglo XIX que introdujo los principios democráticos en el Derecho Procesal Penal, y es que la

(161) FIERRO-MÉNDEZ, Heliodoro. Ob. cit., p. 109.

publicidad del procedimiento permite, tal como refiere Claus Roxin, el control de la administración de justicia por el pueblo, y de este modo se evita el abuso del poder penal. El jurista alemán dice: "La importancia fundamental del principio de publicidad para un proceso penal democrático se puede reconocer, de la mejor manera, en la ineficacia o bien perversión de este principio en los estados totalitarios, en los que la mayoría de las veces el opositor político es condenado en procedimiento secreto o en un simulacro de proceso"(162).

Por otro lado, el artículo 357 del NCPP establece restricciones o excepciones a la publicidad como cuando se afecta el pudor, la vida privada o la integridad física de alguno de los participantes en el juicio; cuando se afecte gravemente el orden público, la seguridad nacional, los intereses de la justicia; peligre secretos particulares, comerciales o industrial. También cuando se perturbe por manifestaciones.

Otras limitaciones las tenemos cuando los jueces empleando su potestad disciplinaria pueden prohibir el acceso o también disponer la salida de determinadas personas de la sala de audiencias cuando afecten el orden. Reducir el acceso de personas por razones de orden. Prohibir el acceso de equipos de reproducción visual y sonora siempre que considere que puede afectar a las partes. Estas medidas son excepcionales por lo que si cesan los supuestos se pondrá en función el principio de publicidad.

Concordando con la Constitución Política del Estado se dice que los juicios sobre funcionarios públicos, delitos de prensa y los que se refieran a derechos fundamentales garantizados por la Constitución son siempre públicos conforme al artículo 357, inciso 5 que dice que la sentencia será siempre pública, salvo que este de por medio el interés de menores de edad (art. 358 del NCPP).

Este es un tema de logística e infraestructura, la publicidad solo se da en un lugar que reúna las condiciones necesarias para poder espectar el juicio oral.

Se prohíbe el ingreso por seguridad de quien porte arma de fuego o algún instrumento de agresión y no pueden ingresar menores de doce años, quien está bajo los efectos del alcohol, drogas o anomalía psíquica.

La inmediación implica que la actuación probatoria se realiza frente a los jueces, que son los que van a decidir la situación jurídica final del acusado. Se

(162) ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Traducción de la 25ª edición alemana de Gabriela de Córdoba y Daniel R. Pastor. Ob. cit., p. 11.

concreta cuando el tribunal oye a un testigo o a un perito, o cuando se oralizan medios de prueba instrumentales. Todo pasa como una escena de película frente a sus ojos, porque son los destinatarios de la información que traen los medios de prueba.

El juicio es contradictorio, porque allí van a contender los sujetos procesales con sus teorías del caso y la actuación de sus medios de prueba. Implica el derecho a refutar la tesis del contrario bajo la regla de igualdad de armas. Este principio debe ser garantizado por el tribunal porque no se concibe que se favorezca al fiscal en la comprobación de su teoría del caso y no se le otorgue al acusado el derecho a contradecir con otras pruebas.

Continuidad del juzgamiento. La idea es que el tribunal no tenga otro caso pendiente juzgándose que lo pueda alejar de la apreciación de las pruebas que se actúan. La idea con base en la celeridad es que el juicio empieza y termina sino en el mismo día, al día siguiente o la fecha más próxima para que el juez no pierda continuidad en la apreciación de la prueba.

Concentración de los actos del juicio. Busca que en una sola audiencia se realice todo el procedimiento. Si desde una perspectiva genérica tenemos que un juicio oral se da una audiencia estamos ante una tautología. El problema se da si la audiencia se realiza en varias sesiones. Para eso están los plazos entre sesión que hay que respetar, sino sucede lo que se conoce como "quiebra" del juicio.

Identidad física del juzgador. El acusado tiene el derecho de conocer quién es su juzgador, por ello las limitaciones a establecer la identidad del juzgador como los jueces sin rostros, generaron conflictos con garantías constitucionales y debido proceso. La legislación que dio soporte a este sistema de juzgamiento fue declarada inconstitucional por el TC.

Presencia obligatoria del imputado y su defensor. En el juicio oral es obligatorio que se encuentre presente el acusado, pues contra él va dirigido la acción penal. Además debe contar siempre con su defensa técnica. Si no tiene un defensor privado, el Estado le facilita un defensor de oficio.

1. Desarrollo de las audiencias

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, tendrán lugar al día siguiente o subsiguiente de funcionamiento ordinario del juzgado.

El juicio se realizará con la presencia ininterrumpida de los jueces, el fiscal y de las partes. Sin embargo, pueden darse situaciones especiales.

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.

El acusado no podrá alejarse de la audiencia sin permiso del juez. En caso de serle otorgado el permiso, será representado por su defensor (art. 359.3 del NCPP). Puede darse razones de fuerza mayor, como una dolencia, de tal forma que el acusado no pueda estar presente en la audiencia en algún momento, entonces estamos ante una situación excepcional.

Si el acusado que ha prestado su declaración en el juicio o cuando le correspondiere declarar se acoge al derecho al 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 comparecer cuando se produjere la ampliación de la acusación. La incomparecencia del citado acusado no perjudicará a los demás acusados presentes (art. 359.4).

Si el abogado del acusado, injustificadamente, se ausenta 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 (art. 359.5). Puede darse el caso que el abogado busca frustrar el juicio oral y para ello se ausenta. A veces le deja instrucciones a su patrocinado para que no acepte abogado de oficio, por lo que es necesario que se le informe entre sesión y sesión, que si no se presenta el abogado se le apercibe que se le sustituirá con el defensor de oficio.

La ausencia pueda darse del lado del fiscal que, injustificadamente, se ausente de la audiencia o no concurra a dos sesiones consecutivas o a tres sesiones no consecutivas. Si esto sucede, se le excluye del juicio y se requerirá al fiscal jerárquicamente superior en grado que designe a su reemplazo.

Si el actor civil o el tercero civil no concurren a la audiencia o a las sucesivas sesiones del juicio, este proseguirá sin su concurrencia, sin perjuicio que

puedan ser emplazados a comparecer para declarar. Si la inconcurrencia es del actor civil, se tendrá por abandonada su constitución en parte. De esto puede extraerse la regla que la legitimidad para intervenir en juicio es su presencia en la audiencia. Pierde su capacidad procesal para presentar su caso. Debe verificarse que se encuentre debidamente notificado.

La sala de apelaciones de Huaura en la Causa Nº 694-2006-FL-145-Huacho, del 30 de enero de 2007, desarrolla instituciones como la contumacia, derecho de defensa, contradicción e inmediación así:

> "Si el acusado deja de asistir a la audiencia luego de ser examinado, el juicio oral continuará sin su presencia y será representado por su defensor, no debiendo en estos casos declararse su contumacia.
>
> La incorporación de documentos para su lectura en juicio oral debe ceñirse a los casos que el Código regula de manera expresa, por lo que si los testigos pueden concurrir al juicio debe disponerse su concurrencia a fin de preservar las garantías de defensa y los principios de inmediación así como el contradictorio.
>
> Por razones de concentración, el juicio oral debe realizarse en una sola sesión, si por lo avanzado de la hora o la complejidad del asunto debe suspenderse la audiencia no podrá el juez conocer en ese lapso otros casos ni realizar otros juicios porque ello desnaturalizaría el nuevo modelo procesal penal".

El artículo 360.1 dispone que instalada la audiencia, esta seguirá en sesiones continuas e ininterrumpidas hasta su conclusión. Si no fuere posible realizar el debate en un solo día, este continuará durante los días consecutivos que fueran necesarios hasta su conclusión. La realidad obliga a que la audiencia se lleve en varias sesiones, por ejemplo, sucesor.

2. Causales de suspensión de la audiencia

El CPPMI propugna que el debate continuará durante todas las audiencias consecutivas que fueren necesarias hasta su conclusión; se podrá suspender por un plazo máximo de diez días, computados continuadamente solo en los casos siguientes: (art. 297).

1. Resolver una cuestión incidental o practicar algún acto fuera de la sala de audiencias, incluso por una revelación inesperada que haga indispensable una instrucción suplementaria, siempre que no sea posible cumplir los actos en el intervalo entre dos sesiones.

2. Cuando no comparezcan testigos, peritos o intérpretes.

3. Cuando algún juez, el imputado, su defensor o el representante del Ministerio Público, se enfermaren.

4. Cuando el Ministerio Público lo requiera para ampliar la acusación o el defensor lo solicite al ampliar el Ministerio Público la acusación, siempre que por las características del caso, no se pueda continuar inmediatamente.

Excepcionalmente, el tribunal podrá disponer la suspensión del debate, por resolución fundada, cuando alguna catástrofe o algún hecho extraordinario similar vuelven imposible su continuación.

a) Por razones de enfermedad del juez, del fiscal o del imputado o su defensor;

b) Por razones de fuerza mayor o caso fortuito;

En el NCPP el plazo de suspensión del juicio oral no podrá exceder de ocho días hábiles. Superado el impedimento, la audiencia continuará, previa citación de las partes por el medio más rápido, al día siguiente, siempre que este no dure más del plazo fijado inicialmente. Si la suspensión dura más de ocho días hábiles, se producirá la interrupción del debate y se dejará sin efecto el juicio, sin perjuicio de señalarse nueva fecha para su realización.

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, se tomarán literalmente, sin perjuicio de filmarse o grabarse. De ser posible, el juzgado utilizará el método de videoconferencia.

Entre sesiones, o durante el plazo de suspensión, no podrán realizarse otros juicios, siempre que las características de la nueva causa lo permitan (art. 360.5). Una interpretación literal de esta regla lleva a realizar juicios consecutivos, es decir, que debe terminar uno para empezar el otro. ¿Pero qué sucede si por ejemplo la sesión de la audiencia termina en poco tiempo porque faltaron algunos testigos? Habrá un tiempo muerto que no será aprovechado por lo que se debe programar la realización de juicios, eso sí buscando que la actuación probatoria termine lo más rápido posible, pero si no es así se puede abordar otra causa penal.

3. Oralidad y registro

La regla es que 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. La audiencia podrá registrarse mediante un medio técnico, según el Reglamento que al efecto dicte el órgano de gobierno del Poder Judicial.

Es pertinente recordar que la Corte Suprema ha dictado el Acuerdo Plenario N° 6-2011/CJ-116 razonando que el artículo 139.5 de la Constitución expresamente menciona que la motivación de las resoluciones se expresa a través de su forma escrita, pero que la interpretación de esta norma constitucional no puede ser meramente literal, pues de ser así se opondría al principio de oralidad y a la lógica de un enjuiciamiento que hace de las audiencias el eje central de su desarrollo y expresión procesal. La idea es buscar un equilibrio conforme a las necesidades del proceso y el respecto de los derechos de los sujetos procesales y la eficiencia del sistema de administración de justicia.

4. Incidentes

Por definición son peticiones que al ser fundados tienen efectos en el proceso penal. Los medios de defensa técnicos son los que generalmente crean incidentes, como una excepción de cosa juzgada que si es estimada puede poner fin al proceso. Las incidencias en el Código de Procedimientos Penales tienen el tratamiento en el artículo 90 modificado por el Decreto Legislativo N° 959, que dice que todo incidente que requiera tramitación se sustanciará por cuerda separada, puesto que la incidencia no debe ser obstáculo del proceso principal. Si hay un interés de entrampar el proceso, pues se tramita en cuaderno aparte. Incluso cuando tienen el mismo fundamento podrán acumularse las peticiones en un solo expediente. La solicitud incidental, deberá acompañar u ofrecer los medios de prueba o de investigación pertinentes. Si la petición reúne las exigencias de admisibilidad y procedencia, se correrá traslado a las partes por el plazo de tres días. La contestación está sometida a las mismas exigencias de la solicitud incidental. Al vencimiento del plazo, si así lo exige el petitorio, se abrirá el incidente a prueba por el plazo de ocho días y se emitirá pronunciamiento por auto que es apelable por la parte que se considere agraviado. La impugnación no suspende el trámite del proceso principal.

En el proceso ordinario vencida la etapa de instrucción no se admitirá solicitud incidental alguna, salvo las que expresamente establece la ley. Otra regla es que no se admitirán nuevas incidencias que se sustenten en los mismos

hechos que fueron materia de una resolución anterior, o que tuvieran el mismo objeto o finalidad que aquellos ya resueltos, pues estamos ante decisiones que tiene la calidad de firmes. Hacer lo contrario es desnaturalizar el trámite, haciendo que se presenten solicitudes al infinito.

En estos casos, no se correrá vista fiscal sino en los casos expresamente señalados por la ley, lo que no impide al representante del Ministerio Público interponer recursos impugnatorios orientados a la correcta aplicación de la ley. La ley que se invoca para establecerse si procede la vista fiscal es la Ley Orgánica del Ministerio Público.

Las solicitudes incidentales son parte del derecho de defensa de las partes, pero no deben ser obstáculos para que se paralice el proceso. En el trámite sumario establecido por el Dec. Leg. N° 124 cuando se ingresa a la fase decisoria ya no se tramitan en cuerda separada, se corre traslado del escrito a las partes y se resuelve con sentencia.

En el CPPMI señala que todas las cuestiones incidentales que se pudieran suscitar serán tratadas en un solo acto (art. 305) a menos que el tribunal resuelva hacerlo sucesivamente o diferir alguna, según convenga al orden del debate. En la discusión de las cuestiones incidentales, al Ministerio Público, al defensor, y a los abogados de los demás intervinientes se les concederá la palabra una única vez, por el tiempo que establezca el presidente.

En el NCPP los incidentes promovidos en las audiencias serán tratados en un solo acto y se resolverán de inmediato. Previo a resolver las partes pueden sustentar o refutar la solicitud (art. 362.1). Los autos que resuelvan las peticiones serán recurribles solo en los casos expresamente previstos en el NCPP.

5. Dirección del juicio

Según el CPPMI es el presidente del tribunal quien dirigirá el debate, ordenará las lecturas pertinentes, hará las advertencias que corresponda, exigirá las ratificaciones solemnes, moderará la discusión, impidiendo derivaciones impertinentes o que no conduzcan al esclarecimiento de la verdad o no resulten admisibles, sin coartar por ello el ejercicio de la acusación y la libertad de defensa. Si una disposición del presidente es repuesta como inadmisible por alguno de los intervinientes en el debate, decide el tribunal (art. 300).

Este es un tema que requiere ser abordado por la seriedad del caso toda vez que constituye actos de gestión del proceso que tendrá incidencia en los tiempos, y si cumple el principio de celeridad procesal.

Es importante que el proceso sea racional, se respete el plazo razonable, que sea conducido correctamente, sin afectar la imparcialidad judicial.

Es responsabilidad del juez o del presidente del juzgado colegiado dirigir el juicio ordenando los actos necesarios para su desarrollo (art 363.1 del NCPP) se debe garantizar el ejercicio pleno de la acusación y de la defensa de las partes, de tal forma que sus teorías de los casos sean sometidas a prueba dentro del principio de igualdad procesal.

El presidente 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. Por ejemplo, el defecto que se da en los abogados que convierten el alegato de entrada en un discurso argumentativo como si la prueba ya fue actuada, confundiéndole en un alegato final.

El presidente puede limitar el uso de la palabra a las partes y a sus abogados, fijando límites igualitarios para todos ellos, de acuerdo a la naturaleza y complejidad del caso, o para interrumpir a quien hace uso manifiestamente abusivo de su facultad. Si no controla los tiempos, el juicio oral se le puede ir de la mano y convertir el proceso en un remedo.

En los juzgados colegiados se acostumbra a sortear las causas, de tal forma que quien le toque el caso se convierte en el director de debates. En el NCPP se ha previsto que en los casos de juzgados colegiados, la dirección del juicio se turnará entre sus demás integrantes.

6. Poder disciplinario y discrecional

El CPPMI en cuanto al orden que deben mantener las partes en la audiencia, establece que el presidente del tribunal ejercerá el poder de disciplina y policía de la audiencia (art. 295). El presidente por razones de orden, higiene, decoro o eficacia del debate, podrá ordenar el alejamiento de toda persona, cuya presencia no fuere necesaria, arrestara o multara a quien cause desorden sin perjuicio de expulsar al infractor de la sala de audiencia.

Las personas que asistan a la audiencia deberán permanecer respetuosamente y en silencio mientras no están autorizados para exponer o deban responder a sus preguntas que se les formule. No podrán llevar armas y otros elementos aptos para molestar u ofender, ni adoptar un comportamiento intimidatorio, provocativo o contrario al decoro, ni producir disturbios o manifestar de cualquier modo opiniones o sentimientos (art. 296).

En el Código Procesal Penal de Chile sobre este tópico hay más precisiones que en el NCPPP como se ve en la siguiente redacción:

"Artículo 292. Facultades del juez presidente de la sala en la audiencia del juicio oral. El juez presidente de la sala dirigirá el debate, ordenará la rendición de las pruebas, exigirá el cumplimiento de las solemnidades que correspondieren y moderará la discusión. Podrá impedir que las alegaciones se desvíen hacia aspectos no pertinentes o inadmisibles, pero sin coartar el ejercicio de la acusación ni el derecho a defensa.

También podrá limitar el tiempo del uso de la palabra a las partes que debieren intervenir durante el juicio, fijando límites máximos igualitarios para todas ellas o interrumpiendo a quien hiciere uso manifiestamente abusivo de su facultad.

Además, ejercerá las facultades disciplinarias destinadas a mantener el orden y decoro durante el debate, y, en general, a garantizar la eficaz realización del mismo.

En uso de estas facultades, el presidente de la sala podrá ordenar la limitación del acceso de público a un número determinado de personas. También podrá impedir el acceso u ordenar la salida de aquellas personas que se presentaren en condiciones incompatibles con la seriedad de la audiencia.

Artículo 293. Deberes de los asistentes a la audiencia del juicio oral. Quienes asistieren a la audiencia deberán guardar respeto y silencio mientras no estuvieren autorizados para exponer o debieren responder a las preguntas que se les formularen. No podrán llevar armas ni ningún elemento que pudiere perturbar el orden de la audiencia. No podrán adoptar un comportamiento intimidatorio, provocativo o contrario al decoro.

Artículo 294. Sanciones. Quienes infringieren las medidas sobre publicidad previstas en el artículo 289 o lo dispuesto en el artículo 293 podrán ser sancionados de conformidad con los artículos 530 o 532 del Código Orgánico de Tribunales, según correspondiere.

Sin perjuicio de lo anterior, el tribunal podrá expulsar a los infractores de la sala.

En caso de que el expulsado fuere el fiscal o el defensor, deberá procederse a su reemplazo antes de continuar el juicio. Si lo fuere el querellante, se procederá en su ausencia y si lo fuere su abogado, deberá reemplazarlo".

El respeto de los sujetos procesales para que el proceso penal llegue a buen destino, y cumpla si finalidad es sustancial en el sistema chileno, de allí que los jueces están empoderados para realizar funciones disciplinaria, obviamente dentro de parámetros de razonabilidad, sin afectar el derecho a la defensa de las partes, y de la imparcialidad que debe exhibir.

7. Control de las partes por los fiscales o jueces

Puede darse el caso que el procesado altere el orden en un acto procesal, el que debe ser tratado en principio con prudencia en la medida que, por la experiencia, los imputados están sometidos a una tensión que los puede llevar al estrés. Una actitud de persuasión para que modere su comportamiento es aconsejable. Salvo que la persona no entre en razón, se le advertirá que se va a suspender la diligencia y continuarla con la sola intervención de su abogado defensor para garantizar su derecho a la defensa y los otros sujetos procesales. También se le advierte que será excluido de participar y de continuar con su abogado defensor. En la primera opción, el procesado llamado al orden ya no interviene, pero puede estar presente, y en la segunda, se le expulsa (art. 73.1 del NCPP). Si el defensor privado se solidariza con su cliente y abandona la diligencia, será sustituido por uno nombrado de oficio.

Debe tenerse en consideración que esta regla debe interpretarse sistemáticamente con lo establecido por la Ley Orgánica del Poder Judicial que, en su artículo 185.3, reconoce como una de las facultades de los magistrados el ordenar la detención, hasta por veinticuatro horas de quienes, en su despacho o con ocasión de las actuaciones judiciales, los injurien, agravien, amenacen o coaccionen por escrito o de palabra, o que promuevan desórdenes. Esta norma es aplicable a cualquier sujeto procesal. Tiene la facultad de denunciar el hecho ante el Ministerio Público. Hay una previsión legal en el artículo 375 del Código Penal que sanciona a quien cause desorden los tribunales de justicia con pena privativa de libertad no mayor de un año o con prestación de servicio comunitario de veinte a treinta jornadas.

En el artículo 292 de la Ley Orgánica se dispone que el juez pueda sancionar a los abogados que formulen pedidos maliciosos o manifiestamente ilegales, falseen a sabiendas la verdad de los hechos, o no cumplan sus deberes. Las sanciones pueden ser de amonestación y multa no menor de una ni mayor de veinte Unidades de Referencia Procesal. También puede sancionar con suspensión en el ejercicio de la profesión hasta por seis meses.

Las resoluciones, que impongan sanción de multa superior a dos URP o de suspensión, son apelables con efecto suspensivo, formándose el cuaderno

respectivo. Las demás sanciones son apelables sin efecto suspensivo. Las sanciones son comunicadas a la Presidencia de la Corte Superior y al Colegio de Abogados del distrito judicial respectivo.

En la Ley Orgánica del Ministerio Público, también se contempla facultades disciplinarias que pueden ser empleadas por el fiscal. En el artículo 61 se establece que los miembros del Ministerio Público pueden amonestar a la parte que los injurie de palabra o en el escrito que les presente. Esta sanción es aplicable al abogado que autoriza el escrito, poniendo el hecho y la sanción disciplinaria impuesta en conocimiento del Colegio de Abogados respectivo. En los casos de reincidencia o de falta que, a su juicio, exija sanción disciplinaria mayor, denunciará al abogado a su Colegio, para los fines disciplinarios a que hubiere lugar. Pueden proceder análogamente contra quien promueva desorden en la actuación en que intervengan.

Que es entendible en el marco de un proceso penal que las partes puedan actuar apasionadamente en defensa de sus derechos; sin embargo, es inaceptable la falta de respeto hacia la magistratura por parte de los justiciables y esto mismo va para los magistrados en su trato con los sujetos procesales que también debe ser decoroso y respetuoso de su dignidad.

Los jueces en el NCPP tienen facultades disciplinarias con la finalidad de mantener el orden, el decoro, y el respeto en la sala de audiencias. Pueden disponer:

- La expulsión de la persona que perturbe el desarrollo del juicio.
- Ordenar detener hasta por 24 horas a quien amenace o agreda 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 por la fuerza pública.

El abogado puede incurrir en excesos durante el juicio, por lo que el juez le apercibirá que si sigue perturbando en las sesiones será expulsado. Como el acusado no puede ser dejado en indefensión, se reemplazará por el abogado que designe la parte dentro de 24 horas, o en su defecto se autorizará que sea asistido por abogado de oficio.

La expulsión también puede recaer en el acusado, y se dictará buscando equilibrarlo con su derecho a la defensa. Cuando retorne el acusado expulsado

se le informará sobre el contenido principal de aquello sobre lo que se haya actuado en su ausencia. Se le dará la oportunidad de pronunciarse sobre esas actuaciones para evitar la indefensión.

El acusado tiene derecho a ser oído por lo que se puede autorizar que exponga lo que estime conveniente a su defensa, pero limitará su exposición al tiempo que se le ha fijado. Si no cumple, 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. El juez tiene un **poder discrecional que le permite resolver cuestiones no regladas que surjan en el juicio, cuya resolución es necesaria para su efectiva y debida continuación**.

III. Delito en el juicio

El CPPMI considera que puede surgir un delito en el debate, por lo establece que el tribunal ordenará labrar un acta con las indicaciones que correspondan y detendrá al presunto culpable; este será puesto a disposición del funcionario del Ministerio Público que corresponda, remitiéndosele copia de los antecedentes necesarios a fin de que proceda según la ley penal (art. 303).

Esta es una situación excepcional recogida por el NCPP, que sin embargo, podría darse como una lesión de un acusado a otro coacusado o testigo. El juez ordenará levantar un acta con las indicaciones que correspondan y ordenará la detención del presunto culpable si estuviese libre, a quien inmediatamente lo pondrá a disposición del fiscal que corresponda, remitiéndosele copia de los antecedentes necesarios, a fin de que proceda conforme a sus atribuciones (art. 365 del NCPP).

IV. Auxiliar jurisdiccional y gestión del juicio

El NCPP se sustenta en un modelo de gestión judicial modular, en el que los servicios son compartidos por varios órganos jurisdiccionales, y los asuntos administrativos salen de esa esfera mixta jurisdiccional-administrativa que tienen aún los jueces, por lo que la figura del auxiliar jurisdiccional queda reducido a tareas administrativas. Sin perjuicio de esto tenemos que conforme al artículo 366 se le asigna un conjunto de actividades como son las siguientes:

- 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.

- 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.

- Le corresponde la fe pública judicial.

- A través del personal a su cargo, se hará el control de la documentación y registros del juzgado.

- Apoyará 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.

Como observamos la totalidad de estas obligaciones son de naturaleza administrativa que puede hacerlo una persona con experiencia en administración.

Capítulo II
Instalación de la audiencia

I. Inicio del juicio

Como criterios generales tenemos que la audiencia no podrá realizarse sin la presencia del acusado y su defensa técnica (art. 367.1). En la citación para el juicio la norma señala que se notifica en domicilio conocido y procesal, será requerido para su concurrencia al juicio bajo apercibimiento de ser declarado contumaz. Lo que hay que considerar aquí es que una vez señalado el domicilio procesal, es este en el que se le tiene que citar porque mantener la notificación en domicilio real y procesal lo que hace es que se genere la posibilidad que un mismo acto procesal tenga dos plazos de distintos. Hay que tener en cuenta además que cada Corte Superior tiene establecido un radio urbano en el que las partes deben señalar obligatoriamente domicilio procesal.

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. Hay la posibilidad entonces de una segunda citación de tal forma que se pueda empezar a desarrollar el juicio oral. Si son varios los acusados y solo concurre alguno de ellos, se debe iniciar con los asistentes declarándose contumaces a los que no han justificado su ausencia.

Si el acusado ausente o contumaz es 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. 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 (art. 367.5).

Esta regla es importante porque se le reconoce pese a su situación de contumaz o ausente el derecho a presentar las pruebas necesarias. Quizá en el caso del ausente se puede ser más flexible porque es un sujeto procesal que no estaba enterado del caso. En el caso del contumaz si su declaratoria es válida

entonces se tratará de compatibilizar su derecho a la defensa y la celeridad del juicio que se ha venido llevando regularmente.

El tratamiento en el Código de Procedimientos Penales respecto al reo ausente era bastante rígido y atentatorio contra el derecho a la defensa, que es un derecho fundamental reconocido por tratados internacionales, cartas constitucionales y en numerosos pronunciamientos de organismos constitucionales. El Tribunal Constitucional ha definido las características esenciales de este derecho en el Exp. N° 3741-2004-AA/TC(163) Ramón Hernando Salazar Yarlequé como la facultad de contradecir y argumentar en defensa de sus derechos e intereses.

Desde la doctrina procesal tenemos que a efectos de garantizar que el acusado se pueda defender de la imputación adecuadamente bajo el principio de igualdad de armas por lo que se le debe reconocer las siguientes facultades: 1. Control de la prueba que valorará el tribunal en la sentencia para lo cual se debe garantizar la participación del acusado o su defensa técnica en el contradictorio. 2. Producción de prueba de descargo, a través de la recepción de las peticiones del acusado siempre que no sean impertinentes o superabundante. 3. Valoración de la prueba, la que debe se tendrá derecho a hacerlo durante los alegatos finales, entendiéndola como una valoración fáctica. 4. Valoración jurídica. Donde la defensa dará su versión jurídica del comportamiento del acusado que se ha tratado de reconstruir durante el debate. Abarcará también la pena si esta fuera necesaria(164).

Un procesado en la condición de reo ausente tiene derecho a presentar actuación de medios de prueba a su favor. Si se reconoce que un ausente debe tener un abogado que le defienda y que puede absolvérsele valorando pruebas en esa condición, no existe norma legal que impida que este pueda ofrecer los medios de prueba a su favor. Esta es una garantía desde la óptica del derecho fundamental a la defensa consagrada en la Constitución Política del Estado, inciso 14 del artículo 139. La única limitación podría ser por razones de pertinencia y legalidad, esto es, que tenga conexión con el hecho imputado y además señala el Supremo Tribunal que la prueba ilegal de por si es impertinente, asimismo, debe responder a la regla de necesidad de la prueba, y de oportunidad procesal.

La Ejecutoria Suprema Vinculante R. N. N° 1768-2006-Loreto, del doce de julio de dos mil seis, dice:

(163) Ver en jurisprudencia en la Web del Tribunal Constitucional <www.tc.gob.pe>. [Fecha de consulta: 16 de julio de 2013].
(164) MAIER, Julio. Ob. cit., Tomo I, p. 588.

> "(…) si bien es cierto el imputado tenía la condición de reo ausente, ello en modo alguno puede limitar su derecho a la prueba pertinente, en tanto se trata de un elemento de carácter instrumental que integra el contenido esencial del derecho de defensa reconocido en el inciso catorce del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política, sin que desde el principio de proporcionalidad puede justificarse impedir toda solicitud de prueba por la mera condición de reo ausente, pues se introduce un factor disciplinario ajeno por completo a la función y razón de ser de la actividad probatoria, solo limitable por razones de estricta pertinencia y legalidad [vinculada a la regla de pertinencia, en tanto que lo ilegal es en sí mismo impertinente], así como por motivos de conducencia y utilidad [que responden a la regla de necesidad de la prueba], y de oportunidad procesal; que, en tal virtud, el procedimiento especial establecido en el artículo trescientos veintiuno del Código de Procedimientos Penales debe interpretarse a la luz del derecho fundamental a la prueba y al debido proceso, que exige entender que el desarrollo del juicio oral no puede concebirse como una actividad meramente leída sino como una actividad procesal que implica, entre otros numerosos actos procesales, la actuación de la prueba bajo los principios de oralidad, inmediación y concentración".

El Supremo Tribunal establece que el procedimiento especial establecido en el artículo trescientos veintiuno[165] del Código de Procedimientos Penales debe interpretarse a la luz del derecho fundamental a la prueba y al debido proceso, y que el juicio oral no puede concebirse como una actividad de lectura de piezas procesales sino como una actividad procesal que implica la actuación de la prueba bajo los principios de oralidad, inmediación y concentración. Si bien este es de aplicación para un juicio ordinario, sin embargo la Suprema no dice nada respecto a los procesos sumarios donde la trasgresión de derechos del imputado es mayor. Generalmente vemos que se declara ausente a un imputado y el fiscal ya formuló acusación y si el juez es del parecer del Ministerio Público, mantiene una posición de condena expectante por lo

(165) Artículo 321. Si en la instrucción figurasen acusados presentes y ausentes, el Tribunal nombrará para el juicio oral defensor para los ausentes. La sentencia absolutoria puede comprender a los ausentes; pero la condenatoria solo puede comprender a los presentes, reservándose respecto de los ausentes. Si estos se presentan o son aprehendidos después de expedida la sentencia contra los presentes, el Tribunal citará para la audiencia en que debe juzgarlos; en la cual únicamente se leerá la instrucción, el acta de los debates orales, la sentencia contra los reos que estuvieron presentes y la resolución de la Corte Suprema, si la hubiese; se examinará al acusado, se oirá los informes del Fiscal y del defensor y se fallará sin más trámite.

que ordena la captura. Si el reo ausente es detenido se le toma su declaración a veces sin Ministerio Público, luego se remite al fiscal y este dice general y mecánicamente en su nuevo dictamen que la declaración del imputado no ha aportado nada nuevo a la investigación por lo que se ratifica en la acusación y queda el camino expedito para alegatos y dictar sentencia. Y si el acusado solicita actuación de pruebas se le dice que ya ha precluido la actuación probatoria lo que no parece razonable y es violatorio del derecho de defensa del imputado ausente. Distinta es la posición del reo contumaz, que ya conoce el proceso incoado contra él y no solicita actuación de pruebas de descargo, por lo que hacerlo cuando es intervenido en el caso del sumario, tiene razonabilidad que se indique que la estación probatoria ha concluido.

En conclusión, podemos señalar que si bien es entendible que desde la óptica del sistema inquisitivo se limite derechos a los reos ausentes, y que la norma ha sido interpretada favoreciendo al imputado por el Tribunal Supremo; lo que se advierte es que la parte del artículo 321 del Código de Procedimientos Penales que dice que si el ausente es aprehendido, deberá ser citado a la audiencia en la cual **únicamente** se leerá la instrucción, el acta de los debates orales, la sentencia contra los reos que estuvieron presentes y la resolución de la Corte Suprema, si la hubiese; se examinará al acusado, se oirá los informes del fiscal y del defensor y **se fallará sin más trámite;** debiera ser inaplicada vía control difuso por los jueces porque contraviene la Constitución, sin perjuicio que se opte por ejercer el derecho de iniciativa legislativa que tiene la Corte Suprema con la finalidad de modificar la disposición.

1. Apertura del juicio y posición de las partes

Según el artículo 304 del CPPMI en el día y hora fijados, el tribunal se constituirá en el lugar señalado para la audiencia. Después de verificar la presencia del Ministerio Público, del imputado y su defensor, y de los demás intervinientes que hubieren sido admitidos, de los testigos, peritos o intérpretes que deben tomar parte, el presidente del tribunal declarará abierto el debate, advirtiendo al imputado que esté atento a lo que va oír, ordenando la lectura de la acusación y del auto de apertura del juicio.

En el NCPP 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 (art. 371.1). La idea es que siendo el juicio público se sepa sobre qué caso versará el juicio oral y quién es la persona imputada.

El fiscal, como titular de la acción penal, intervendrá exponiendo resumidamente los hechos objeto de la acusación, la calificación jurídica y las pruebas que ofreció y fueron admitidas. Es decir, hará la presentación de su teoría del caso mediante un alegato de entrada. Luego podrán intervenir los demás sujetos procesales a través de sus abogados presentado sus teorías del caso. El orden será así: los abogados del actor civil y del tercero civil expondrán concisamente sus pretensiones y las pruebas ofrecidas y admitidas. El defensor del acusado expondrá brevemente sus argumentos de defensa y las pruebas de descargo ofrecidas y admitidas.

Luego que concluyeron los alegatos de entrada, el juez está obligado a informar al acusado de sus derechos y que 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; sin embargo, debe tenerse en consideración su conducta procesal de tal forma que se evite cualquier maniobra dilatoria del juzgamiento.

El acusado tiene derecho a estar comunicado con su defensor, por ello en el juicio oral está siempre al lado de su asesor jurídico. El derecho de contar con su abogado no paralizará la audiencia. Se precisa que el derecho a estar comunicado con su abogado que no podrá ejercer durante su declaración o antes de responder a las preguntas que se le formulen y deberá responder si es que aceptan los cargos y se someten al procedimiento de conclusión anticipada.

II. Conclusión anticipada del juicio

1. Antecedentes

La conclusión anticipada del proceso tiene su génesis, en el Perú, en el proyecto de ley remitido por el entonces presidente del Poder Judicial, Hugo Sivina y al también entonces presidente del Congreso, Henry Pease García, el 27 de agosto de 2003, y que fue aprobado en sesión de la sala plena de la Corte Suprema. Una iniciativa loable del supremo tribunal ejercitando sus facultades constitucionales y empleando los cauces establecidos. Se aparejó al proyecto de ley una exposición de motivos.

En primer lugar, una de las motivaciones estaba en la política de descarga procesal penal, esto es, disminuir los procesos penales a efectos de evitar demoras innecesarias que afecten a los justiciables y que está en consonancia

con el derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas, reconocido en el artículo 10, numeral 2, literal "c" del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. La segunda motivación era dotarle mayor eficacia al sistema de justicia penal y la tercera en la búsqueda de una mayor celeridad en todos los procesos que sean de conocimiento de las instancias judiciales. Como antecedentes en el Derecho Comparado está la legislación argentina, el Código Procesal penal de Neuquén en Argentina en su Libro Sexto que trata sobre los Procedimientos Abreviados que van desde los artículos 497 a 405. Se hace referencia a dos institutos: instrucción reducida y el juicio abreviado.

Para la instrucción reducida, establece el artículo 497 los requisitos para su procedencia:

> "La instrucción judicial podrá abreviarse cuando se proceda por delito de acción pública en los que se autoriza el juicio correccional y en los siguientes casos:
>
> 1. El imputado hubiese sido sorprendido en flagrancia.
>
> 2. Las pruebas recogidas por las autoridades policiales presentadas con la denuncia o incluidas en actuaciones administrativas, fueren suficientes para promover el juicio sin necesidad de otras diligencias.
>
> 3. El imputado hubiese reconocido ante el juez la comisión del delito".

La norma establece claramente tres supuestos de procedencia, la flagrancia, pruebas suficientes para promover juicio y que el imputado se hubiese declarado responsable. Esta es la regla general, sin embargo se fijan excepciones a la instrucción reducida con base en lo siguiente, esto es, que no correspondería que se abrevie la instrucción cuando:

- El asunto es complejo, es decir, que ofrezca alto grado de dificultad o las pruebas no se puedan completar rápidamente.
- Si existiesen obstáculos fundados en privilegios constitucionales.
- Si corresponde prisión preventiva del imputado.

La otra institución es el juicio abreviado regulado por el artículo 501 del Código citado que dice: "Cuando el fiscal, el defensor y el querellante consideren que puede llevarse a cabo el juicio con los elementos de convicción reunidos en la investigación sumarial, pueden solicitar que el proceso sea definido mediante una audiencia abreviada".

Otras legislaciones procesales que inspiraron el proyecto fueron los procedimientos del "juicio directísimo" y del "juicio inmediato" regulados por los artículos 449 al 458 del Código de Procedimiento Penal italiano y la Ley 38/2002 del 24 de octubre de 2002 reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española. En esta última norma citada es menester remitirnos a la finalidad que se buscaba con ella y en la exposición de motivos se señalaba con claridad:

> "La presente ley es fruto destacado del espíritu de consenso que anima el Pacto de Estado para la reforma de la justicia. Entre los muchos objetivos de dicho pacto está el de que una futura Ley de Enjuiciamiento Criminal consiga la agilización de los procedimientos, la mejora de los procedimientos abreviados, el enjuiciamiento inmediato de los delitos menos graves y flagrantes, y la simplificación de trámites en las grandes causas. Este objetivo no admite demora y debe ser acometido con prontitud a través de una reforma parcial de la actual Ley de Enjuiciamiento Criminal. Se trata de profundizar en la vía abierta por lo que en el lenguaje forense y hasta en el lenguaje coloquial se conocen como juicios rápidos, dando lugar en algunos casos a una justicia realmente inmediata".

Dentro de un conjunto de modificaciones la Ley 38/2002 se estableció el procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos fijando en el artículo 795 el ámbito de aplicación en la instrucción y enjuiciamiento de delitos castigados con pena privativa de libertad no mayor de 5 años u otras penas conjuntas o alternativas cuya duración no exceda de 10 años. Otro requisito para la procedencia es que se trate de delitos flagrantes.

El artículo 795, en el inciso 1, establece una definición de flagrancia de la siguiente forma:

> "Que se estuviese cometiendo o se acabare de cometer cuando el delincuente sea sorprendido en el acto. Se entenderá sorprendido en el acto no solo al delincuente que fuere detenido en el momento de estar cometiendo el delito, sino también al detenido o perseguido inmediatamente después de cometerlo, si la persecución durare o no se suspendiere mientras el delincuente no se ponga fuera del inmediato alcance de los que le persiguen. También se considerará delincuente *in fraganti* aquel a quien se sorprendiere inmediatamente después de cometido un delito con efectos, instrumentos o vestigios que permitan presumir su participación en él".

Además fija un catálogo de delitos en los que se puede aplicar siendo estos, lesiones, coacciones, amenazas o violencia física o psíquica habitual, delitos de hurto, delitos de robo, delitos de hurto y robo de uso de vehículos y delitos contra la seguridad del tráfico. Otro supuesto es que se trate de un hecho punible cuya instrucción sea presumible que será sencilla.

La normativa comentada fue el fundamento de Derecho Comparado del proyecto presentado y que con modificaciones se plasmara en la Ley Nº 28122.

En el R. N. N° 001766-2004-Callao del 21 de setiembre de 2004, ejecutoria vinculante se señala que el Fiscal Supremo en lo Penal ha cuestionado la legalidad del procedimiento seguido por el tribunal de instancia para dictar la sentencia recurrida estimando que no se debió aplicar la conclusión anticipada regulada por la Ley Nº 28122. Frente a este cuestionamiento, el Supremo Tribunal considera que la ley trae dos institutos procesales, la conclusión anticipada de la instrucción judicial y la conclusión anticipada del debate o del juicio oral. Que en el primer instituto de conclusión anticipada de la instrucción no se requiere la aceptación del procesado esto es que su voluntad no puede impedir que se aplique y que está circunscrito a determinados tipos penales y a procesos simples, siendo los delitos los que están detallados en el artículo 1 de la Ley Nº 28122: "La instrucción judicial podrá concluir en forma anticipada, en los procesos por los delitos previstos en los artículos 121, 122, 185, 186, 188, 189 primera parte y 298 del Código Penal (…)".

Además se debe aparejar a estos tipos penales otros supuestos como flagrancia delictiva, que la investigación preliminar con la intervención del fiscal tenga suficiencia probatoria y también haya confesión sincera. El Supremo Tribunal con relación al segundo instituto, esto es, la conclusión anticipada del juicio oral, afirma que procede bajo el principio de consenso, es decir, que se requiere la aceptación de los cargos por el imputado y su defensa para darle curso al procedimiento. Una vez cumplido este requisito el tribunal tiene sus facultades plenas para poder condenar e incluso absolver al acusado. La aceptación del acusado no significa un allanamiento a la pena y reparación civil solicitada. Los tipos penales que pueden ser sometidos a la conclusión anticipada del juicio oral, son todos porque es una institución autónoma y no está sujeta a los tipos penales simples para los de la conclusión anticipada de la instrucción. Por eso cabe admitir en ella los delitos de tráfico de drogas; aunque esto va en contrario del espíritu original que animó el proyecto de ley presentado por la Corte Suprema, esto es, circunscribirla a determinados tipos penales expresándolo así:

> "La Ley establece reglas de abreviación de la instrucción por delitos de lesiones graves y leves dolosas (arts. 121 y 122 del CP), hurto simple (art. 185 del CP), hurto agravado (art. 186 del CP), robo simple (art. 181 del CP), robo agravado (art. 189 primera parte del CP) y micro comercialización de drogas (art. 298 del CP). La limitación de su ámbito objetivo a este grupo de ilícitos obedece a su preponderancia en las cifras de la criminalidad de nuestro país, pero también a que en estos delitos, por la entidad de las penas previstas en el Código Penal, suele decretarse detenciones preventivas o condenas a pena efectiva de privación de libertad. Con lo que el efecto esperado de la norma no se reduce a la restricción de la duración de la etapa judicial sino también, según el caso, de la detención preventiva, reduciéndose así la cifra de detenidos no sentenciados"(166).

Como conclusión arribada tenemos que, si bien es verdad, la Sala Suprema en aras de la eficacia del sistema judicial penal y la celeridad procesal permite que se aplique a los delitos más graves, sin embargo, debe tenerse en cuenta que la imposición del juez para aplicar la conclusión anticipada en la instrucción, aun en contra de la oposición del imputado puede considerarse atentatoria contra su derecho a la defensa, por lo que en aras de un proceso más garantista consideramos que la aceptación es indispensable en ambos institutos delimitados por la sala por lo que no comparto su posición que solo debe ser en la etapa oral.

2. Votación de cuestiones de hecho en la conclusión anticipada

Las cuestiones de hecho según el procesalista César San Martín tienen la denominación de veredicto, que es una exigencia al tribunal para que se concentre exclusivamente a establecer los puntos probados y no probados del proceso penal, haciendo una abstracción de consideraciones jurídicas y solamente concentrándose en lo fáctico.

En el artículo 279 del Código de Procedimientos Penales modificado por la Ley N° 28117 hace referencia al momento que deben votarse las cuestiones de hecho: "concluidos los informes, el Presidente concederá la palabra al acusado, para que exponga lo que estime conveniente a su defensa. A continuación declarará cerrado el debate y suspenderá la audiencia para votar las cuestiones de hecho y dictar sentencia".

(166) Exposición de motivos presentado en el Proyecto de Ley de la Corte Suprema, contenido en el Oficio Nº 3934-2003-P-PJ remitido al Congreso fechado 27 de agosto de 2003. Fuente. Portal del Congreso de la República. <www.congreso.gob.pe>, [fecha de consulta: 18 de abril de 2014].

El artículo 281 del Código acotado establece como regla que el tribunal antes de fallar votará previamente cada una de las cuestiones de hecho debiendo considerar las conclusiones escritas presentadas por el fiscal, el defensor y la parte civil. Luego de esta primera votación inmediatamente se votará la pena. Guzmán Ferrer, ex Vocal Superior de Ica cuya obra no ha sido ponderada lo suficiente, cita el comentario del doctor M. H. Cornejo quien al analizar el artículo 281 dice que este fija el principio fundamental que en toda sentencia que merezca ese nombre debe existir división entre las cuestiones de hecho y la pena. Que las cuestiones de hecho deben votarse independientemente de la pena y que las cuestiones de hecho deben plantearse por el tribunal de común acuerdo teniendo en cuenta las conclusiones presentadas por la acusación y la defensa(167). En dicha obra se cita al doctor J. J. Calle quien respecto a una pluralidad de acusados dice que las cuestiones de hecho deben formularse separadamente para cada uno de ellos y si un procesado está acusado por varios delitos se establecerá el cuestionario respecto de cada uno. Aquí se advierte una nota importante, el cuestionario, es decir, que el tribunal se formulará interrogantes respecto de los hechos y que dando sustento a la sentencia: "(…) deben comprender todas las circunstancias objetivas y subjetivas a que está vinculada la represión, esto es, causas que las eliminan o atenúan las condiciones de culpabilidad y las que deben apreciarse para la aplicación de la pena (…)"(168).

La jurisprudencia de la Corte Suprema ha entendido que las cuestiones de hecho deben votarse mediante una respuesta de confirmación o no, por ello en esa línea tenemos que las respuestas a las mismas deben ser absueltas con los monosílabos "sí" o "no"(169) y que acarrea la nulidad de la sentencia si no se ha contestado en algún sentido. De esto podemos colegir que es tendencia jurisprudencial que si no existe un tratamiento adecuado de las cuestiones de hecho esto puede traer la nulidad de los fallos y ratifica esta línea en las siguientes ejecutorias supremas. En el R. N. N° 1857-2003-Huánuco(170), del siete de enero de dos mil cuatro, se dice:

> "Asimismo, en los casos en que se dicte condena imponiendo pena privativa de libertad con el carácter de efectiva, la Sala Penal Superior

(167) GUZMÁN FERRER, Fernando. *Código de Procedimientos Penales*. Editorial Científica. 8ª edición, Lima, 1982, p. 476.
(168) Ídem.
(169) Ver: En Anales Judiciales 1947. p. 381. Revista de Jurisprudencia Peruana, 1976. p. 1020. Citado por Guzmán Ferrer. Ob. cit., p. 479.
(170) Jurisprudencia Sistematizada de la Corte Suprema Perú. Editado por Comisión Europea, Jusper, Poder Judicial, 2008, edición digital.

> se encuentra obligada a plantear, discutir y votar las cuestiones de hecho, conforme lo prevé el artículo doscientos ochenta y uno del Código de Procedimientos Penales, concordante con el artículo doscientos ochenta y cinco del acotado; omisión que también acarrea la nulidad de la recurrida por no ser susceptible de subsanación (…)".

En el R.N. N° 4041-2004-Loreto[171], del diecisiete de febrero del año dos mil cinco se advierte que hay omisión de la firma en las cuestiones de hecho sancionándola con nulidad. Por otro lado, el Código de Procedimientos Penales en el artículo 282 establece que para las resoluciones de las cuestiones de hecho bastará mayoría de votos y aquí se consagra también las reglas de votación de la pena. La doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema conforme a esta regulación legal separa la votación de las cuestiones de hecho y de la pena; pero debe tenerse en cuenta que las cuestiones de hecho, esto es, la parte fáctica aborda todo los datos que deberán sustentar tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y pena y que han sido objeto de contradictorio. Aquí hay un asunto que no debe dejar de tomarse en cuenta para el fundamento del porqué no se votarán cuestiones de hecho y es porque ha existido una suerte de convención sobre determinados hechos que tiene, por ejemplo, regulación en el NCPP[172]; sin embargo, atendiendo que como señala la propia jurisprudencia vinculante si el tribunal puede también absolver, significando entonces que habría una discordancia con la propia posición del inculpado que se ha sometido a la conclusión en consecuencia si no hay acuerdo, los hechos controvertidos deben ser votados.

Declarada la conclusión anticipada del debate oral, se dictará sentencia en esa misma sesión o en la siguiente y no podrá postergarse por más de 48 horas, bajo sanción de nulidad. En estos casos no cabe plantear y votar las cuestiones de hecho conforme lo establece el artículo 281 del Código de Procedimientos Penales, en principio porque la norma especial no lo estipula de modo expreso, sino también porque el citado artículo 281 tiene como presupuesto una audiencia precedida de la contradicción de cargos y de una actividad probatoria realizada para verificar –rechazando o aceptando– las afirmaciones de las partes, que es lo que no existe en esta modalidad especial de finalización del procedimiento penal y que es la idea principal de la Sentencia Vinculante Nº 2206-2005-Ayacucho de doce de julio de dos mil cinco, centrada en lo señalado por el inciso 2

(171) Ídem.

(172) Artículo 350, inciso 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.

del artículo 5 de la Ley Nº 28122 que dice: "Si se produce la confesión del acusado, el juzgador preguntará al defensor si está conforme con él. Si la respuesta es afirmativa, se declara la conclusión anticipada del debate oral".

Se aprecia en la Sentencia Vinculante R.N. N° 2206-2005-Ayacucho, de doce de julio de dos mil cinco, que el sentenciado no se conformó con la pena y por eso interpuso recurso de nulidad argumentando que no se había tomado en cuenta la confesión sincera para disminuir. En este caso, si ese era un hecho que la defensa consideraba que debía tomarse en cuenta para la graduación de la pena, pudo utilizar la regla del inciso 3 del artículo 5 de la Ley Nº 28122 que permite oralizar medio probatorio sobre la pena y la reparación civil. Si se hubiera procedido así, entonces si el tribunal tendría que haber sometido a votación esa cuestión de hecho planteada por la defensa, es decir, primero si la conducta procesal estaba dentro del instituto de confesión sincera, y segundo si debía tomarse en cuenta como criterio de atenuación.

En la ejecutoria N° 1838-2005-Madre de Dios[173], del veintitrés de agosto de dos mil cinco la fiscalía, apelante alegó que la conformidad del acusado no lo había sido de la reparación civil en contravención del artículo 5 de la Ley Nº 28122 habiendo el Supremo Tribunal resuelto en contra de este argumento así:

> "(…) atento a la aceptación de cargos del imputado, no es relevante para condicionar la validez del fallo impugnado que en el acta de la audiencia no se consignó el extremo referido a la responsabilidad civil, en tanto que esta es consecuencia de la responsabilidad penal y, además, el acusado no cuestionó su imposición".

Que la fiscalía, igualmente, si cuestionaba el hecho de que no se le había solicitado conformidad en cuanto a la reparación civil, debió controvertir en dicho extremo y no lo hizo, convalidando así esta deficiencia de la Sala Superior, puesto que la norma es bastante clara ya que exige conformidad respecto a la reparación civil.

En la siguiente ejecutoria, la Procuraduría interpone recurso de nulidad porque se fijó como reparación civil en su concepto exigua habiendo la Sala Penal Permanente en el R.N. N° 2770-2004-Callao[174], de dieciocho de noviembre de dos mil cuatro, resuelto de la siguiente forma:

(173) Jurisprudencia Sistematizada de la Corte Suprema Perú. Editado por Comisión Europea. Jusper. Poder Judicial, 2008, edición digital.
(174) Ídem.

> "Que, en el presente caso, luego de instalarse el juicio oral y fijar los términos del debate, se preguntó al imputado y su defensa si el primero se consideraba autor del delito materia de acusación fiscal y responsable del pago de la reparación civil, al responder en sentido positivo con aceptación de su defensa y sin exigencia de actuación probatoria alguna dio lugar a la sentencia recurrida; que siendo así, el agravio de la parte civil con relación a este extremo de su recurso impugnatorio no resulta atendible".

En conclusión, si como regla general no se deben votar las cuestiones de hecho porque se está ante una suerte de convenciones, sobre estos cabe la excepción cuando hay controversia por ejemplo en cuanto a la reparación civil o cuando el mismo tribunal discrepa de relación a los hechos que sustentarán el juicio de tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y determinación de la pena.

III. Alcances de la conclusión anticipada

Frente a las preocupaciones existentes en la judicatura respecto de la conclusión anticipada se dictó Acuerdo Plenario N° 5-2008/CJ-116 del dieciocho de julio de dos mil ocho. El Pleno de jueces supremos se planteó los siguientes temas de discusión: 1. La institución procesal de la conformidad. 2. La oportunidad procesal para acogerse a la conformidad. 3. Las posibilidades existentes para declarar la conformidad parcial. 4. La convocatoria como testigo del imputado conformado. 5. El alcance de los efectos vinculantes de la conformidad del acusado. 6. La medición de la pena en relación con la conformidad y la confesión; y, 7. La conformidad y el objeto civil del proceso penal.

1. La conformidad

Como su nombre lo indica, es aceptación de algo, en la conclusión anticipada es un requisito para que el trámite se adecúe a este procedimiento más expeditivo y es esta su finalidad y no necesariamente para que se le deba beneficiar en la pena quien se ha acogido y así se reconoce en la Ejecutoria Suprema R.N. Nº 3532-2006-Arequipa[175] del veintiocho de noviembre de dos mil seis.

(175) Anales Judiciales de la Corte Suprema. Año Judicial 2006. Tomo XCV. Editado por Centro de Investigaciones Judiciales, Lima 2007, p. 143.

> "Que la institución de la conformidad dentro del marco de la conclusión anticipada del debate oral tiene como presupuesto abreviar el procedimiento y no necesariamente la disminución de la punición (…)".

En esta Ejecutoria Suprema se cuestionaba la legalidad del procedimiento de conclusión anticipada, toda vez que al imputado se le había impuesto una pena drástica porque habían innumerables pruebas respecto a su participación en delitos de robo, esta era la razón y la sala antes de pronunciarse sobre el fondo hizo un examen de la forma cómo se había llevado el procedimiento, no encontrando ningún vicio de nulidad.

A este primer tema, el supremo tribunal estableciendo un criterio general que el tribunal responsable del juzgamiento, en ese procedimiento no puede agregar ni reducir los hechos o circunstancias descritos por el fiscal y aceptados por el imputado y su defensa. Tampoco puede pronunciarse acerca de la existencia o no de las pruebas o elementos de convicción. Aquí predomina la regla a confesión de parte, relevo de prueba; sin embargo, siendo esta una materia tan delicada porque hay limitación de derechos fundamentales y si bien hay reglas como que no basta la sola sindicación para condenar, tampoco debe aceptarse el auto inculpación sin prueba que corrobore.

2. Oportunidad procesal del acusado para acogerse a la conformidad

Se tiene que Ley Nº 28122 en su artículo 5 que establece que la sala luego de instalada la audiencia, preguntará al acusado si acepta ser autor o partícipe del delito materia de la acusación y responsable de la reparación civil y si hay aceptación y su abogado defensor está conforme se declara la conclusión anticipada del debate oral. Es decir que es cuando se le emplace en el periodo inicial y, siempre, antes que se inicie el periodo probatorio del juicio oral, sino ya no tendría sentido. En este aspecto debo disentir de este criterio toda vez que si la celeridad procesal está de por medio no veo ningún reparo en aceptar en cualquier estado del juicio oral la solicitud de conclusión anticipada, salvo que este sea solicitada con ánimo dilatorio o malicioso. Si se acepta, se deben reducir los beneficios en cuanto a disminución de pena, ya que la idea es esa, que contribuya en la celeridad procesal, lo que debe ser ponderado por el colegiado.

3. La conformidad parcial

Está expresamente autorizada por la Ley Nº 28112 en el inciso 4 del artículo 5 cuando se dice que si son varios los acusados y solamente confiesa una parte de ellos, con respecto a estos, se aplicará el trámite previsto y se

expedirá sentencia, prosiguiéndose la audiencia con los no confesos excepto cuando la sala estime que se puede afectar el resultado del debate oral. Es posible un juzgamiento independiente para los acusados no conformados, que se producirá siempre que los hechos estén clara y nítidamente definidos en la acusación, y el relato fáctico que contiene la misma delimite perfectamente los roles y la conducta específica que realizó cada copartícipe. Aunque el supremo tribunal entiendo que le pone énfasis en cuanto a la individualización en la etapa previa al juzgamiento, y advertimos que este es un requisito para abrir instrucción y llegado al acto de inicio de juzgamiento se tienen mayores datos que aportan a establecer con mayor nitidez cual ha sido el comportamiento de los imputados en el delito atribuido. De todas formas nos parece razonable que haya conformidad parcial de tal forma que se resuelva la situación de algunos de los imputados.

4. Convocatoria como testigo del imputado conformado

Puede declarar en el juicio contradictorio seguido con los acusados no conformados y el régimen jurídico aplicable es el establecido para los testigos, con la misma obligación de concurrir, y sometido a las mismas consecuencias penales que cualquier otro testigo si es que mintiera y en igual situación estarán, los coimputados sobreseídos o absueltos con anterioridad y además debe permanecer latente las sospechas que puedan merecer sus declaraciones. Es razonable si ya se definió la situación jurídica de los conformados su convocatoria sea en calidad de testigo.

5. Alcance de los efectos vinculantes de la conformidad del acusado

El tribunal está vinculado absolutamente a los hechos conformados. No solo tiene un deber de instrucción o información, también tiene poderes de revisión *in bonam partem* respecto a su configuración jurídica, dentro de los límites del principio acusatorio y del respeto al principio de contradicción, y, en consecuencia, está autorizado a dictar la sentencia que proceda. Asimismo, puede dosificar la pena dentro del marco jurídico del tipo legal en aplicación de los artículos 45 y 46 del Código Penal. El tribunal no puede ir más allá de los hechos conformados, porque esto sería atentar contra el derecho de defensa de quien o quienes se han sometido a la conclusión anticipada.

6. Medición de la pena en relación con la conformidad y la confesión

La sentencia conformada no tiene efectos extensivos o prejudiciales sobre la sentencia dictada en el juicio contradictorio y si en este juicio surgen

datos nuevos que favorezcan la situación jurídica de los reos conformados, en el fallo que se dicte puede revisarse la sentencia con el fin de atenuar la pena. Aquí el tribunal se pone un límite a su facultad sancionadora y más bien bajo el principio de favorabilidad puede revisar la sentencia conformada a efectos de dar un trato más benigno a los condenados conformados.

Existe cierta coincidencia entre la regulación de la confesión y la función de la conformidad. La confesión, para que configure una circunstancia atenuante de carácter excepcional, está sujeta a determinados requisitos legalmente estipulados, cuya razón es la facilitación del esclarecimiento de los hechos delictivos y que sea relevante para la investigación de estos. No obstante ello, la conformidad de cumplir sus requisitos legales importa necesariamente una reducción de la pena, por aplicación analógica del artículo 471[176] del Nuevo Código Procesal Penal que regula la terminación anticipada, pero señala el Pleno de Supremos, con una reducción inferior a la sexta parte.

En la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema se ha establecido como notas características de la confesión sincera su espontaneidad, es decir, que el agente voluntariamente puede dar información respecto a su propio comportamiento, obviamente esto tiene que ser sin presiones de ninguna índole, salvo informándole sobre los beneficios de la institución y que esta información entregada respecto de su actuación sea veraz y así lo señala la Ejecutoria Suprema R.N. Nº 3678-2006-Tumbes[177], de diecisiete de noviembre de dos mil seis:

> "Que, respecto a la pena impuesta al encausado José Luis Vásquez Fernández, es de acotar que si bien se acogió a la conclusión anticipada del debate oral –como se aprecia del acta de fojas trescientos sesenta– lo cierto es que ello no puede homologarse a la confesión sincera que regula el artículo ciento treinta y seis del Código de Procedimientos Penales –que otorga el beneficio de la disminución prudencial de la pena–, pues carece de los requisitos de veracidad y espontaneidad que este Supremo Tribunal tiene establecidos".

En la Ejecutoria Suprema R.N. Nº 1292-2006-Lima[178], del veintiocho de noviembre de dos mil seis se realiza una distinción entre la confesión sincera

(176) Artículo 471. Reducción adicional acumulable en el Procedimiento de Terminación Anticipada.- 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.

(177) Anales Judiciales de la Corte Suprema. Año Judicial 2006, Tomo XCV, Editado por Centro de Investigaciones Judiciales, Lima 2007, p. 159.

(178) Jurisprudencia Sistematizada de la Corte Suprema Perú. Editado por Comisión Europea. Jusper. Poder Judicial, 2008, edición digital.

invocada por el impugnante, alegando que se le había impuesto una pena por encima del mínimo legal y la adhesión a los cargos para concluir anticipadamente el juicio oral así:

> "(…) el imputado no admitió los hechos en el curso del periodo investigatorio –preliminar y judicial–, por lo que no es posible aplicar el artículo ciento treinta y seis del Código de Procedimientos Penales que incorpora una atenuación excepcional por confesión sincera [es de distinguir la confesión como medio de prueba, única que permite la aplicación de la atenuación excepcional, de la admisión de cargos como expresión del principio de adhesión o del consenso y destinado exclusivamente a concluir el juicio oral renunciando a su vez a la actividad probatoria]; que, siendo así, al haberse impuesto al acusado el mínimo legal no es del caso rebajar la pena por debajo de ese límite (…)".

La Ejecutoria Suprema R.N. Nº 1292-2006 además fija el contenido de la conformidad absoluta del imputado, esto es, aceptación de hechos y la reparación civil solicitada en el acto postulatorio:

> "Que del acta de fojas cuatrocientos cuarenta y siete se advierte que el imputado y su abogado defensor se acogieron a la conclusión anticipada del acto oral y, por tanto, el primero se declaró confeso de los hechos que se le imputan y aceptó ser autor de los mismos y responsable de la reparación civil, a la vez que pidió se tenga en cuenta su arrepentimiento; que, siendo así, carece de virtualidad la alegación que se formula en el sentido que no se le permitió referir los hechos tal como sucedieron, en tanto que de dicha acta no aparece evidencia alguna de esa supuesta voluntad condicionada de aceptación de cargos, tanto más si la institución de la conformidad supone la aceptación absoluta de los hechos glosados en la acusación fiscal, sin que corresponda formular algún cuestionamiento del relato hecho valer por el fiscal".

7. Conformidad y el objeto civil

La conformidad sobre el objeto civil está informada por los principios dispositivo y de congruencia. Si no se cuestiona la reparación civil no es posible modificarla. Debe respetar la pretensión civil alternativa de la parte civil. Es posible, si fuera el caso, la interrupción del juicio para la actuación de pruebas en aras de la determinación de la reparación civil. Debe tomarse en cuenta para su concreción la suma global y la regla de la solidaridad en los supuestos de codelincuencia. La variación del monto de la reparación civil en la segunda

sentencia no altera la fijada en la sentencia conformada. La persecución de la reparación civil le corresponde a la fiscalía y a la parte civil por ello el tribunal se somete a esos parámetros.

Como primera conclusión tenemos que la conformidad no debe confundirse necesariamente con penas benignas al imputado; lo que hace simplemente es dar celeridad a la causa. Una segunda es que la oportunidad en el juicio oral para acogerse es la primera etapa dice el Acuerdo Plenario, posición que no parece razonable si ponemos por delante el principio de celeridad procesal, y entonces el imputado podría solicitarlo antes de la finalización de la etapa probatoria, salvo que lo haga para entrampar la causa de tal forma que el tribunal esté obligado a rechazar la solicitud. La tercera conclusión es que nos parece correcto, siempre que no entrampe el desarrollo del proceso aceptar la conformidad parcial por alguno de los imputados. La cuarta conclusión la tenemos en que nos parece correcto establecer que si ya se definió la situación jurídica de los conformados, su convocatoria sea en calidad de testigo. La quinta conclusión es que el tribunal no puede ir más allá de los hechos conformados porque sería atentar contra el derecho de defensa de quien o quienes se han sometido a la conclusión anticipada. La sexta conclusión es que las sentencias de los conformados tiene la calidad de cosa juzgada y aquí el tribunal se pone un límite a su facultad sancionadora y más bien bajo el principio de favorabilidad puede revisar la sentencia conformada, a efectos de dar un trato más benigno a los condenados conformados si del juicio de los no conformados aparecen datos en esa dirección.

IV. Conclusión anticipada del juicio en el NCPP

Esta institución se aplica en el juicio oral, cuando el juez según el artículo 372.1 después de haber instruido de sus derechos al acusado, como el guardar silencio, de contar con abogado, derecho a ofrecer pruebas, es decir, se le preguntará si admite ser autor o partícipe del delito materia de acusación y responsable de la reparación civil.

El acusado tiene derecho a consultar a su abogado para responder. Si lo hace afirmativamente, el juez declarará la conclusión del juicio. A diferencia del procedimiento vinculado al Código de Procedimiento de 1940, en esta conclusión sí se le da participación al fiscal, pues el acusado antes de responder puede solicitar conferenciar con el fiscal para llegar a un acuerdo sobre la pena, y el juez suspenderá por breve término que sería en la misma sesión. La idea es que esto tampoco se convierta en una analogía de la terminación anticipada,

porque entonces se entramparía el juicio oral. Si no hay acuerdo, queda la pena a potestad del juez si es que el acusado acepta los cargos.

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. Si es en la misma sesión y podría dictarse oralmente en forma resumida la parte considerativa y resolutiva, con cargo a la redacción final antes de las 48 horas.

Puede darse el caso que el imputado acepta los cargos pero no la pena y reparación civil solicitada por el fiscal. El juez puede generar debate de estos temas y determinará las pruebas que podrán actuarse. En el caso de las penas, por ejemplo, si hay atenuantes o agravantes, o imputabilidad restringida. La admisión de prueba deberá admitirse bajo las reglas de pertinencia, conducencia y utilidad. La base para la determinación de la pena está indicada en los artículos 45, 46, 46a, 46b y 46c del CP. Si es en el ámbito reparativo será la prueba de los daños que ha generado el delito, emergente, lucro cesante y daño moral.

1. Pluralidad de agentes

La regla es que si son varios los acusados y solamente admiten los cargos una parte de ellos, con respecto a estos últimos se aplicará el trámite de conclusión anticipada, y se expedirá sentencia, continuando el proceso respecto a los no confesos. Esto deberá ser sopesado por el juez, pues podría facultativamente establecer que continúe el juicio oral sin perjuicio de reconocer los efectos premiales a los confesos. Por otro lado, si acepta y sentencia a una parte y prosigue luego con los que no lo han hecho, se podrá recurrir a los conformados en calidad de testigos que en esta nueva circunstancia tienen que declarar con veracidad, pues sino podrían ser denunciados penalmente por falso testimonio.

En caso de acuerdo con el fiscal de la pena o reparación civil, la sentencia de conformidad se dictará aceptando los términos del acuerdo como regla general; pero consideramos que existe todavía un margen de control de legalidad del juez pues imaginemos si es que en un caso de violación de menor de edad con pena mínima de 30 años, se acuerde que la pena será 10 años. El juez podrá dictar sentencia rechazando el acuerdo e imponiendo la pena que proporcionalmente y legalmente le corresponde.

2. Absolución

La posibilidad de absolución estaba precisada en Acuerdo Plenario sobre Conclusión anticipada, porque se basa en el supuesto que no basta la autoincriminación para dictar sentencia condenatoria. Deben existir elementos de

prueba corroborantes. En el NCPP se le da facultades al juez para absolver si estima que el hecho no constituye delito o resulta manifiesta la concurrencia de cualquier causa que exima o atenúa la responsabilidad penal.

Respecto de la aceptación no vincula al juez penal la conformidad del acusado 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. 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. Si hay actor civil, la fiscalía ya no tiene legitimidad para arribar acuerdos sobre ese tema.

V. Alegato de apertura

¿Qué es el alegato de apertura? Es una exposición resumida de la teoría del caso, que tiene como objetivo ofrecer al juez una forma de enfocar nuestra teoría del caso. Mediante este discurso se anunciará al juez lo que están a punto de ver en el juicio que se iba a iniciar(179). El alegato de apertura es la oportunidad del abogado para presentar su teoría del caso. Por medio del alegato, el juez tomará por primera vez contacto con los hechos y antecedentes que fundamentan el caso de la parte. Si decimos que se va a exponer resumidamente la teoría del caso sobre esta diremos que consiste en subsumir los hechos, dentro de la norma penal según los elementos de convicción recopilados; esto es, que la teoría del caso es el resultado de la hipótesis fáctica, jurídica y probatoria que maneja el defensor y Ministerio Público. La teoría del caso es un ángulo, un punto de vista de mirar la prueba.

Por ejemplo, en un caso de homicidio el fiscal en su alegato de apertura dirá que la evidencia indica que el acusado tenía un motivo para asesinar a la víctima, puesto que en una riña anterior a los hechos había sido humillado delante de su familia y amenazado con matarle; y que fue visto por un testigo en los alrededores de la escena del crimen, el día y hora que falleció la víctima. La defensa ofrecerá demostrar en juicio que el testigo de la fiscalía no es imparcial porque anteriormente había tenido un conflicto con el acusado y en consecuencia no tenía credibilidad. Además ofrecía un testigo que iba a indicar que el acusado en el día y hora de los hechos se encontraba cenando en un restaurante por lo que era imposible que este haya cometido el crimen.

(179) BAYTELMAN A., Andrés y DUCE J., Mauricio. *Litigación penal y juicio oral*. Fondo Justicia y Sociedad Fundación Esquel - USAID, 2004, p. 178.

El alegato de apertura es un momento de configurar la disposición mental del juzgador hacia el caso y la prueba. Organiza la información y el relato al juez de lo que va a fluir en el juicio oral.

1. Requisitos del alegato

a) Claridad. Esto es, que sea entendible por el juzgador, puesto que a menudo los abogados tenemos la propensión de realizar discursos farragosos que ni ellos mismos se entienden.

b) Orden. El alegato debe tener una secuencia lógica en cuanto a la exposición, esto es, que debe hacer énfasis primero en el hecho, la subsunción legal y los medios de prueba ofrecidos.

c) Sistematicidad. Puesto que sus partes deben tener una relación con todo el discurso y ninguna parte puede aparecer aislada y descontextualizada.

d) Organización. Esto es, que el discurso debe ser un construido en cuidando que respondan a una construcción lógica.

e) Brevedad. Ya de por sí al decir que el alegato de apertura es una versión resumida de la teoría del caso, por su naturaleza debe ser breve.

f) Sencillez. El discurso no debe ser enrevesado sino con un lenguaje común que sea entendido por el juzgador.

g) Prudencia. Esto es importante puesto que es una etapa donde los abogados ofrecen probar hechos tanto de cargo como de descargo en la promesa ofrecida. Si no se tiene medio de prueba que con solidez acredite un hecho, mejor ni ofrecerlo porque esto debilita la teoría del caso y la credibilidad de los abogados.

2. Requisitos del orador

Credibilidad. Esta es una cualidad que los abogados deben cultivar, puesto que en el alegato de apertura se hace una promesa al juzgador, probar su teoría del caso con medios de prueba como los testigos, puesto que si no es prudente al ofrecer sus órganos de prueba y estos en el juicio oral demuestran la debilidad de sus testimonio y en el alegato de apertura fue ofrecido como un testigo clave, esto enerva la credibilidad de los abogados.

Claridad. El orador debe ser lo más claro posible para que el juzgador pueda asimilar fácilmente su punto de vista, esto es su teoría de caso.

Serenidad. Siendo un alegato de apertura, el abogado debe exponer con tranquilidad, ya que esto va de la mano con la claridad.

Un abogado que pierde la compostura sin causa razonable mina también su credibilidad. Se debe decir al juez que es lo que dice la prueba para que este se halle en condiciones de reconstruir el caso de la historia que le narramos y con los medios de prueba que se le ofrece.

En el juicio van a discurrir múltiples relatos de los testigos de la fiscalía, de la defensa, los peritos, enfoques y relatos distintos o contradictorios por lo que se debe proveer al juez de un mapa para que navegue por esa información y ese es nuestro punto de vista que se expone en el alegato de apertura, por eso este es un componente de nuestra estrategia legal.

3. Regulación normativa del alegato de apertura según el NCPP

El alegato de apertura está regulado por el artículo 371 del NCPP que dice luego de instalada la audiencia y la identificación del procesado, el fiscal expondrá resumidamente los hechos objeto de la acusación, la calificación jurídica y las pruebas que ofreció y fueron admitidas. Luego los abogados del actor civil y del tercero civil expondrán concisamente sus pretensiones y las pruebas ofrecidas y admitidas debiendo tenerse en cuanto a que el discurso de estos sujetos procesales se circunscriben a sus facultades de esclarecer los hechos, y la reparación civil puesto que no pueden solicitar sanción. Finalmente, el defensor del acusado expondrá brevemente sus argumentos de defensa y las pruebas de descargo ofrecidas y admitidas.

4. ¿Qué no es un alegato de apertura?

Baytelman desarrolla un conjunto de negaciones al alegato de apertura[(180)]. Dice al respecto:

No es una pieza oratoria, es una promesa. Es decir, la naturaleza del alegato de apertura es un ofrecimiento de los abogados de probar su teoría del caso.

No es un alegato político ni emocional. En el alegato de apertura teniendo las características de claridad y sencillez, no puede dársele en esa etapa estilos caracteres negativos que irían en desmedro de la teoría del caso.

(180) BAYTELMAN A., Andrés y DUCE J., Mauricio. Ob. cit., p. 179.

No es un ejercicio argumentativo. Por la sencilla razón de que las pruebas se producirán en el juicio oral, por lo que resulta inconsistente analizar lo que todavía no es prueba y menos sacar conclusiones.

No es instancia para dar opiniones personales. Un caso es ganado por la parte que al final supo probar sus afirmaciones, el abogado no puede sustraerse de su estrategia de defensa por sus opiniones personales puesto que quedaría como un abogado diletante y gaseoso.

El alegato de apertura es un discurso de introducción con sus caracteres que deben empezar a ser estudiado por los abogados que desean empezar a realizar una inmersión intelectual en el NCPP.

Capítulo III
Modificación de calificación jurídica de los hechos

I. La determinación alternativa o desvinculación procesal

1. Antecedentes

La institución de la determinación alternativa o llamada también desvinculación procesal, como afirma Víctor Prado Saldarriaga,[181] no se sabe en qué momento apareció ni cuál era su sustento doctrinario. La Corte Suprema y las Salas Superiores solo se limitaron a utilizarla en sus sentencias poniendo de relieve sus características. Con la anulación de la sentencia de la Corte Suprema por el Tribunal Constitucional, en el caso Tineo Cabrera en el año 2002, se puso de manifiesto que la manera como se venía aplicando hasta esa época, ese "principio" atentaba contra el debido proceso; pero en el voto singular del extinto magistrado Manuel Aguirre Roca, se reconoció que la judicatura penal usaba esa figura en las sentencias.

La determinación alternativa surgió a mediados del siglo XIX en Alemania siguiendo el modelo francés de Tribunales de Jurados. En principio, el Tribunal Supremo Alemán lo admitió cuando se refería a acciones ejecutivas equivalentes del mismo tipo de delito; pero posteriormente se fue aplicando extensivamente, tanto así que hechos distantes como la tentativa de aborto y la estafa consumada; la embriaguez plena y el delito cometido en estado de embriaguez, la complicidad en un asesinato y la omisión de denunciar delitos determinados se emplearon para aplicar la determinación.

2. El *in dubio pro reo* y la determinación alternativa

Es Hans-Heinrich Jeschek quien en su Tratado de Derecho Penal, aborda el tema relacionándolo con el principio *in dubio pro reo*, considerando a

(181) PRADO SALDARRIAGA, Víctor. "Sobre la Jurisprudencia Penal en el Perú". En: *Legal Express* Nº 18, editado por Gaceta Jurídica, Lima, junio de 2002, p. 6.

ambas como instituciones que sirven para superar las dudas que surgen en la aplicación del Derecho y que se producen en el proceso penal ante una situación probatoria incierta(182).

Roxin considera que el principio *in dubio pro reo* rige para las cuestiones de la culpabilidad y de la punibilidad(183). El principio *in dubio pro reo* no rige para el esclarecimiento de cuestiones jurídicas dudosas, pues solo se refiere a la comprobación de hechos y no es aplicable al ámbito de interpretación de la ley(184).

Para Jeschek existen casos singulares en los que el convencimiento del juzgador resulta claro: que el acusado, de no haber cometido el hecho del que se le acusa y que de acuerdo con el principio *in dubio pro reo* tuviera que ser absuelto, necesariamente debe haber cometido otro hecho determinado, cuya existencia, sin embargo, depende de que no haya cometido el primero. El problema es si puede castigársele por este otro hecho(185). Pone como ejemplo el caso de un inculpado a quien se le ha encontrado una joya que fue robada a su propietario. El acusado por el hurto alega en su defensa que ha comprado la joya a un desconocido en unas circunstancias que el juez considera pudieran ser constitutivas de un delito de receptación. No son posibles ulteriores comprobaciones del supuesto de hecho. El acusado, por tanto, puede haber cometido, un hurto o una receptación. En este caso anterior se deberá aplicar el principio *in dubio pro reo*, pues no puede condenarse al acusado ni por hurto ni por receptación y habría que absolverle, porque por sí solas no ha podido probarse irrebatiblemente ninguna de las dos posibilidades. Pero una consideración de este tipo no se ajustaría a la situación de hecho, pues, en todo caso, está suficientemente probado que el acusado ha cometido uno de los dos delitos. En estos casos se admite que, para evitar absoluciones injustas, bajo ciertas condiciones se condene por la ley que imponga una pena menos grave con una fundamentación alternativa de los hechos (determinación alternativa). La determinación alternativa es, por consiguiente, una excepción necesaria por razones político criminales, del principio *in dubio pro reo*(186).

El *in dubio pro reo* es un presupuesto de la determinación alternativa de la pena o desvinculación procesal. Jeschek señala que el *in dubio pro reo* y la

(182) JESCHEK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Traducción al español por S. Mig. Puig y F. Muñoz Conde, Volumen I, Bosch, Barcelona, 1978, p. 194.
(183) ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000. p. 116.
(184) Ídem.
(185) JESCHEK, Hans-Heinrich. Ob. cit., p. 196.
(186) Ibídem, p. 195.

determinación alternativa son problemas que le interesan sobre todo al Derecho Procesal; sin embargo, también tienen una connotación jurídico material, pues aunque la determinación alternativa es admisible como excepción al *in dubio pro reo* su **regulación depende de la relación jurídico-material que haya entre estos tipos.**

Jeschek afirma que en la jurisprudencia alemana se admite la determinación alternativa con los siguientes requisitos: a) Se debe haber agotado todos los medios probatorios procesalmente admitidos; b) La certeza que el acusado solo pudo haber actuado en una u otra forma; c) Que la determinación alternativa debe llevar al castigo; d) Que los reproches alternativos deben ser equiparables desde un punto de vista ético jurídico y psicológico; f) Cuando es seguro que el delincuente ha cometido un hecho punible determinado en una forma comisiva, determinada legalmente a través de una de las dos acciones que desde el punto de vista jurídico o equivalentes (simple alternatividad de los hechos); g) Se debe aplicar la ley más favorable.

En la línea de bien jurídico-homogéneo, igualmente en la jurisprudencia alemana, se acepta la aplicación de la determinación alternativa en los siguientes tipos penales: hurto y receptación, apropiación indebida y receptación, robo y extorsión, estafa e infidelidad patrimonial, perjurio y declaración jurídica falsa, hurto con astucia y estafa, hurto y receptación habitual, hurto plurirreincidente y receptación, hurto y malversación, robo y hurto.

3. Determinación judicial de la pena y la determinación alternativa

La determinación alternativa involucra la calificación jurídica sobre el mismo hecho, para de allí pasar a la determinación judicial de la pena y la pena misma. Prado Saldarriaga en su trabajo *Determinación Judicial de la Pena*, señala que no se debe confundir con la determinación legal, pues esta es la forma como el legislador en abstracto determina las penas a los delitos, fijando las penas mínimas y máximas conforme a la gravedad de estos. Mientras que la determinación judicial es aquella que se relaciona exclusivamente con toda actividad que desarrolla la autoridad jurisdiccional para identificar de modo cualitativo y cuantitativo la sanción a imponer en un caso concreto. Es decir, desde el momento que se procede a evaluar y decidir sobre la clase, la extensión y modo de ejecución de la pena.

3.1. ¿Principio o excepción?

Un aspecto que merece examinarse es si la determinación alternativa o desvinculación procesal responde realmente a la definición de principio. Los

principios son reglas del más alto nivel de abstracción o generalización construidas por los sistemas jurídicos en sus procesos históricos. Mario Rotondi decía que "(...) los principios generales son la más alta abstracción existente en todo el complejo de un orden jurídico positivo"(187). Francesco Carnelutti afirmaba que los principios estaban dentro del derecho escrito como el alcohol dentro del vino, y representaban el espíritu o la esencia de la ley(188). Desde el naturalismo, Antonio Pagano señala que los principios generales del Derecho son principios universales de valor absoluto, dignos de regir la conducta humana en cuanto tal y capaces de gobernar genéricamente todas las relaciones disciplinadas en un sistema jurídico-positivo(189). Tomando la pauta de temporalidad, desde el naturalismo los principios son permanentes e inmutables; y del positivismo, responden a un ordenamiento jurídico concreto; pero en ambos casos son reglas del más alto nivel de abstracción. Por eso, en la línea del pensamiento de Jescheck, concluimos que la determinación alternativa o desvinculación procesal es una excepción al *in dubio pro reo*, por lo que no podía considerarse un principio como se le venía denominando.

4. La determinación alternativa y la jurisprudencia constitucional

En el hábeas corpus presentado por el accionante Tineo Cabrera Expediente Nº 1230-2002, lo que se cuestionaba era que bajo la aplicación de la determinación alternativa se emitían fallos sorpresivos que afectaban el derecho de los acusados a realizar una adecuada defensa. El accionante alegó que se violó el principio de legalidad, pues se le sentenció por el delito de falsedad ideológica, por el cual no fue acusado constitucionalmente en el Congreso de la República y por el que no se le abrió instrucción penal. Que en concreto la Corte Suprema violó su derecho a la defensa, ya que el Congreso habilitó su juzgamiento por los delitos previstos en los artículos 416 y 427 del Código Penal, y se le abrió el correspondiente auto de instrucción; habiéndose formulado en los mismos términos también la acusación fiscal pero al expedirse sentencia, la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República lo condenó por un delito distinto: en vez del ilícito penal previsto en el artículo 427, se le condenó por el delito señalado en el artículo 428 del Código Penal. ¿La forma de aplicar la determinación alternativa fue la correcta? ¿Cómo se garantizó el derecho de defensa? Creemos que se vulneró el derecho de defensa en la forma como se vino aplicando la determinación alternativa, por lo que era una exigencia la reformulación en cuanto a su uso,

(187) *Enciclopedia Omeba*. Tomo XXIII, Editado por Driskill, Argentina, 1991, p. 132.
(188) Ídem.
(189) Ibídem, p. 134.

advirtiendo que cuando en una sentencia se la invocaba parecía una forma de maquillar la errónea calificación jurídica de la conducta realizada por la fiscalía; y además, que se aplicara sorpresivamente contra el procesado aumentaba la arbitrariedad. Es ilustrativo el razonamiento del Tribunal Constitucional en el caso Tineo Cabrera que en la parte considerativa dice que:

> "La Constitución reconoce el derecho de defensa en el inciso 14) del artículo 139 de la Constitución. En virtud de él se garantiza que los justiciables, en la determinación de sus derechos y obligaciones, cualquiera sea su naturaleza (civil, mercantil, penal, laboral, etc.), no queden en estado de indefensión. Por ello, el contenido esencial del derecho de defensa queda afectado cuando, en el seno de un proceso judicial, cualquiera de las partes resulta impedido, por concretos actos de los órganos judiciales, de hacer uso de los medios necesarios, suficientes y eficaces para ejercer la defensa de sus derechos e intereses legítimos".

Tal derecho, considera el Tribunal, no fue respetado en el caso Tineo Cabrera, pues al variarse el tipo penal por el que venía siendo juzgado el actor, se impidió que pudiera ejercer, eficazmente, su defensa, en tanto esta se encontraba destinada a probar que no era autor de un ilícito penal determinado, mientras que fue condenado por otro, que, aunque del mismo género, sin embargo, no fue objeto del contradictorio.

El derecho de contradecir está implícito en el proceso penal, acusación y defensa es la expresión de esa dialéctica en la búsqueda de la verdad. Por otro lado, el TC razona respecto a la correlación entre la acusación constitucional, el auto de apertura y la acusación:

> "Además, considera el Tribunal Constitucional que un extremo de la sentencia cuestionada viola el último párrafo del artículo 100 de la Constitución. Señala dicha disposición que: 'Los términos de la denuncia fiscal y del auto apertorio de instrucción no pueden exceder ni reducir los términos de la acusación del Congreso'. Si bien dicha disposición constitucional no incluye al acto procesal de la sentencia, es evidente que implícitamente la comprende, puesto que esta debe guardar coherencia con el auto de apertura de instrucción, a fin de que se respete el derecho de defensa".

En la misma STC Exp. N° 1230-02-HC/TC, el Señor Magistrado Constitucional Manuel Aguirre Roca emitió un fundamento respecto a la determinación alternativa, dejando constancia:

> "(...) el hecho de que considere nula la parte de la sentencia suprema que condena por una especie delictiva no comprendida textualmente en la acusación (y este es, en verdad, el único fundamento decisivo o sine qua non que comparto con la Suprema), pero que sí pertenece a la misma familia o género, y cuya gravedad resulta menor, no significa que a mi juicio dicha sentencia se encuentre desprovista de toda sindéresis, pues es sabido que un tal fallo tiene apoyo en reiterada jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia y, asimismo, en jurisprudencia análoga de otros ordenamientos jurídicos de la misma estirpe".

Lo que nos quiso decir el extinto magistrado Aguirre Roca es que la Corte Suprema no emitió un fallo, carente de precedentes, pues era una fórmula que había venido operando en esa instancia y en las inferiores, por lo que les reconocía coherencia. Es por ello que consideró que el Tribunal en "(...) resguardo del derecho de defensa, y habida cuenta de su propia jurisprudencia y de la normativa objetiva vigente, ponga de manifiesto, tal como en este fallo se hace, su desacuerdo y declare, por tanto, fundado –considerando a su propio criterio como el mejor de los dos– el correspondiente hábeas corpus (...)".

Manuel Aguirre Roca concluyó que en una confrontación de razonamientos entre el Tribunal Constitucional y el de la Corte Suprema, por una cuestión de objetividad, el criterio del Tribunal Constitucional era el mejor y visionariamente propuso que se tenía que formular el correspondiente cambio en la jurisprudencia o en la legislación procesal para evitar discrepancias entre el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema de Justicia.

Tenemos otro precedente que tiene que ver con el derecho al debido proceso y el respeto a la correlación entre acusación y sentencia en la decisión del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 1231-2002-HC/TC-Ann Vallie Lynelle. Allí se cuestionó que la sentencia aumentó la pena privativa de la libertad, considerando el tipo penal señalado en el inciso 7) del artículo 297 del Código Penal, respecto del cual no fue acusada y contra el que, por tanto, no pudo ejercer su derecho de defensa. Frente a esto, el tribunal señaló en su fundamento que "(...) el tribunal de alzada no puede pronunciarse fuera de los términos de la acusación sin afectar con ello los derechos de defensa y al debido proceso. Al no conocer la calificación del hecho, previamente se atenta contra dos cosas: la congruencia entre la acusación fiscal y el ejercicio a la defensa".

Siendo la regla la congruencia entre acusación y sentencia, sin embargo el Tribunal Constitucional tácitamente admite la posibilidad que se pueda condenar con un tipo agravado. Si nos remitimos al artículo 264 del Código Penal

alemán, sin perjuicio que se le otorga el derecho de defensa al variar la calificación jurídica del hecho, este admite que la nueva calificación puede ser más grave para el procesado, incompatible por la jurisprudencial nacional que se había inclinado por el principio de favorabilidad.

El Tribunal Constitucional en el caso Ann Vallie Lynelle concluyó que se afectó el derecho de defensa, pues la recurrente no tuvo posibilidad de defenderse contra un ilícito penal, sobre el que no estuvo informada, puesto que fue condenada a siete años de pena privativa de la libertad por el ilícito previsto en el artículo 296 del Código Penal y en Recurso de Nulidad la Sala Suprema le elevó la pena a 15 años y encuadró la conducta en el artículo 297 inciso 7 transgrediendo el principio de reforma peyorativa y el de correlación de acusación y fallo.

El año 2003 recogiendo la recomendación del magistrado constitucional Manuel Aguirre Roca, propusimos un texto inclusivo de la Determinación Alternativa que respetara el derecho a la defensa(190). Un año después fue incorporado el artículo 285-A(191) al Código de Procedimientos Penales por el Decreto Legislativo N° 959, publicado el 17-08-2004 en el que se preservaba el derecho a la defensa del acusado cuando el Tribunal planteaba la posibilidad de desvincularse de la acusación fiscal.

5. Doctrina jurisprudencial y jurisprudencia vinculante

En la jurisprudencia peruana, al rastrear el origen de esta forma de variar la calificación jurídica del delito para condenar, se han encontrado ejecutorias

(190) ARBULÚ MARTÍNEZ, Víctor Jimmy. "La determinación alternativa". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Gaceta Jurídica, Lima, enero de 2003.

(191) "1. La sentencia condenatoria no podrá sobrepasar el hecho y las circunstancias fijadas en la acusación y materia del auto de enjuiciamiento o, en su caso, en la acusación complementaria a que hace referencia el artículo 283.
2. En la condena, no se podrá modificar la calificación jurídica del hecho objeto de la acusación, salvo que la Sala previamente haya indicado al acusado esta posibilidad y concedido la oportunidad para defenderse, y siempre que la nueva calificación no exceda su propia competencia. El acusado tiene derecho a solicitar la suspensión de la audiencia para preparar su defensa e incluso –si resultara pertinente y necesario– a ofrecer nuevos medios de prueba. El término de suspensión de la audiencia en ambos casos no excederá el fijado por el artículo 267.
3. Se procederá de la misma forma si en el debate se advierten circunstancias modificativas de la responsabilidad penal no incluidas en la acusación, que aumentan la punibilidad o justifiquen la imposición de una medida de seguridad.
4. En la condena, la sala podrá aplicar al hecho objeto de acusación una sanción más grave que la solicitada por el fiscal. Esta posibilidad debe motivarse especialmente haciendo mención expresa de los fundamentos en que se sustenta".

que tácitamente la aplican y otras que se oponen a ella. A continuación lo ilustramos con algunos extractos:

> "La disconformidad entre el Tribunal Correccional y el fiscal sobre la calificación legal del delito, no puede motivar nueva acusación, porque el Tribunal es libre para calificar el delito con arreglo a ley" (A.J. 1942 p. 108)[192].

> "Los Tribunales Correccionales no están cohibidos, para expedir sus fallos, por la calificación legal formulada por la acusación fiscal respecto del hecho delictuoso que se juzga. Dichos tribunales deben calificar libremente el hecho sin limitaciones provenientes de los términos de la acusación" (A.J. 1923, p. 80; 1937, p. 389; 11963, p. 167. - Rev. J.P. 1948, p. 683, 1963, p. 512)[193].

> "Abierta la instrucción por delito contra la vida el cuerpo y la salud, aunque la acusación fiscal y el auto del Tribunal Correccional que declara la procedencia del juicio oral no se hayan referido al delito de lesiones sino al de tentativa de homicidio no es nula la sentencia que absuelve por dicha tentativa y condena por lesiones, porque los hechos materia de la instrucción han sido los mismos que apreció el Tribunal al absolver al acusado por el delito de tentativa de homicidio" (Rev. Jurídica 1955, Nº 3, p. 256)[194].

Las que se oponen respetando el principio de correlación:

> "Es nula la sentencia que condena por delito que no fue materia de acusación fiscal" (Rev. Jurídica 1944. Nº 11 p. 305. Rev. J.P. 1946. p. 188)[195].

> "Es nula la sentencia que no se refiere a todos los delitos materia de la acusación y sanciona delito que no ha sido objeto de la instrucción ni del juicio oral (Rev. J. p. 1953, p. 92[196]).

Los requisitos considerados por la Corte Suprema en su doctrina jurisprudencial para aplicar la determinación alternativa son:

(192) GUZMÁN FERRER, Fernando. *Código de Procedimientos Penales*. 8ª edición, Editorial Científica, 1982, Lima, p. 471.
(193) Ibídem, p. 474.
(194) Íbidem, p. 605.
(195) Ídem.
(196) Ídem.

A) homogeneidad del bien jurídico tutelado;

B) inmutabilidad de los hechos y pruebas;

C) preservación del derecho de defensa;

D) coherencia entre los elementos fácticos y normativos para realizar la correcta adecuación al tipo.

En la jurisprudencia nacional, en cuanto a la fijación de reglas para la determinación, podemos señalar el R.N. N° 2834-2003-Arequipa[197], del trece de enero de dos mil cuatro, la Sala Penal Suprema que aprobó que la Sala Superior se desvincule del tipo penal de violación sexual por el delito de actos contra el pudor, porque si bien no se ha probado actos de acceso carnal, sin embargo, sí ha existido tocamientos de la víctima y se establecen los requisitos para aplicar la determinación alternativa, siendo estos:

> "(…) homogeneidad en el bien jurídico protegido, inmutabilidad de los hechos y las pruebas, preservación del derecho de defensa, conexidad entre los hechos y coherencia entre los elementos fácticos y normativos (…)".

En el R.N. N° 682-2003-Lima[198], la Sala Suprema hace un análisis comparando dos sentencias del TC respecto a la determinación alternativa. La Sala Superior adoptando el criterio establecido en el caso Tineo Cabrera Exp. N° 1230-2002-HC/TC, del veinte de junio de dos mil dos del veinte de junio de dos mil dos, absolvió al imputado porque estimó que no podía desvincularse del tipo penal, mientras que la Sala Suprema adoptando el criterio de la sentencia del TC Nº 1330-2002 en el caso Marcial Morí Dávila del nueve de julio de dos mil dos, señaló que la desvinculación no era inválida si es que la defensa había contemplado en su estrategia de defensa esa posibilidad y en consecuencia no era un fallo sorpresivo por lo que declaró nula la sentencia de la sala superior y dispuso un nuevo juicio oral. El argumento para la nulidad se detalla en la Ejecutoria Suprema así:

> "(…) el juicio de desvinculación es constitucionalmente aceptable, siempre y cuando: a) el delito materia de condena importa la vulneración de un tipo penal homogéneo o, como se dice en ese fallo, pertenezca a la misma familia delictiva, y sea menos grave que aquel,

(197) Jurisprudencia Sistematizada de la Corte Suprema Perú. Editado por Comisión Europea. Jusper. Poder Judicial, 2008, edición digital.
(198) Ídem.

> como sucede entre el delito de violación sexual y el delito contra el pudor; y, b) la distinta tipificación no impida el eficaz ejercicio de la defensa del imputado; que este último requisito, vinculado al principio acusatorio, exige que la defensa haya contemplado en su estrategia defensiva esa posibilidad o que, en todo caso, no se trate de un fallo sorpresivo (…)".

En la Ejecutoria Suprema en el R.N. N° 3448-2003(199)-Callao, del tres de mayo de dos mil cuatro se señalan los requisitos para la aplicación de la determinación alternativa de la siguiente forma:

> "(…) la aplicación del mecanismo de determinación alternativa debe realizarse a los hechos materia de investigación cuando concurran los siguientes presupuestos: a) homogeneidad del bien jurídico; b) inmutabilidad de los hechos y las pruebas; c) preservación del derecho de defensa; d) coherencia entre los elementos fácticos y normativos para realizar la correcta adecuación del tipo; y e) favorabilidad".

Estos mismos requisitos son señalados en la Ejecutoria Suprema R.N. N° 778-2003(200)-Puno del once de agosto de dos mil tres siendo, pues una verdadera tendencia o doctrina jurisprudencial. En la Ejecutoria Suprema R.N. Nº 462-2003(201)-Junín del quince de abril de dos mil cuatro también se acepta que en reiterada jurisprudencia, si se cumplen los presupuestos anteriores, se debe aplicar la determinación siendo que en el caso concreto se declaró no haber nulidad en la sentencia que condenó al procesado variando del delito de abigeato a receptación, y pese al argumento de la defensa, que el acusado fue condenado por un tipo penal no fue instruido se ratificó en la decisión de la sala superior. La deficiencia de esta ejecutoria es que no se aprecia cómo se tuteló el derecho de defensa del imputado.

En el entendido que la determinación alternativa es una excepción al indubio *pro reo* se puede advertir en la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema que siempre va en vía de favorabilidad cuando se realiza la desvinculación. Así puede verse en el R.N. N° 236-2003(202)-Callao, del veintiocho de marzo de dos mil tres, en el delito de violación sexual del encausado Candelario Salazar Flores, quien fue condenado a 20 años de pena privativa de libertad

(199) *Jurisprudencia Sistematizada de la Corte Suprema Perú*. Editado por Comisión Europea. Jusper. Poder Judicial, 2008, edición digital.
(200) Ídem.
(201) Ídem.
(202) Ídem.

habiéndose tipificado su conducta en el artículo 173, numeral 3, violación de menor de 14 años. Sin embargo, examinado por el supremo tribunal se estableció tácitamente que cuando se produjo la agresión sexual ella tenía más de 14 años en consecuencia la conducta prohibida estaba tipificada en el artículo 170 del Código Penal con la agravante de la relación paternofilial. En esa línea se varió el tipo penal y el efecto en la pena es que se disminuyó de 20 a 5 años.

En cuanto a la variación de los tipos penales se tiene que aquí se aplica el del bien jurídico homogéneo esto es que sean de la misma naturaleza, y en el R.N. N° 478-2002-Cono Norte[203], del veintiocho de enero de dos mil tres, hay el pronunciamiento donde se cambia de delito de robo a hurto:

> "(…) se advierte que el agraviado Santos Ermitaño López Peña a lo largo del proceso ha sido uniforme en su declaración, en el sentido de que el día de los hechos dos personas ingresaron a su establecimiento comercial simulando ser clientes, que una de ellas cogió el cordón del teléfono y lo cortó con un alicate, huyendo luego con el aparato, mientras que la otra trató de impedir que siguiera al primero, pero en el forcejeo se cortó el antebrazo, encontrándose horas después el citado bien en poder de los procesados; que siendo ello así, los hechos materia del proceso configuran el delito de hurto agravado, previsto en los incisos tercero y sexto del artículo ciento ochenta y seis del Código Penal y no el delito de robo calificado (…)".

Se formula un raciocinio interesante en la Ejecutoria Suprema R. N. N° 588-2005-La Libertad[204] del tres de mayo de dos mil cinco, en el sentido de que no se afecta el contradictorio ni el acusatorio cuando es el propio imputado quien ha introducido el tipo penal por el que considera ser responsable para desvincularse del más grave. En esta causa se condenó al encausado por delito de robo, pero este arguyó que el bien que le fuera encontrado lo obtuvo de un tercero presumiendo que provendría de ilícito penal. La Suprema realizó la desvinculación variando al delito de receptación, señalando además que esta decisión no era fallo sorpresivo con lesión de principio de contradicción y del derecho de defensa porque el propio encausado había introducido el delito distinto.

En el R.N. N° 1882-2002-San Martín[205], del diecinueve de agosto de dos mil dos, la Sala Suprema realiza la desvinculación de delito de homicidio

(203) *Jurisprudencia Sistematizada de la Corte Suprema Perú*. Editado por Comisión Europea. Jusper. Poder Judicial, 2008, edición digital.
(204) Ídem.
(205) Ídem.

calificado en la modalidad de crueldad a homicidio simple. Inicialmente consideró que el encausado, quien había actuado con crueldad; sin embargo, no se probó en el proceso que el procesado mediante el acto cruel e inhumano a la víctima haya sentido placer que acompaña por el sufrimiento de ella. Pero el hecho objetivo es que había un occiso por lo que la Sala modificó a homicidio simple. En la Ejecutoria Suprema R.N. N° 2332-03-Cono Norte, Lima, del nueve de octubre de dos mil tres, se sigue esta misma orientación de desvincularse del delito de homicidio calificado.

Se advierte en la Ejecutoria Suprema R. N. N° 1488-2004-Piura(206) del nueve de setiembre de dos mil cuatro, que se mantiene la tendencia de aplicar la determinación alternativa siempre que el imputado haya sostenido en su defensa no haber cometido el delito que se ha instruido originalmente sino otro. Así se puede apreciar en el caso de la Ejecutoria Suprema, ya que el imputado fue sentenciado por delito de homicidio calificado en su modalidad de gran crueldad, pero el supremo tribunal al no encontrar los elementos típicos de este delito determinó que lo que había cometido el encausado era el tipo penal de homicidio simple por lo que desvinculándose del tipo original modificó a este último tipo y disminuyó la pena de 20 a 10 años. Este mismo criterio se aplicó en la Ejecutoria Suprema Exp. 1084-2004-Ayacucho(207), del seis de agosto del año dos mil cuatro.

En la Ejecutoria Suprema Nº 1237-2003-Amazonas(208), del diecinueve de agosto del año dos mil tres hacen referencia de lo emanado de la sentencia del TC en el caso Tineo Cabrera Exp. N° 1230-2002-HC/TC del veinte de junio de dos mil dos, que cuestiona la constitucionalidad de la determinación alternativa basándose en los siguientes argumentos:

> "a.) Se estaría inobservando el principio de concordancia entre la acusación y la determinación del tipo penal, pues en ello reside la garantía de que toda persona en la que recae un cargo incriminatorio pueda orientar su defensa a partir de argumentos específicamente dirigidos a neutralizar dichas imputaciones; b.) No se justifica el hecho de que si el recurrente fue acusado como autor de un determinado ilícito penal, termine siendo condenado por otro delito, pues resultarla a lógico que su defensa no estuvo basada en el análisis de la segunda incriminación, sino específicamente en la primera de ellas, siendo, asimismo, irrelevante estos efectos, si el nuevo tipo penal adecuado resulta

(206) Ídem.
(207) Ídem.
(208) Ídem.

> o no más benigno que el otro injusto, pues lo que se evalúa no es la gravedad del tipo penal, sino las opciones reales de defensa que tiene el encausado frente al cargo que se le formula; y, e.) La nueva tipificación impide al acusado a ejercer, eficazmente su derecho a la defensa contenido en el inciso décimo cuarto del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Estado".

El Supremo Tribunal apartándose parcialmente de ese razonamiento del TC con base en no dejar de sancionar conductas lesivas y promover la impunidad, debiendo prevalecer la justicia y siendo el punto neurálgico del tema de determinación alternativa el derecho de defensa formulan unas reglas que apuntan a garantizar dicho derecho y son: que el fallo a determinarse no sea en perjuicio del recurrente; que el acusado haya reconocido las imputaciones formuladas en su contra o se haya acogido al beneficio de la confesión sincera; que el incriminado no sea el recurrente o si lo es, que los argumentos de su recurso de nulidad no estén enmarcadas u orientados a lograr una sentencia absolutoria; y que haya sido aprehendido en flagrancia al momento de culminarse la última fase del *iter criminis* o que este haya quedado en grado de tentativa. Esta última parte va en contra de la tendencia principal respecto a esta figura en el sentido que se aplica indistintamente a delitos en grado de tentativa o consumados.

En la Ejecutoria Suprema Exp. N° 4070-2001-Junín[209], del dos de setiembre de dos mil dos, se declaró nula la sentencia superior impugnada por haber modificado el tipo penal de homicidio simple al de homicidio culposo, basándose en la sentencia del Tribunal Constitucional Caso Tineo Cabrera Exp. Nº 1230-2002 HC/TC, considerándola como vinculante y que en el caso concreto se había afectado el derecho a la defensa.

El Tribunal Supremo en el R.N. N° 1192-2002-Puno[210] del veintidós de setiembre de dos mil tres aplicando la determinación alternativa se desvincula del delito de parricidio y condena al encausado por delito de lesiones graves disminuyendo la pena, toda vez que no se logra probar el dolo de matar, esto es, quitar la vida a la víctima, pero sí de dañar al sujeto pasivo. En este caso se acreditó que la muerte no fue por la acción de la víctima sino por ingesta de sustancia tóxica. La adecuación de delito de parricidio a homicidio por emoción violenta no es de recibo por la Ejecutoria Suprema R. Nº 870-2002-Junín del veintidós de abril de dos mil dos porque la sala superior

(209) Jurisprudencia Sistematizada de la Corte Suprema Perú. Editado por Comisión Europea. Jusper. Poder Judicial, 2008, edición digital.
(210) Ídem.

penal no ha considerado que debe existir coherencia entre los elementos fácticos y normativos que hagan viable la aplicación del principio de determinación alternativa. En el delito de lesiones graves seguida de muerte y asesinato se pronunció la Sala Suprema en el R.N. N° 3166-2002-Lima, del dieciséis de diciembre de dos mil dos, en el sentido de que habiéndose variado de homicidio a lesiones graves se ha introducido un objeto que no ha sido sometido al contradictorio afectando gravemente el derecho a la defensa por lo que resolvió declararla nula.

En la siguiente jurisprudencia podemos advertir que aun existiendo una resolución que tiene la calidad de cosa juzgada; sin embargo, el Supremo Tribunal en una desvinculación al final en sentencia vuelve a asumir el tipo penal por el que se pronunció por su archivamiento considerando que este no es un freno luego de los esclarecimientos en el juicio oral. Así se advierte en la R.N. N° 2920-2004-Chincha[211], del veintisiete de octubre de dos mil cuatro donde modifica delito de tentativa de violación sexual al de actos contra el pudor y se dice que:

> "(…) si bien es verdad que inicialmente se comprendieron los delitos de abusos deshonestos y de violación, y que luego a instancia del fiscal se sobreseyó o archivó la causa por el primer delito declarándose no haber mérito para pasar a juicio oral (auto de fojas doscientos dieciséis), ello en modo alguno impide al órgano jurisdiccional desvincularse del delito de violación y condenar por delito de abuso deshonesto, en tanto que se acusó por el delito más grave y el delito realmente perpetrado plenamente esclarecido durante el juicio oral, se encuentra en una línea de progresión menos grave respecto del delito de violación, afectando incluso el mismo bien jurídico: la indemnidad sexual de una menor de edad; que, siendo así, el auto de sobreseimiento respecto del delito de abuso deshonesto, ante la acusación por el delito más grave de violación, no puede determinar la imposibilidad de esclarecidos los hechos en el curso del juicio oral, condenar por un delito menos grave con pleno respecto a los principios acusatorio y de contradicción, que regulan la posibilidad de desvinculación del órgano jurisdiccional (…)".

De la lectura del considerando citado, no hay argumentación respecto al instituto de la cosa juzgada que hubiera sido importante para ilustrar a la judicatura.

(211) Jurisprudencia Sistematizada de la Corte Suprema Perú. Editado por Comisión Europea. Jusper. Poder Judicial, 2008, edición digital.

6. Precedentes vinculantes respecto de la determinación alternativa

En la Ejecutoria Suprema R.N. Nº 224-2005-Sullana de veintiuno de abril de dos mil cinco establecida como vinculante por el Acuerdo Plenario N° 1-2005/ESV-22 del treinta de setiembre de dos mil cinco se consigna que los abogados de los condenados en sus recursos formalizados sostuvieron que el Fiscal Superior tipificó la conducta de sus defendidos en el artículo doscientos noventa y seis del Código Penal pese a lo cual en la sentencia se tipificó el delito en la circunstancia agravada del inciso siete del artículo 297 del Código Penal.

En la línea de resguardar el derecho del imputado de defenderse de una nueva calificación jurídica el tribunal supremo advirtió que el colegiado superior no aplicó las reglas establecidas por el artículo 285-A del Código de Procedimientos Penales que permite la desvinculación procesal o la determinación alternativa de la pena. La incorporación de este instituto que tiene la finalidad de evitar la impunidad de conductas reprochables penalmente tiene que ser rigurosamente aplicado por la judicatura, pues el tema de fondo, es la garantía del derecho a la defensa. El colegiado superior en el precedente vinculante no sometió a contradictorio la posibilidad de variación de la calificación jurídica de la conducta juzgada por lo que el Supremo Tribunal declaró nula la sentencia.

Respecto de la determinación alternativa podemos concluir que pese a su accidentado recorrido, se asentó primero en la jurisprudencia pero con limitaciones del derecho de defensa; y posteriormente obtuvo consagración legal en el artículo 285-A del Código de Procedimientos Penales, que formula un procedimiento que bien aplicado garantiza el respeto del derecho de defensa del imputado; pero también evita la impunidad cuyos alcances ha sido desarrollado en otro precedente que pasamos a desarrollar.

6.1. Desvinculación procesal y el artículo 285-A del Código de Procedimientos Penales

El Acuerdo Plenario N° 4-2007/CJ-116-Lima el trece de octubre de dos mil seis precisa los alcances de la institución de la desvinculación procesal previsto en el artículo 285-A del Código de Procedimientos Penales estableciendo como doctrina legal:

> "(...) que el Tribunal, sin variar o alterar sustancialmente el hecho punible objeto de acusación, puede plantear la tesis de desvinculación. Esta no es necesaria si la nueva circunstancia o la distinta tipificación, siempre que respete la homogeneidad del bien jurídico protegido, ha sido propuesta expresa o implícitamente por la defensa. Tampoco corresponde plantear la tesis para introducir una circunstancia atenuante

> o variar el grado del delito o el título de participación, ni cuando se está ante un manifiesto error en la tipificación, fácilmente constatable por la defensa".

Un principio que orienta el proceso penal es el de correlación entre imputación y fallo. El procesalista Julio Maier reconoce para el caso argentino que los tribunales pueden fallar adjudicando al hecho acusado una calificación jurídica distinta al amparo del *iura novit curia*. Sin embargo, un brusco cambio en la calificación jurídica puede sorprender a la defensa que es un elemento evaluado por la Corte Suprema Nacional, y que al momento de casar sentencias, también exige que se exprese cuáles son las defensas concretas que se hubieran puesto de no mediar la sorpresa y en especial los medios de prueba omitidos por esta circunstancia(212). En esa línea de razonamiento, el octavo considerando del Acuerdo Plenario señala que el tribunal debe pronunciarse sobre la acción u omisión punible que está descrita en el tipo penal, y que por infracción de la regla de congruencia, esto es, por haber sido condenado el acusado por un delito que no fue materia de la instrucción o del juicio oral, se debe declarar nula la sentencia, de conformidad con el artículo 298, inciso 3 del Código de Procedimientos Penales.

> "8. El principio de correlación entre acusación y sentencia, que exige que el tribunal se pronuncie cumplidamente acerca de la acción u omisión punible descrita en la acusación fiscal –artículos 273 y 263 del Código Ritual–, es de observancia obligatoria; el término de comparación, a efectos de congruencia procesal, se establece, entonces, entre la acusación oral, que es el verdadero instrumento procesal de la acusación, y la sentencia que contendrá los hechos que se declaren probados y la calificación jurídica e impondrá la sanción penal correspondiente. En caso de incumplimiento la sentencia incurre en causal de nulidad insanable con arreglo al artículo 298, literal 3), del Código de Procedimientos Penales. Ratifica esa prescripción el apartado uno del artículo 285-A del citado Código, introducido por el Decreto Legislativo número 959, que estatuye que el tribunal en la sentencia que profiera no podrá sobrepasar –aunque sí, degradar– el hecho y las circunstancias –jurídicamente relevantes– fijadas en la acusación y materia del auto de enjuiciamiento o, en su caso, de la acusación complementaria".

En el noveno considerando se establece que el objeto del proceso, esto es, la imputación, es propuesta por el Ministerio Público; pero por el principio de

(212) MAIER, Julio. *Derecho Procesal Penal*. Ob. cit., Tomo I, p. 569.

exhaustividad el tribunal debe pronunciarse sobre la aportación de las partes, del acusado, de sus pretensiones que constituyen al objeto del debate, reconociendo que aquellas pueden ampliar este último:

> "9. Como se sabe, el **objeto del proceso penal** –o, con más precisión, el hecho punible– es fijado o delimitado por la Fiscalía, a partir del cual se consolidan y desarrollan los principios acusatorio –eje de esa institución procesal y que, en puridad, conforma al juez– y de contradicción –referido a la actuación de las partes–. Ello no quiere decir, desde luego, que las demás partes no incidan en la determinación o ámbito de la sentencia del Tribunal –o que esta solo debe pronunciarse acerca de los aspectos fijados por la acusación–. El principio de exhaustividad a su vez impone la obligación al juez de pronunciarse sobre los alcances más relevantes de los hechos, de las pruebas y de las pretensiones de las demás partes procesales o de la resistencia hecha valer por el acusado –que es lo que se denomina, propiamente, el **objeto del debate**–. Entonces, el hecho punible se delimita en el juicio oral por el fiscal o acusador, mientras que el acusado y las demás partes –civiles, en este caso– si bien no pueden alterar el objeto del proceso, sí pueden ampliar el objeto del debate. Por ello, en segundo lugar, se ha de tomar en cuenta las peticiones de las partes debidamente formuladas, de modo tal que el tribunal ha de concretar su cognición a los términos del debate".

Como regla jurídica se establece que se debe respetar el hecho o la conducta imputada al acusado y también la tipificación. Sin embargo, en cuanto al grado de participación, es facultad del tribunal establecerlo; es decir, que puede considerar al imputado como instigador, autor mediato, inmediato o cómplice, no estando vinculado a la acusación fiscal en ese aspecto. En lo central debe respetar el principio de correlación y así se dice en el siguiente considerando:

> "10. El Tribunal ha de pronunciarse respecto al hecho punible imputado (…) que no puede mutar sustancialmente. Desde los principios acusatorio y de contradicción, los hechos imputados deben respetarse, no pueden alterarse; es decir, la sentencia no puede contener un relato fáctico que configure un tipo legal distinto o que introduzca circunstancias diferentes o nuevas que agraven –de oficio, sin necesidad de previo debate (…)".

La Corte Suprema señala que el tribunal puede incorporar circunstancias atenuantes y puede ampliarla con otros datos, pero esto no puede significar que se cambie la tipificación. También está habilitado para apreciar circunstancias

relacionadas con el grado de participación de los imputados, ya que esto no varía sustancialmente los hechos objetos de la imputación. Respecto de la calificación jurídica que la entendemos como tipificación, no es posible modificarla si es ajena al debate contradictorio, salvo que esta nueva calificación haya sido propuesta como argumento por la defensa. La Corte Suprema apoya este razonamiento en la sentencia Delcourt contra Francia, del 17 de enero de 1970, y reiterada en la sentencia Colak del 6 de diciembre de 1988 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que dice:

> "(…) la acusación comprende el hecho y su calificación jurídica, y ambos ámbitos deben ser de conocimiento del imputado para que pueda defenderse y de lugar a un juicio equitativo".

En el considerando once del Acuerdo Plenario está el núcleo del instituto de la desvinculación procesal, la que es planteada por el tribunal. Esta figura –y hay que decirlo sin ambages– es una suerte de adelanto de opinión en cuanto a responsabilidad, no tanto del tipo penal por el que es imputado sino al convencimiento que hay responsabilidad, y el fundamento de esto es un asunto de política criminal cuando afirmamos que el motivo es evitar por excepción la impunidad. Esta es una institución propia del sistema inquisitivo, pues es el tribunal quien le dice al fiscal que está equivocado en su línea de persecución, pero a efectos de garantizar el derecho de defensa del imputado hay que permitir que en esta nueva tesis la parte inculpada se defienda. Esta tesis solo va en el nivel de la tipificación o de una circunstancia:

> "11. Si bien es inmutable el hecho punible imputado, es posible que el Tribunal, de oficio y en aras del principio de contradicción y del derecho de defensa, pueda introducir al debate –**plantear la tesis de desvinculación**– la concurrencia tanto de una circunstancia modificativa de la responsabilidad penal no incluida en la acusación que aumente la punibilidad –no una circunstancia de atenuación, en el que solo rige la nota de tipos legales homogéneos: que sean de la misma naturaleza y que el hecho que los configuran sea sustancialmente el mismo, esto es, modalidades distintas pero cercanas dentro de la tipicidad penal– o justifique la imposición de una medida de seguridad, cuanto la modificación jurídica del hecho objeto de la acusación".

La Corte Suprema realiza precisiones conceptuales más finas a efectos de no salirse del hecho objeto de imputación por lo que define a las "circunstancias modificativas" como elementos fácticos accidentales del delito, contingentes o no esenciales. Que estas circunstancias no pueden ser fundamento del injusto (tipo más antijuricidad) o la culpabilidad. La función de las circunstancias modificativas es:

> "(…) concretar con mayor énfasis la conducta de los individuos y precisar mucho más el grado de responsabilidad penal en orden a la determinación de la pena a imponer".

El tribunal puede alterar de oficio la tipificación del hecho punible –el título de imputación– por error en la subsunción normativa de parte del Ministerio Público o por la concurrencia de un hecho o una circunstancia modificativa específica no comprendida en la acusación como condición para cambiar el título de condena. La tesis de desvinculación debe, respetando el derecho de defensa, serle propuesta al imputado para que este solicite suspensión de audiencia, ofrezca medios de prueba, es decir pueda contradecir la tesis.

Es legal que el tribunal en sentencia se aparte del contenido de la acusación; pero debe previamente haber pasado por el procedimiento establecido por el artículo 285-A del Código de Procedimientos Penales preservando el derecho de defensa; sin embargo, también fija dos excepciones, a) cuando en sentencia adopta la calificación jurídica que el inculpado presentó como argumento defensivo; y, b) los casos de manifiesto error, de evidencia de la opción jurídica correcta, fácilmente constatable por la defensa, aunque ambas excepciones deben respetar la prohibición de fallos sorpresivos. Respecto a la primera excepción se dice:

> "(…) no hará falta el planteamiento de la tesis cuando el acusado, por ejemplo, en su resistencia incorporó una distinta calificación jurídica de los hechos acusados –como argumento principal, alternativo o secundario–, ya sea expresa o implícitamente, es decir, en este último caso, cuando sin proponerlo puntualmente es evidente que incorporó ese planteamiento en su estrategia defensiva. En este supuesto no existe problema alguno con el principio acusatorio y la decisión del tribunal, debidamente motivada, por una u otra opción jurídica respetará igualmente el principio de contradicción y el derecho de defensa".

La tesis de desvinculación no será necesaria, como señalan los jueces supremos reunidos en Pleno, cuando:

> "Tratándose del supuesto de modificación de la calificación jurídica, y aun cuando no se ha planteado la tesis, es posible una desvinculación en los casos de manifiesto error, de evidencia de la opción jurídica correcta, fácilmente constatable por la defensa [véase la Sentencia Gea Catalán contra España, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, del diez de febrero de mil novecientos noventa y cinco], de tal modo que por lo obvio o semejanza de la opción asumida no se produce un supuesto de indefensión, en tanto que todos los puntos

> de la sentencia pudieron ser debatidos al haber sido contenidos en la acusación. En estos casos el tipo legal objeto de condena en relación con el tipo legal materia de acusación ha de ser homogéneo: mismo hecho histórico subsumible en una figura penal que lesione el mismo bien jurídico protegido [esta regla expresa una importante limitación al principio *iura novit curia*], en tanto expresan conductas estructuralmente semejantes".

Esta regla es, a nuestro entender, peligrosa porque el tribunal podría deslizarse por el camino de la violación de la prohibición de la analogía consagrada en el artículo III del Código Penal. Si hubo "manifiesto error" en la calificación y este es "fácilmente constatable por la defensa", ¿por qué entonces no se planteó la tesis de la desvinculación? No hay mucha lógica entre la premisa y la conclusión de esta regla vinculante, que debiera dejarse sin efecto.

Complementando el análisis del Acuerdo Plenario N° 4-2007/CJ-116 tenemos también el pronunciamiento del TC respecto a la figura de desvinculación procesal en el Exp. N° 1330-2002-HC/TC-Loreto, caso Marcial Mori Dávila del 9 de julio de 2002 que dice:

> "El derecho de defensa garantiza que los justiciables, en la determinación de sus derechos y obligaciones, sea cual fuere su naturaleza (civil, mercantil, penal, laboral, etc.), no queden en estado de indefensión. Tal derecho, considera el Tribunal, fue respetado en el caso de autos, no siendo aplicable la doctrina sentada por este Colegiado en el Caso Tineo Cabrera (Exp. N° 1230-2002-HC/TC), pues, a diferencia de lo que allí sucedió, en el presente caso, la condena por el delito previsto en el artículo 296 del Código Penal fue impuesta después de que se juzgó al recurrente por un delito más agravado que, sin embargo, pertenece a la misma familia, esto es, el regulado en el inciso 7) del artículo 297 del mismo Código Penal. No obstante, no estima que la condena impuesta al recurrente por el tipo genérico del delito de tráfico ilícito de drogas constituya una violación del derecho de defensa, pues tal variación no impidió que el actor pudiera ejercer eficazmente su defensa, tanto es así que, con su ejercicio, al desvirtuarse la modalidad agravada, solo fue sancionado por la infracción del tipo base".

Veamos qué tanta legitimidad tiene este razonamiento y para eso empleemos el artículo 296 del Código Penal vigente en esa época y que sancionaba la promoción, favorecimiento, o facilitación del consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, mediante actos de fabricación

o tráfico o posesión para ese fin. Otros aspectos a tomar como referencia son las agravantes descritas en el artículo 297 del Código Penal que son:

1. El agente es funcionario o servidor público, encargado de la prevención o investigación de cualquier delito, o tiene el deber de aplicar penas o de vigilar su ejecución.

2. El agente tiene la profesión de educador o se desempeña como tal en cualquiera de los niveles de enseñanza.

3. El agente es médico, farmacéutico, químico, odontólogo o ejerce profesión sanitaria.

4. El hecho es cometido en el interior o en inmediaciones de un establecimiento de enseñanza, centro asistencial, de salud, recinto deportivo, lugar de detención o reclusión.

5. El agente se vale o utiliza para la comisión del delito menores de edad o a cualquier otra persona inimputable.

6. El agente es autoridad pública elegida por sufragio popular.

7. El hecho es cometido por tres o más personas o el agente activo integra una organización dedicada al tráfico ilícito de drogas a nivel nacional o internacional (Inciso 7 incorporado por la Ley Nº 26619, publicada el 09-06-96).

Aquí observamos que el artículo 297 no es un tipo penal aislado, presupone que la conducta prohibida básica está contenida en el artículo 296; es decir, que no se puede avanzar a acreditar las agravantes sin que previamente no se haya probado la conducta base; entonces entre uno y otro hay una conexión lógica siendo el presupuesto para las agravantes, el tipo penal contenido en el artículo 296 y este también puede operar independientemente, es decir, puede acreditarse el tipo base pero no las agravantes. Lo que no puede probarse en el aire son las agravantes porque están sujetas al tipo base descrito en el artículo 296; por eso tiene sentido la ausencia de la tesis de la desvinculación como lo señala el Acuerdo Plenario N° 4-2007/CJ-116 y también el razonamiento del TC ya que los hechos contenidos en los tipos penales base y agravantes han sido puestos en debate y la defensa los ha conocido durante el juicio oral, por lo que no podrá alegarse como fallo sorpresivo.

Como primera conclusión de este Acuerdo Plenario, tenemos que la desvinculación procesal, para fines de determinación alternativa de la pena, es una

intervención excepcional del órgano jurisdiccional para evitar que se caiga en la impunidad ante una incorrecta calificación jurídica realizada por la fiscalía del hecho que sustenta la imputación. La segunda es que si bien la determinación alternativa en la doctrina jurisprudencial se aplicaba empleando el principio de favorabilidad al reo; al incluirse en el ordenamiento positivo por el artículo 285-A en el Código de Procedimientos Penales consideraba que también podía realizarse con el fin de agravar la pena. Y como tercera conclusión es que para la aplicación la determinación alternativa, desenvolviéndose en un plano de excepción, existe un esfuerzo de buscar la mejor fórmula para preservar el derecho de defensa del reo, de tal forma que no se dicten fallos sorpresivos en su contra. Como cuarta conclusión es que la regla de aplicar la desvinculación de la calificación jurídica de la acusación por manifiesto error, fácilmente constatable por la defensa sin haber planteado previamente la nueva tesis, debe ser dejada sin efecto porque es violatoria del derecho de defensa.

II. Desvinculación procesal en el NCPP

Esta facultad jurisdiccional se encuentra prevista en el artículo 374.1 que señala que si en el curso del juicio, antes de la culminación de la actividad probatoria, el juez 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. Esto es importante pues la idea es evitar los fallos sorpresivos que afecten el derecho a la defensa.

La recalificación jurídica de los hechos imputados es un acto procesal adicional que realiza el juez antes de la culminación de la actividad probatoria. Si observa que es posible recalificar jurídicamente los hechos objeto de debate, como considerar que no se está ante el delito de violación sexual y si de actos contra el pudor o de hurto en vez de robo; y que no ha sido considerado por el MP debe advertir al fiscal y al imputado de esa posibilidad bajo sanción de nulidad como el caso ventilado en la Sala de Apelaciones de Huaura Exp. Nº 553-06-Huacho del 30 de octubre de 2006 que señaló: "al haber el juez dispuesto de oficio, con posterioridad a la culminación del debate oral, la readecuación del tipo penal, ha incumplido lo establecido en el nuevo Código Procesal Penal, dado que, no ha puesto en conocimiento de las partes dicha tesis generando con ello un estado de indefensión, razón por la que debe anularse la sentencia.

Las partes tienen el derecho de pronunciarse sobre la tesis del juez y pueden proponer la prueba necesaria. Si alguno anuncia que no puede hacerlo, el juez deberá suspender el juicio hasta por 5 días a fin de preservar el derecho a la defensa (art. 374.1 del NCPP).

¿Puede el actor civil proponer la determinación alternativa o el Ministerio Público? Pues no, ya que esta es una facultad del juzgador. Pueden hacer mención, darle algún dato al juez e instarle a que adopte esa postura; pero no obligan al juzgador, pues él es el único sujeto legitimado para plantear la desvinculación procesal.

III. Acusación complementaria

Con relación a esta ampliación de la acusación el CPPMI en su artículo 309 dice que durante el debate, el Ministerio Público podrá ampliar la acusación, por inclusión de un nuevo hecho o circunstancia que modifica la calificación legal o la pena del mismo hecho objeto del debate, o integra la continuación delictiva, que no hubiesen sido mencionados en la acusación o en el auto de apertura de juicio.

Si se da esta situación con relación a los nuevos hechos o circunstancias atribuidos, el presidente procederá a recibir nueva declaración al imputado e informará a todos los intervinientes que tienen derecho a pedir la suspensión del debate para ofrecer nuevas pruebas o preparar su intervención. Cuando este derecho sea ejercido, el tribunal suspenderá el debate por un plazo que fijará prudencialmente, según la naturaleza de los hechos y la necesidad de la defensa. Como consecuencia de la acusación complementaria los nuevos hechos o circunstancias sobre los cuales verse la ampliación, quedarán comprendidos en la imputación.

Este acto postulatorio en el NCPP permite la introducción de hechos nuevos o nuevas circunstancias que no hayan sido mencionadas en su momento, y que a su vez tiene como efecto modificar la calificación jurídica o integrar un delito continuado (art. 374.2 del NCPP). El fiscal está obligado a advertir la variación de la calificación legal. La oportunidad es durante el juicio oral y la forma es la presentación de un escrito conteniendo la acusación.

Esta figura no es nueva ya que los artículos 263 y 264 del Código de Procedimientos Penales aún vigente, ya la regulaban[213].

(213) **Artículo 263**.- Si de los debates resultara que el delito reviste un carácter más grave que el indicado en el escrito de acusación, el fiscal, antes de iniciar la acusación oral, puede pedir prórroga de la audiencia para presentar una nueva acusación. El Tribunal Correccional, después de oír al defensor y a la parte civil, resolverá lo conveniente. **Artículo 264**.- Si se accede a la petición del fiscal, el Tribunal fijará el día de la nueva audiencia que no podrá ser antes de los ocho días ni después de los doce. En este caso, el fiscal está obligado a presentar la nueva acusación dentro de cuarentiocho horas, contadas desde la suspensión de la audiencia, indicando los testigos que deben declarar.

En el NCPP, con la finalidad de no afectar el derecho a la defensa 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.

Esta acusación complementaria se basa en un nuevo hecho que ha tenido que fluir del juicio oral, y que la fiscalía al construir la acusación como resultado de la investigación preparatoria desconocía. En el fondo, la acusación original estaba incompleta. Por otro lado, tenemos que si la investigación fiscal persigue reunir la prueba de cargo y de descargo, este nuevo hecho no pudo ser desvirtuado durante esa etapa. El plazo de cinco días para preparar la defensa lo vemos poco razonable, porque a diferencia de la determinación alternativa en la que la discusión básicamente se centra en el ámbito jurídico, en la figura de acusación complementaria hay juicio sobre hechos. Esto nos lleva a plantear la siguiente interrogante ¿Podrá el acusado reunir testigos, peritos, prueba documental en ese plazo? Lo vemos difícil. Entonces frente a la ineficacia de la fiscalía para preparar bien su caso debiera el juez ser flexible con el acusado, respecto de la defensa que debe presentar frente a esta nueva acusación. El plazo para ofrecimiento de prueba en este caso excepcional debiera ser mayor en la línea de asegurar un debido proceso. Y ni que decir si la defensa plantea un control de acusación complementaria. ¿Quién lo hace? ¿El juez del juicio oral? ¿O se debe generar una etapa intermedia? Al final, esta figura crea más problemas y las soluciones no están previstas por el NCPP.

Capítulo IV
La actividad probatoria

Como marco general, puede definirse la actividad probatoria como el conjunto de declaraciones de voluntad, de conocimiento o intelectuales, reguladas legalmente y producidas por los intervinientes en el proceso, con la finalidad de adquirir un conocimiento sobre la materialidad del objeto procesal, y sobre sus consecuencias penales y eventualmente civiles(214).

La actividad probatoria se desarrolla en fases siendo las siguientes:

- Fase de proposición u ofrecimiento de medios de prueba.
- Fase de admisión en el que el juez controlará los medios de prueba ofrecidos en base a criterios de pertinencia, conducencia y utilidad.
- Fase de recepción, o de actuación de los medios de prueba en el acto oral.
- Fase de valoración de la prueba conforme al sistema de sana crítica.

Es objeto de estudio del presente trabajo la fase de recepción o actuación de los medios de prueba, que se encuentra regulada en los artículos 375 a 385 del NCPP. El análisis implicará el determinar la forma cómo se actúan los medios de prueba en el juicio oral, de tal forma que en un orden estrictamente lógico, el juez pueda asimilar sensorialmente todo el caudal de información ofrecido por las partes.

Antes de entrar a la actuación probatoria, debe quedar establecido que estamos frente a un acto de postulación del Ministerio Público, es decir, una acusación, que contiene una imputación, una persona individualizada, una calificación jurídica, un requerimiento de pena y reparación civil, con circunstancias modificativas de responsabilidad y los medios de prueba a ser actuados en juicio. Una acusación que ha sido controlada en etapa intermedia.

(214) CLARIÁ OLMEDO, Jorge. Ob. cit., Tomo I, p. 305.

Los medios de prueba en cuanto a su admisibilidad son tamizados en la etapa intermedia, en la fase de control de la acusación. En el juicio oral también hay una admisión de nuevas pruebas siempre que se hayan conocido con posterioridad al control de acusación. También se permite la revisión por el juez de juicio oral de aquellos medios de prueba ofrecidos, que hayan sido declarados inadmisibles en la etapa intermedia. La solicitud de reexamen debe hacerse con una nueva argumentación.

I. El debate probatorio

El despliegue de la actuación probatoria frente al juzgador hace que opere el principio de inmediación, de tal forma que aquel reciba toda la información o las fuentes de prueba y genere convicción sobre la existencia o no de determinados hechos que son objetos de prueba. Esta asimilación de información se hace en medio del contradictorio porque las partes debatirán en torno a lo obtenido en la actuación probatoria.

La recepción de los medios de prueba en el juicio oral es fundamental, ya que la prueba que puede valorar un tribunal de sentencia para fundar su condena, en los sistemas procesales con juicio oral, es solo aquella que se ha producido en el debate, toda vez que es allí donde verdaderamente imponen su fuerza los principios de publicidad, inmediación y oralidad(215).

En el debate probatorio, el artículo 375 del NCPP ha establecido un orden a afectos de desarrollarlo adecuadamente, que es el siguiente:

1. Examen del acusado.
2. Actuación de los medios de prueba admitidos.
3. Oralización de los medios probatorios.

Ahora, en ese orden general, es el juez del juicio oral quien, oyendo a los sujetos procesales, tiene el arbitrio de decidir el orden en que deben actuarse las declaraciones de los acusados si fuesen varios y además de los medios de prueba admitidos como lo dice el artículo 375.2 del NCPP. Consideramos que si bien es la facultad del juez; sin embargo, tenemos que son las partes las que tienen que proponer cuál es el orden más apropiado a efectos de que la

(215) AROCENA, Gustavo A. *La oralidad en el debate.* Temas de Derecho Procesal Penal (Contemporáneos). Editorial Mediterránea, 2001, Argentina, p. 225.

actuación probatoria corresponda a la línea que trazan en el juicio oral, esto es, que tenga relación con la estrategia para probar su teoría del caso.

El interrogatorio directo de los testigos o peritos corresponde al fiscal y a los abogados de las partes. El interrogatorio o examen directo es el primer interrogatorio que se efectúa por la parte que ofreció al testigo. Para quien lo propuso el objetivo es obtener del testigo la información necesaria del objeto de prueba vinculado a la teoría del caso o también para introducir la prueba material. Como contrapartida corresponderá el contra interrogatorio a la parte que no lo ofreció.

El juez durante la actividad de prueba ejerce facultades para que se conduzca regularmente. Tiene atribución para intervenir cuando lo considere necesario, a fin de que el fiscal o los abogados de las partes hagan los esclarecimientos que se les requiera y excepcionalmente para interrogar a los órganos de prueba siempre que exista algún vacío, debiendo ser mesurado cuando use esta facultad evitando suplir las deficiencias de los otros sujetos procesales.

II. El acusado

Como consideración previa, debemos establecer si la declaración del acusado es un medio de prueba. Sobre este aspecto hay una postura de Jauchen –citado por Falcón– quien dice que la versión del imputado debe tratarse como un medio de defensa y no como un medio de prueba; sin embargo, dice que hay que diferenciar el medio de defensa con el contenido, ya que de este puede surgir elementos probatorios en su contra como por ejemplo su confesión(216). San Martín, siguiendo a Beling, dice que el acusado no está sometido a un verdadero interrogatorio, sino que más bien es un permiso para interrogarlo(217) constituyendo un medio defensivo.

El CPPMI respecto de la declaración del **imputado acusado dice que** después de la apertura del debate o de resueltas las cuestiones incidentales, el presidente recibirá declaración al imputado. Le explicará con palabras claras y sencillas el hecho que se le atribuye, y le advertirá que puede abstenerse de declarar y que el debate continuará aunque no declare. Permitirá, en principio, que él manifieste libremente cuando tenga por conveniente sobre la acusación, pudiendo ser interrogado posteriormente. Podrán interrogarlo los vocales del tribunal, el Ministerio Público, el querellante, el defensor y las partes civiles,

(216) FALCÓN, Enrique M. Ob. cit., Tomo II, p. 904.
(217) SAN MARTÍN CASTRO, César. Ob. cit., Vol. II, p. 612.

en ese orden (art. 306). Todavía vemos que el CPPMI tiene un modelo donde hacer participar a los jueces, siendo nuestro punto de vista que la participación de los jueces debe ser lo más neutra posible si deciden intervenir.

Las facultades del acusado en el curso del debate (art. 308) según el CPPMI, son que podrá hacer todas las declaraciones que considere pertinentes, incluso si antes se hubiera abstenido, siempre que se refieran al objeto del debate. El presidente impedirá cualquier divagación y, si persistiere, podrá proponer al tribunal alejarlo de la audiencia. El imputado podrá también hablar con su defensor, sin que por ello la audiencia se suspenda; no lo podrá hacer durante su declaración o antes de responder a preguntas que se le formule. En este momento tampoco se admitirá sugerencia alguna. Esto es una restricción porque siempre dentro de la celeridad y racionalidad del debate, el acusado puede consultar con su defensa.

Hemos visto que el imputado puede ser interrogado por el fiscal, pero se le reconoce su derecho a rehusarse a declarar total o parcialmente, lo que es compatible con tratados internacionales como la Convención Americana de Derechos Humanos que en su artículo 8.2.g le reconoce al acusado el derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni declararse culpable, por lo que su derecho a guardar silencio está vinculado a esa regla. Si hace uso de este derecho, el juez le advertirá que el juicio continuará y se leerán sus anteriores declaraciones prestadas ante el fiscal. De esta forma, se incorporará como documento en el juicio según el artículo 376.1 del NCPP.

Si el acusado acepta ser examinado, se sujetará a las siguientes reglas:

- Aportará libre y oralmente relatos, aclaraciones y explicaciones sobre su caso. Se le reconoce su derecho de defensa y descargar sobre la imputación.

- El interrogatorio deberá estar orientado a que el acusado aclarare las circunstancias del caso; elementos necesarios para la medición de la pena y de la reparación civil.

- En el interrogatorio las preguntas que se formulen deberán ser directas, claras, pertinentes y útiles.

- No se admitirán preguntas repetidas sobre aquello que el acusado ya hubiere declarado. Solo se permitirá si hay necesidad de una respuesta aclaratoria. No se aceptarán preguntas capciosas, que estén basadas en el artificio o el engaño para tener una respuesta favorable a la tesis de quien la formula. Impertinentes, que no tengan conexión con

el objeto de prueba; y sugestivas que son preguntas que tienen la respuesta en el contenido de la misma. Aquí el examinador es el que incorpora datos, no el declarante.

Es este procedimiento en que el juez ejerce sus poderes de dirección declarará, de oficio o a solicitud de parte, inadmisible las preguntas prohibidas según el artículo 376.3 del NCPP. Es decir, hay un rol activo en el control del examen, sino este se convierte en una zona caótica y las partes interrogarán sin ningún parámetro. En el rol de intervenciones el abogado del acusado lo hará al último. En el supuesto de pluralidad de acusados, el juez establecerá el orden previa consulta a las partes conforme al artículo 377.1 del NCPP.

El examen se realizará individualmente y el juez, de oficio o a solicitud de las partes, puede disponer que se examine separadamente a los acusados. Esto tiene su razón en evitar que la presencia de estos pueda influir en contra del desenvolvimiento voluntario del interrogado. Para que se aplique esta protección, el juez debe tener alguna evidencia que eso se va a dar, dado por las partes u obtenidos conforme a la información que tenga del comportamiento de los acusados. Los imputados restantes serán desalojados de la sala de audiencias.

Al concluir el interrogatorio del último acusado y ya todos en la sala, el juez les hará conocer oralmente los puntos más relevantes de la declaración de cada uno de ellos. En este estado los acusados pueden hacer una aclaración o rectificación que constara en acta, siempre que fuere pertinente con el objeto de prueba y tenga idoneidad legal, esto es que sea conducente (art. 377.2 del NCPP).

No sabemos hasta qué punto esto sea válido, toda vez que la salida de los acusados de la audiencia no garantiza que el acusado que ha sido amenazado pueda brindar sus declaraciones libremente, ya que las amenazas pueden ser antes, o después de dar su versión al juez. Es decir, que la intimidación contra el acusado por otro imputado, se puede dar en cualquier momento.

III. Examen de testigos y peritos

1. Reglas comunes

Luego de identificar al testigo o perito el juez dispondrá que preste juramento o promesa de decir la verdad, tal como lo señala el artículo 378.1 del NCPP. El juramento alude a que el testigo, si está adscrito a alguna religión, jure por ella. La promesa opera cuando no tiene religión o teniéndola no desea emplear su creencia, por lo que tiene la alternativa de prometer decir la verdad por su honor.

No todos tenemos memoria fotográfica para recordar nuestras vivencias, por lo que ante la posibilidad de olvido, esto es, cuando el testigo o perito declare que no se acuerda de un hecho, el juez dispondrá se le lea la parte de una declaración anterior para que haga memoria. Si surge una contradicción con lo afirmado en una declaración previa, también se le leerá para que aclare si es que no hay otra forma de hacerlo conforme el artículo 378.6 del NCPP. En el contra interrogatorio las partes pueden confrontarlos con sus propios dichos en la declaración en juicio oral o de otra versiones de hechos presentadas en juicio como dispone el artículo 378.8 del acotado.

Los testigos y peritos expresarán la razón de sus informaciones y el origen de su conocimiento. Es decir, la forma como obtuvieron los datos que vierten en juicio según el artículo 378.9 del NCPP.

Cuando alguna de las partes lo solicite, el juez podrá autorizar un nuevo interrogatorio de los testigos o peritos que ya hubieran declarado en la audiencia. Esta pretensión probatoria deberá tener un fundamento y que deba aparecer como algo nuevo luego del interrogatorio, porque si no se rompe la preclusión, esto es, que podría darse un interrogatorio repetitivo y atentaría contra la celeridad procesal. La posibilidad de nuevo interrogatorio está arreglada al artículo 378.10 del NCPP.

2. Examen de testigo

Con relación al interrogatorio de testigos o peritos el CPPMI establece las reglas que se pueden aplicar:

> "**313. Testigo**. Inmediatamente, el presidente procederá a llamar a los testigos, uno a uno, comenzando por los que hubiere ofrecido el Ministerio Público, continuando por los propuestos por los demás actores y concluyendo con los de los acusados y los del tercero civilmente demandado. El presidente, sin embargo, podrá alterar este orden cuando así lo considere conveniente para el mejor esclarecimiento de los hechos.
>
> Antes de declarar, los testigos no podrán comunicarse entre sí, ni con otras personas, ni ver, oír o ser informados de lo que ocurra en el debate. Después de hacerlo, el presidente dispondrá si continuarán en antesala.
>
> Si fuere imprescindible, el presidente podrá autorizar a los testigos a presenciar actos del debate; se podrá llevar a cabo confrontaciones entre testigos o entre el testigo y el acusado (careos) o reconstrucciones.

> **314. Interrogatorio**. El presidente, después de interrogar al perito o testigo sobre su identidad personal y las circunstancias necesarias para valorar su testimonio (generales de ley), le otorgará la palabra para que informe todo lo que sabe acerca del hecho propuesto como objeto de la prueba. Al finalizar el relato, concederá el interrogatorio a aquel que lo propuso y, con posterioridad, a los demás intervinientes que desean interrogar, en el orden que considere conveniente. Por último, el mismo presidente y los miembros del tribunal podrán interrogar al perito o al testigo, a fin de conocer las circunstancias de importancia para el éxito del juicio.
>
> El presidente moderará el interrogatorio y no permitirá que el testigo conteste a preguntas capciosas, sugestivas o impertinentes. La resolución que sobre ese extremo adopte será reponible, decidiendo inmediatamente el tribunal.
>
> Los peritos y testigos expresarán la razón de sus informaciones y precisarán el origen de la noticia, designando con la mayor precisión posible a los terceros que se la hubieran comunicado".

Al examen del testigo serán aplicables las reglas del interrogatorio del acusado según el NCPP. Iniciará el interrogatorio quien lo ha ofrecido. Esta clase de interrogatorio se caracteriza por las preguntas abiertas, de tal forma que el testigo coadyuve a demostrar lo que quiere quien lo propuso. Los testigos antes de declarar no podrán comunicarse, ni deberán ver, oír o ser informados de lo que sucede en la audiencia. Esto se hace para evitar ser influenciados y cambien o arreglen su testimonio. No podrá leerse la declaración de un testigo interrogado antes de la audiencia cuando hace uso de su derecho de negar el testimonio en juicio. Lo que se entiende de esta regla es que el testigo invalida su testimonio en investigación preparatoria cuando lo niega en juicio, algo así como que parece innecesario cuando el mismo se ha anulado como órgano de prueba (art. 378.2 del NCPP).

Cuando se examine a un menor de 16 años, este interrogatorio será conducido por el juez con base en las preguntas presentadas por el fiscal y las demás partes. Se podrá aceptar el auxilio de un familiar del menor o de un psicólogo con la finalidad que no sea afectado por el examen.

En este aspecto de testimonios de menores surge el problema de revictimización; sin embargo, también está el derecho de defensa del imputado, por ello en aras de igualdad procesal, se establece la injerencia de un psicólogo como intermediario en el interrogatorio. El NCPP no establece más reglas para hacer el examen de un menor de edad, por lo que es importante tener en cuenta

la Ejecutoria Suprema R.N° 2543-2009[218] del 4 de marzo de 2010 en la que hay una serie de pautas para la protección del menor, tratándose de casos de abuso sexual y que se resumen así:

a) La diligencia debe ser privada.

b) Contar con autorización y presencia de los padres o por lo menos uno de ellos.

c) Preparar al niño para la declaración.

d) Evitar encuentro directo con el imputado.

e) Que las partes empleen un lenguaje sencillo y comprensible para que el especialista traslade las preguntas al menor.

f) Las preguntas serán controladas por el Tribunal antes de trasladarlas al especialista que se encontrará con el menor en una **sala diferente** con un acondicionamiento propio de un infante, ya sea con espejo unidireccional o videoconferencia.

g) El tribunal controlará la idoneidad del especialista y también aceptará las sugerencias que este haga en aras de proteger al menor.

h) No se forzará intensamente la reconstrucción del recuerdo de la víctima.

i) La entrevista será grabada y la duración máxima de la entrevista será la aconsejada por el especialista.

Estas reglas son un importante aporte para estas diligencias por delitos tan graves.

Siguiendo la línea de análisis del interrogatorio de un menor de edad, tenemos que excepcionalmente, si oídas las partes el juez considera que el examen directo al menor no le perjudicará, se dispondrá que el interrogatorio prosiga como si fuera un testigo mayor de edad. La decisión puede ser revocada en el transcurso del interrogatorio, cuando el juez considere que se le está afectando según el artículo 378.3 del NCPP. En su rol de moderador del interrogatorio, el juez evitará que el testigo conteste preguntas capciosas, sugestivas o impertinentes. Debe evitar que en el examen haya presiones indebidas y ofensivas a la dignidad. Las partes tiene facultades de solicitar la reposición

(218) En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Tomo 15, Lima, setiembre de 2010, p. 268.

de las decisiones de quien dirige el debate, cuando limiten el interrogatorio, y también pueden objetar las preguntas irregulares.

3. Examen de perito

Siendo una exposición evidentemente técnica el CPPMI en el rituario establece lo siguiente:

> "**312. Peritos**. El presidente hará leer las conclusiones de los dictámenes presentados por los peritos; si estos hubieran sido citados, responderán directamente a las preguntas que les formulen los intervinientes, sus abogados o consultores técnicos y los miembros del tribunal. Si resultare conveniente, el tribunal podrá disponer que los peritos presencien los actos del debate.
>
> Estas disposiciones son aplicables, en lo pertinente, a los intérpretes".

En el NCPP se dará inicio con una exposición breve del contenido y conclusiones del informe o dictamen pericial. Si hay necesidad, se podrá ordenar que se lea todo el dictamen. Se le exhibirá al perito el informe a efectos de su ratificación, esto es, si es el informe que ha emitido, que observe si ha sido alterado, y si es titular de la firma que aparece al final del dictamen. Si reconoce la autoría se le pedirá que expliquen las operaciones periciales que han realizado. Es importante que expongan la metodología empleada para hacer el peritaje. El perito será interrogado por las partes en el orden establecido, debiendo comenzar la parte que propuso el peritaje conforme al artículo 378.5 del NCPP. En tanto son conocimientos técnicos o científicos, los peritos pueden consultar documentos, notas escritas y publicaciones durante su interrogatorio. Si fuese necesario y existan contradicciones, se realizará un debate pericial. Previo al debate se leerán los dictámenes periciales o informes científicos o técnicos que se estimen convenientes para luego realizar el contradictorio.

Como medida coercitiva el artículo 379.1 del NCPP autoriza al juez que disponga, si es que el perito no asiste, habiendo sido citado, sea conducido a la fuerza. Quien debe colaborar es la parte que propuso la actuación probatoria. Sino es posible traerlo por falta de ubicación no se paralizará el juicio, que continuará su desarrollo, prescindiendo de ese órgano de prueba.

Hay un régimen de protección de testigos y peritos cuando con la presencia del acusado, ante la presunción de amedrentamiento, no digan la verdad. Por esa razón, el juez ordenará que el acusado no se encuentre presente como ordena el artículo 389.1 del NCPP. También se procederá así cuando el interrogado sea menor de 16 años, tratándose de testigo si es que se prevé la

posibilidad de perjuicio. Cuando el acusado regrese a la audiencia, se le instruirá sobre lo esencial que se ha dicho en su ausencia (art. 389.2 del NCPP).

Si hay imposibilidad que los peritos y testigos se presenten a la audiencia a declarar como enfermedad, serán examinados en el lugar que se hallen por el juez (art. 381.1 del NCPP). El juez podrá trasladarse a lugar distinto del juicio o empleará medios tecnológicos. Las partes podrán ser representadas por sus abogados. También en casos excepcionales por exhorto otro juzgado podrá practicar la prueba, e igualmente se harán presentes los abogados de las partes. La diligencia constará en actas y podrá registrarse en de video, filmación o audio.

IV. Prueba material

Constituyen prueba material, los objetos o partes de un objeto capaces de representar, por su solo descubrimiento, un hecho con él relacionado, de cuyo análisis produzca información que tienda a probar o a oponerse a una hipótesis sobre un punto en cuestión(219).

El artículo 382.1 del NCPP establece que los instrumentos, esto es, las cosas que han servido para cometer el hecho y los efectos, las cosas o ganancias que son el producto o provecho del delito, y los objetos o vestigios incautados o recogidos en la escena del crimen que existan y hayan sido incorporados con anterioridad al juicio, serán exhibidos en el debate y pueden ser examinados por las partes.

En el NCPP no está señalado explícitamente en qué consisten esas pruebas materiales por lo que es menester acudir al Código de Procedimientos Penales de Colombia para ilustrarnos al respecto, pues en su artículo 275 fija un catálogo de estas que son las siguientes:

- Huellas, rastros, manchas, residuos, vestigios y similares, dejados por la ejecución de la actividad delictiva;

- Armas, instrumentos, objetos y cualquier otro medio utilizado para la ejecución de la actividad delictiva;

(219) HERMOZA OROZCO, Plinio Hugo. "La cadena de custodia". En: <http://reformaprocesal.blogspot.com /2007/12/la-cadena-de-custodia-en-el-nuevo.html> [fecha de consulta 14 de junio de 2013].

- Dinero, bienes y otros efectos provenientes de la ejecución de la actividad delictiva;

- Los elementos materiales descubiertos, recogidos y asegurados en desarrollo de diligencia investigativa de registro y allanamiento, inspección corporal y registro personal;

- Los documentos de toda índole hallados en diligencia investigativa de inspección o que han sido entregados voluntariamente por quien los tenía en su poder o que han sido abandonados allí;

- Los elementos materiales obtenidos mediante grabación, filmación, fotografía, video o cualquier otro medio avanzado, utilizados como cámaras de vigilancia, en recinto cerrado o en espacio público;

- El mensaje de datos, como el intercambio electrónico de datos, Internet, correo electrónico, telegrama, télex, telefax o similar;

El artículo 382.2 del NCPP establece que la oportunidad de presentación de prueba material es en el momento que los acusados, testigos y peritos brindan sus declaraciones. Esta presentación de pruebas materiales tiene la finalidad de que estos sujetos procesales las reconozcan o informen sobre ellas.

V. Actuación de prueba documental

El documento, René Garraud, lo define en forma amplia como todo objeto material que sirva para la convicción de un delito, y de manera más restringida considera que son documentos las escrituras u otros signos gráficos destinados a expresar o perpetuar los títulos de las relaciones jurídicas. Para Beling, documento es todo escrito, es todo objeto en el que un hombre ha puesto un contenido de pensamiento mediante caracteres en letras(220).

El CPPMI señala cuáles son los documentos que son pasibles de ser oralizados (art. 300) en el juzgamiento:

1) Las actas o dictámenes, cuando todos los intervinientes presten conformidad al ordenarse la recepción de la prueba o lo consientan durante el debate, con la aquiescencia del tribunal;

(220) LEVENE, Ricardo. Ob. cit., Tomo I, p. 605.

2) Las declaraciones anteriores de testigos o del imputado, cuando sea necesario ayudar la memoria de quien declara o para demostrar contradicciones o variaciones entre ellas y las prestadas en el debate y solicitar las aclaraciones pertinentes;

3) Las declaraciones de testigos que hayan fallecido, estén ausentes del país, se ignore su residencia o que por cualquier obstáculo difícil de superar no puedan declarar en el debate, siempre que esas declaraciones se hayan recibido conforme a las reglas de los actos definitivos o irreproducibles o de la instrucción suplementaria;

4) Las declaraciones o dictámenes producidos por comisión, exhorto o informe, cuando el acto se haya producido por escrito, según una autorización legal;

5) Los dictámenes periciales, siempre que hayan sido cumplidos conforme a las reglas de los actos definitivos e irreproducibles o de la instrucción suplementaria y a salvo la facultad de los intervinientes o del tribunal de exigir la declaración del perito en el debate,

6) Las declaraciones de imputados rebeldes o condenados como partícipes del hecho punible objeto del debate;

7) La denuncia, la prueba documental o de informes, y las actas de inspección, registro domiciliario, requisa personal, secuestro y los reconocimientos a que el testigo aludiere en su declaración durante el debate.

La prueba documental incorporada en juicio empleando la oralidad, en la denominada lectura de piezas. El artículo 383 del NCPP establece una clasificación de documentos que son:

- Las actas conteniendo la prueba anticipada.

- La denuncia, la prueba documental o de informes, y las certificaciones y constataciones.

- Los informes o dictámenes periciales, 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.

- Los dictámenes producidos por comisión, exhorto o informe.
- Las actas conteniendo la declaración de testigos actuadas mediante exhorto.
- Las declaraciones prestadas ante el fiscal.
- Las actas levantadas por la policía, el fiscal o el juez de la investigación preparatoria que contienen pruebas preconstituidas como las actas de detención, reconocimiento, registro, inspección, revisión, pesaje, hallazgo, incautación y allanamiento.

No se oralizarán los documentos o actas que se refieren a la prueba actuada en la audiencia ni a la actuación de esta.

La oralización, aparte de la lectura, que se escuche o vea la parte pertinente del documento o acta.

VI. Trámite de la oralización

La oralización de prueba instrumental no es obligatoria y solo se llevará cuando lo pida el fiscal o los abogados defensores. Hay un orden preestablecido según el artículo 384.1 del NCPP. Iniciará el fiscal, el abogado del actor civil y del tercero civil, y terminando el abogado del acusado. El solicitante de la oralización deberá indicar el folio o documento y señalará el significado probatorio que considere útil para su defensa.

Cuando los documentos sean muy voluminosos se podrá prescindir de su lectura total, y se leerá la parte que el solicitante considere esencial. Esta regla también es aplicable a la reproducción total de grabaciones, dando a conocer su contenido esencial y ordenándose una reproducción parcial.

Cuando se trate de registros de imágenes, sonidos o en soporte informático se reproducirán en la audiencia, según su forma de reproducción habitual, esto es, con equipos para tal efecto.

VII. Debate probatorio de prueba documental

La oralización de pruebas documentales en el antiguo procedimiento penal, muchas veces ha sido vista como un rituario sin sentido, teniendo la costumbre de indicar las partes, que se tenga por leída tal o cual pieza, y señalando

el folio del expediente judicial. No se tiene conciencia que esta introducción de medios de prueba con la oralidad, es para buscar una finalidad, acreditar hechos o rebatirlos en función de las estrategias de defensa, es decir, la prueba documental se convierte en instrumento para sostener los cargos o para diluirlos en el caso de la parte contraria. La sola oralización no dice nada. Por ello es imprescindible que se indique cuál es la pertinencia, y utilidad de dicha prueba instrumental y la posibilidad de debatir en juicio las contradicciones entre las mismas. En esto radica la utilidad del debate probatorio en ese nivel. El artículo 384.4 del NCPP regula el debate que se producirá una vez que se concluya la lectura o reproducción de los documentos. El juez concederá la palabra por breve término a las partes para que expliquen y aclaren, refuten o se pronuncien sobre su contenido si es que fuese necesario.

VIII. Prueba de oficio

El artículo 385.1 del NCPP dice que si para conocer los hechos, y no se haya realizado dicha diligencia en la investigación preparatoria o esta resultara manifiestamente insuficiente, el juez penal, de oficio o a pedido de parte previo debate de los intervinientes, ordenará la realización de una inspección o de una reconstrucción.

En el artículo 385.2 del acotado regla que 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. La norma hace una recomendación en el sentido de que el juez penal se cuidará de no reemplazar por este medio la actuación propia de las partes. En el artículo 385.3 del NCPP, se indica que las decisiones sobre ambas situaciones no son apelables.

En el Derecho Procesal argentino se reconoce que existen reglas contradictorias respecto de las pruebas de oficio. "Durante los actos preliminares se abren dos oportunidades para que el tribunal pueda producir prueba de oficio. Una de ellas funciona como complementación al ofrecimiento de prueba por las partes; la otra para suplir omisiones de la investigación instructora (Código Nacional)[221]. Pueden darse supuestos como que las partes omitan considerar algunas pruebas recibidas en la instrucción o que ni el defensor ni el agente fiscal ofrezcan prueba alguna por lo que el Código Nacional y los que

(221) CLARIÁ OLMEDO, Jorge. Ob. cit., Tomo I, pp. 107-108.

le siguen, acuerdan en forma expresa al presidente del tribunal la facultad de ordenar la recepción, durante el debate, de las pruebas reunidas en la investigación instructora que aparezcan de utilidad y que se justifica si se advierte la situación en que se encontraría el tribunal ante un plenario sin pruebas, y sin posibilidad de valorar en la sentencia las recibidas en la instrucción(222). Esta apreciación se hace con base en que en el procedimiento argentino mantiene un modelo inquisitivo-acusatorio. Sin embargo, los Códigos de Córdoba y de la Provincia de Buenos Aires eliminan expresamente esta posibilidad de incorporación oficiosa de pruebas por parte del tribunal, en razón de que ya que esta función corresponde al Ministerio Público y a las partes, siendo ajena al tribunal toda derivación del principio de investigación judicial autónoma, en razón de que el mismo debe proceder con objetividad e imparcialidad para decidir en definitiva las resultas del proceso(223). Como se aprecia en esta digresión que hace Clariá Olmedo, al final se reconoce que la actuación de prueba de oficio va directamente contra el principio de juez imparcial.

Al examinar Binder la legislación procesal penal de República Dominicana se precisa que ordenar la prueba de oficio es un reflejo del principio de instrucción, en virtud del cual al juez interesa la averiguación de la verdad real, de modo que no está limitado al ofrecimiento de prueba del Ministerio Público y las otras partes, aun cuando se trata de una potestad, es evidente el deber de ordenar la prueba para mejor proveer que se tiene a mano, bajo el riesgo –en su omisión– de ser anulada la sentencia por concurrir en ella el vicio de falta de fundamento(224).

Este es un tema bastante discutido en la jurisprudencia, esto es, si la prueba de oficio colisiona con la imparcialidad del juez. El procesalista César San Martín, adhiriéndose a la postura de Picó I Junoy, dice que el sustento constitucional de la prueba de oficio se encuentra en el valor justicia, en el derecho a la efectividad de la tutela jurisdiccional y que para no poner en riesgo la imparcialidad del juez deben darse estos requisitos:

1. El juez debe ceñirse a los hechos alegados en los escritos de acusación y defensa y discutidos en juicio con lo que se defiende el principio acusatorio.

(222) Ibídem, p. 107.
(223) CLARIÁ OLMEDO, Jorge. Ob. cit., p. 107.
(224) BINDER, Alberto y otros. *Derecho Procesal Penal*. Escuela Nacional de la Judicatura, Rep. Dominicana, 2006, pp. 411-412.

2. Al juez le deben constar las fuentes de prueba sobre las cuales tendrá lugar su posterior actividad probatoria con lo que se protege la imparcialidad judicial.

3. Las partes deben participar en la actividad probatoria de oficio en su ejecución y pueden contradecirla con lo que se protege el derecho de defensa(225).

De igual forma, Talavera Elguera es partidario de la prueba de oficio y que el cuestionamiento de esta es contradictoria con el modelo procesal civil, donde se proclama la intervención de oficio del juez y, por otro lado, diseñar un modelo jurisdiccional penal, absolutamente inactivo al amparo del mantenimiento de su imparcialidad(226).

Refiere Talavera que no hay sistema acusatorio puro, e incluso en Estados Unidos existen reglas federales de evidencia como la 641 que faculta al juez llamar testigos y peritos e interrogarlos directamente y que la imparcialidad no debe ser confundida con la pasividad o neutralidad absoluta del juez(227). Formula cuatro requisitos para que el juez pueda solicitar la actuación de prueba de oficio:

1. Debe ser nuevo medio de prueba no ofrecido por ninguna de las partes para su actuación en el juicio.

2. La actuación debe ser posterior a la realizada por las partes en juicio.

3. Deben ser manifiestamente útiles para esclarecer la verdad.

4. El juez no puede ordenar directamente pruebas de cargo o descargo, sino de prueba complementaria o prueba sobre la prueba.

San Martín y Talavera en el fondo reconocen el principio inquisitivo que subyace en la prueba de oficio. Si nosotros centramos la actividad probatoria en objetos de prueba, que desmenuzados tienen incidencia en la imputación, punibilidad, determinación de la pena, o reparación civil, a qué parte perjudicará o favorecerá la actuación de esa prueba. Seamos sinceros, la actuación de prueba de oficio es como una suerte de disparo al aire, le va a caer a cualquiera a favor o en contra, por eso pretender una actitud neutra, me parece que no

(225) SAN MARTÍN CASTRO, César. *Prólogo al Libro Nueva Jurisprudencia Nuevo Código Procesal Penal*. De Espinoza Goyena Julio César, Reforma, Lima, 2009, pp. 18-19.
(226) TALAVERA ELGUERA, Pablo. *La Prueba*. AMAG, Lima, 2009, p. 52.
(227) Ídem.

se condice con esta facultad si bien excepcional del juez, que puede en la búsqueda de la verdad, afectar a cualquiera de las partes.

Entonces las premisas planteadas nos llevan a afirmar que la prueba de oficio o no llegará a esclarecer nada o simplemente inclinará la balanza a favor de algún sujeto procesal, puesto que el descubrimiento de la verdad no es una actividad académica sino que tiene efectos en el juicio. Entonces para aclarar hay que decir, pues, que cuando el juez actúa una prueba de oficio, no digo conscientemente porque sería provocador de mi parte hacerlo, se sientan las bases para quebrar la imparcialidad judicial, y entonces retornamos aunque sea marginalmente al juez inquisidor, el averiguador de la verdad.

A modo de conclusión podemos señalar que la actuación de medios de prueba con la oralidad, inmediación y contradicción genera un debate probatorio que busca formar convicción judicial; los órganos de prueba como testigos y peritos proveen la información probatoria al juez directa y oralmente; la incorporación de prueba documental debe hacerse mediante la oralidad y desarrollarse el examen de estos en el debate probatorio; la actuación de pruebas de oficio ponen en riesgo la imparcialidad judicial si no es utilizada con prudencia.

Capítulo V
Los alegatos finales

Este es un tramo que a veces se hace complicado, porque queda a discreción del tribunal controlar el análisis que hará cada parte desde su pretensión. El CPPMI señala algunas reglas cuando culmina la actuación probatoria:

> "**318. Discusión final y clausura**. Terminada la recepción de las pruebas, el presidente concederá sucesivamente la palabra al Ministerio Público, al querellante, al actor civil, a los defensores del imputado, a los abogados del tercero civilmente demandado, para que, en ese orden, limiten sus conclusiones.
>
> Las partes civiles limitarán su informe a los puntos concernientes a la responsabilidad civil. En ese momento, el actor civil deberá concluir, fijando su pretensión para la sentencia, incluso, en su caso, el importe de la indemnización. Sin embargo, de conformidad con el imputado y, eventualmente, con el tercero civilmente demandado, podrá dejar la estimación del importe indemnizatorio para el procedimiento de ejecución de la sentencia.
>
> Si intervinieren dos representantes del Ministerio Público o dos abogados por alguno de los demás intervinientes, todos podrán hablar dividiéndose la tarea.
>
> Solo el Ministerio Público y el defensor del imputado podrán replicar, corresponderá al segundo la última palabra. La réplica deberá limitarse a la refutación de los argumentos adversarios que antes no hubieren sido objeto del informe.
>
> En caso de manifiesto abuso de la palabra, el presidente llamará la atención al orador, y si este persistiere, podrá limitar prudentemente el tiempo del informe, teniendo en cuenta la naturaleza de los hechos en examen, las pruebas recibidas y las cuestiones a resolver. Vencido el plazo, el orador deberá emitir sus conclusiones; la omisión implicará incumplimiento de la función o abandono injustificado de la defensa.

> Por último, el presidente preguntará al imputado si tiene algo más que manifestar, concediéndole la palabra, y cerrará el debate".

En el NCPP la esencia del alegato es la exposición de los argumentos de las partes de sus teorías del caso. En este alegato se realizará oralmente un análisis de la prueba actuada y las conclusiones de este examen. Si el fiscal logró probar su caso y si la defensa logró refutarlo.

Concluido el juicio oral se desarrolla una discusión final en el siguiente orden conforme al artículo 386 del NCPP, exposición oral del fiscal; alegatos de los abogados del actor civil y del tercero civil; alegatos del abogado defensor del acusado; autodefensa del acusado estableciéndose algunas reglas.

No podrán leerse escritos sin perjuicio de la lectura parcial de notas para ayudar a la memoria o el empleo de medios gráficos o audio visuales para una mejor ilustración al juez.

El agraviado si está presente y desea exponer, se le concederá la palabra, aunque no haya intervenido en el proceso.

Siempre la última palabra le corresponde al acusado.

Tiempo. El juez penal concederá la palabra por un tiempo prudencial tomando en cuenta la complejidad del caso.

Al finalizar el alegato, el orador expresará sus conclusiones de un modo concreto.

Control del tiempo. Los discursos no deberán ser larguísimos, por lo que es el juez penal quien llamará la atención al orador y, si este continúan le fijara un tiempo límite en el que culminará el alegato.

Con la autodefensa del acusado el juez penal declarará cerrado el debate. No es obligatoria la participación del acusado, pero esto tiene que ser fijado por la defensa como parte de su estrategia ¿es conveniente su intervención? ¿Ayudará su alegato? Estas preguntas deberán responderse a la defensa antes de tomar la decisión para que el acusado realice su autodefensa.

I. Alegato del fiscal

El fiscal como titular de la acción penal al final de la etapa de producción de pruebas realizara su alegato teniendo varias alternativas:

- Si cree que en el juicio se han probado los cargos contra el acusado sustentará oralmente la acusación, estableciendo los hechos probados y las pruebas en que se fundan, la calificación jurídica, la responsabilidad penal y civil del acusado, de ser el caso del tercero civil y solicitará al final pena y reparación civil.

- Si el fiscal considera que del juicio han surgido nuevas razones para pedir aumento o disminución de la pena o la reparación civil solicitada en la acusación escrita, destacará dichas razones y pedirá la respectiva pena o reparación civil. Además podrá solicitar que se imponga al acusado si fuese el caso una medida de seguridad, pero con la condición que se hubiere sometido está al debate contradictorio. Además en ese acto podrá corregir simples errores materiales o incluir alguna circunstancia, pero que no modifique la imputación ni provoque indefensión, y sin que sea considerada una acusación complementaria que tiene un régimen preestablecido.

- Si considera que los cargos formulados contra el acusado han sido debilitados, retirará la acusación bajo las siguientes reglas: El juez después de oír a los abogados de las demás partes, resolverá en la misma audiencia lo que corresponda o la suspenderá por el término de dos días hábiles.

Reabierta la audiencia, si el juzgador está de acuerdo con el requerimiento del fiscal, dictará auto dando por retirada la acusación, ordenará la libertad del imputado si estuviese preso y dispondrá el sobreseimiento definitivo de la causa. El juez si está en desacuerdo elevará los autos al fiscal superior para que decida dentro del tercer día, si el fiscal inferior acusa o aprueba el dictamen de no acusar (art. 387 del NCPP). La decisión del fiscal superior es vinculante al fiscal inferior y al juez. Si opina que acuse el juez controlará posteriormente la acusación, y si decide aprobar el desistimiento de la acción penal, el juez deberá dictar sí o sí el sobreseimiento.

II. Alegato del actor civil

La exposición del abogado del actor civil se centrará en la pretensión reparatoria de la que es titular. Deberá argumentar sobre el agravio ocasionado a la víctima, demostrará el derecho a la reparación y destacará la cuantía del monto de indemnización, solicitando en aplicación de los artículos 92 y 93 del CP la restitución del bien si fuera posible o el pago del valor (art. 388.1).

Una deficiencia en las defensas es acreditar el monto indemnizable desde una perspectiva probatoria, y esto es más grave si se ha constituido en actor civil. Muchas veces no ofrecen medios para probar los daños por lo que a criterio del juez estimarlo.

La reparación civil siendo una consecuencia de la condena como regla general, aunque recordemos que en sobreseimiento el juez si se ha acreditado una relación causal entre el hecho y el daño causado podrá fijar un monto indemnizatorio.

Si bien se le sujeta al actor civil a que solo persiga la reparación, esta deviene de la determinación de culpabilidad del agente, por lo que puede 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.

III. Alegato del tercero civil

La defensa tiene la facultad de denegar la existencia del hecho imputado al procesado, o refutar la existencia de la responsabilidad civil, la magnitud del daño y el monto de la indemnización (art. 389.1).

El abogado del tercero civil podrá referirse íntegramente al hecho objeto de imputación y, sin cuestionar el ámbito penal de esta, y resaltar la inexistencia de los criterios de imputación de Derecho Civil. Deberá probar la inexistencia de vínculo con el imputado, de tal forma que no sea merecedor de la sanción civil.

IV. Alegato de la defensa

La defensa técnica del acusado al presentar su alegato final deberá analizar los argumentos del fiscal y las partes sobre la imputación a su patrocinado, es decir, si han podido probar su caso en la medida que el acusado goza del derecho a la presunción de inocencia. Examinará los elementos y circunstancias del delito, la responsabilidad penal y grado de participación que se atribuye a su cliente, la pena y la reparación civil solicitados, rebatiéndolas.

Si es que ha presentado una teoría del caso de refutación alegara si es que ha podido acreditarla durante la actuación probatoria, realizando una valoración de las pruebas de descargo. Al concluir deberá solicitar la absolución del

acusado o la atenuación de la pena, o de ser el caso cualquier otro pedido que favorezca a su patrocinado (art. 392.2).

V. Autodefensa del acusado

En el derecho comparado tenemos que la autodefensa o defensa materia del acusado se encuentra regulado en varios códigos adjetivos: En el **Código de Procedimiento Penal italiano** (1989) en su artículo 523, inciso 5, dispone que: "En cualquier caso, el imputado y el defensor tendrán derecho a la última palabra si así lo solicitan, debiendo observarse este derecho bajo pena de nulidad del juicio. No hace distingo entre defensa técnica y material, y constituye un vicio de nulidad absoluta. De esto se infiere que la autodefensa tiene un peso específico en el procedimiento italiano.

El **Código de Proceso Penal de Portugal** (1987), en su artículo 361, inciso 1 establece: "Findas as alegacoes o presidente pergunta ao argüido se teni mais alguma coisa a alegar em sua defensa, ovindo-o cm ludo o que declarar bem déla"; de allí que se equipara su exposición a un alegato en el que existe valoración de pruebas, y tratándose del acusado este aportara en el juicio de hechos.

La **Ley de Enjuiciamiento Criminal española** de 1882 y su artículo 739 estatuye que: "Terminada la acusación y la defensa, el Presidente preguntará a los procesados si tienen algo que manifestar al tribunal. Al que contestare afirmativamente le será concedida la palabra. El presidente cuidará de que los procesados, al usarla no ofendan la moral ni falten el respeto debido al tribunal, ni a las consideraciones correspondientes a todas las personas y que se ciñan a lo que sea pertinente, retirándoles la palabra en caso necesario". La defensa material es facultad del acusado, él es quien decide si va a exponer hechos a su favor.

La Ordenanza Procesal Penal de Alemania 1879 en el artículo 258, inciso 3, dispone que: "Aunque un abogado defensor haya hablado por el acusado, se le debe preguntar a este si tiene algo más que alegar para su defensa". Entonces es un mecanismo que usa a su favor.

El Código Procesal Penal de Costa Rica (según reforma que entró en vigoren 1998), en su artículo 358 expresa: "Clausura del debate. Si está presente la víctima y desea exponer, se le concederá la palabra, aunque no haya intervenido en el procedimiento. Por último quien preside, preguntará al imputado si tiene algo más que manifestar. Inmediatamente después declarará cerrado el debate".

El **Código Procesal Penal chileno** (1999), cuyo artículo 3387 al final reza: "Por último se otorgará al acusado la palabra para que manifestare lo que estimare conveniente. A continuación se declarará cerrado el debate".

En Argentina, se ha seguido la fórmula del **Código Procesal Penal de la Nación** (1987) que en su artículo 393 en lo pertinente dice que: "En último término el presidente preguntará al imputado si tiene algo que manifestar, convocará a las partes a audiencia para la lectura de la sentencia y cerrará el debate".

El otorgamiento de la última palabra al acusado al llegarse al final del debate oral, se inserta sin mayor esfuerzo en el derecho "de audiencia" o a "ser oído" en el proceso, aquí, el penal(228). En la experiencia vemos que en los juicios hay un afán de decir algo por los acusados, y se les recomienda que lo hagan por intermedio de su abogado, porque existe el momento en el que pueden decir algo libremente, sin ser sometidos a interrogatorios. En esta apreciación esta también el reconocimiento del inculpado como persona y no como objeto de la investigación(229).

La defensa material no se trata de una cabal "declaración" como lo ha señalado la jurisprudencia comparada como la de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, al sentenciar que: "Estas manifestaciones se quieren espontáneas y libres por parte del acusado, sin la presión y formalidad de la intimación de los cargos y de la eventual confrontación de su dicho en un interrogatorio por las partes intervinientes, es decir, se quiere que sean manifestaciones fuera del periodo de prueba, una vez emitidas las conclusiones de las partes y finalizada 'la escena' del debate, pues solo en esta dimensión se comprende el significado que poseen para la defensa material del imputado (...)"(230).

En el NCPP concluido los alegatos se le concederá la palabra para que exponga lo que estime a su favor. Entonces este alegato tendrá que ser parte de la valoración que hará el juzgador al momento de resolver, pues si se le considera como un rito más, sin efectos procesales no tiene ningún sentido que se le otorgue este derecho. Además la forma como se le ha estructurado en el NCPP, es ponerle un tiempo que no tendría mayor relevancia, puesto que un juicio oral debe tener un control de los tiempos tratando de buscar un punto medio que no afecta el derecho a la defensa, entonces la limitación de tiempos no solo debe ser para el acusado sino debe contemplarse para los alegatos

(228) BERTOLINO, Pedro J. "El derecho a la "última palabra" en el juicio penal oral". En: *El derecho al proceso judicial*. Temis, Bogotá, 2003, p. 41.
(229) Ídem.
(230) Ibídem, p. 43.

orales tanto del fiscal como de las defensas técnicas. En el artículo 391.1 se fija que si el acusado no cumple con la limitación se le pondrá llamar la atención y requerirlo para que concrete su exposición. Igualmente como no hay regla tasada para fijar el tiempo, este tiene que guardar relación con la naturaleza del delito imputado y la solicitud de pena, por ejemplo, en un caso donde el acusado enfrente una pena de cadena perpetua.

Si el acusado incumple la limitación de tiempo el juzgador deberá dar por terminada la exposición y en caso grave se le desalojará de la sala de audiencias (art. 321.2). En realidad cuando el comportamiento del acusado altere el orden que se debe seguir en una sala de audiencias el juzgador con base en el control disciplinario puede ordenar que se le desaloje al acusado, y esto se aplica a cualquiera que altere el normal desenvolvimiento de la audiencia, y además es una repetición del numeral 4 del artículo 364. Este artículo versa sobre el poder disciplinario de los jueces frene a todos los sujetos procesales y personas que asistan a una audiencia.

Nos parece que este artículo es deficiente en su redacción y en todo caso debió establecer algunas pautas para poder darle contenido a lo que se considera "útil a su defensa" omisión que se advierte. Además establecer algunas reglas de valoración de este alegato oral, de tal forma que tenga algún sentido que un acusado exponga hechos a su favor.

La defensa material es una especie de alegatos sobre hechos y si bien en la medida que el imputado es un lego en derecho por la experiencia judicial se advierte que no aporta mucho. Habría que establecer algunas reglas simples que puedan ser trasmitidas por el abogado o desde la judicatura para permitir que este acto sea útil y relevante en el proceso, garantizando verdaderamente el derecho a la defensa. Valgan verdades, este alegato en el viejo procedimiento se instrumentaliza para poder manejar los plazos de emisión de sentencia, desvirtuando el sentido de esta institución.

Capítulo VI
Deliberación y sentencia

La sentencia es la decisión final que se debe pronunciar sobre lo que ha sido objeto fáctico y jurídico del proceso penal. El CPPMI establece cual es el procedimiento para arribar a esta pieza procesal sustancial en el proceso penal.

Luego de clausurado el debate los, los jueces que hayan intervenido en él pasarán a deliberar en sesión secreta, a la cual solo podrá asistir el secretario. La deliberación implica en intercambio de opiniones sobre la actuación de la prueba, el juicio de hechos y el de derecho (art. 319). El CPPMI da facultades al tribunal para una reapertura del debate (art. 320) para recibir nuevas pruebas o ampliar las incorporadas. Resuelta la reapertura, se convocará a los intervinientes a la audiencia, ordenándose la citación urgente de los que deban declarar o la realización de los actos correspondientes. La discusión final quedará limitada al examen de los nuevos elementos. En el caso peruano la posibilidad de reabrir debate, es cuando se aplicará la determinación de la pena desvinculándose el Tribunal de la acusación fiscal.

Como límites de la sentencia frente a la pretensión de condena el CPPMI ha fijado lo siguiente:

> "**322. Sentencia y acusación**. La sentencia de condena no podrá sobrepasar el hecho y las circunstancias descritas en la acusación y en el auto de apertura del juicio, o en su caso, en la ampliación de la acusación.
>
> En la condena, el tribunal podrá dar al hecho una calificación jurídica distinta de aquella de la acusación o de la del auto de apertura del juicio, o aplicar penas más graves o medidas de seguridad, siempre que no exceda su propia competencia. Empero, el acusado no puede ser condenado en virtud de un precepto penal distinto del invocado en la acusación, comprendida su ampliación, o en el auto de apertura del juicio, si previamente no fue advertido sobre la modificación posible de la calificación jurídica; la regla comprende también a los preceptos que se refieren solo a la pena y a las medidas de seguridad y corrección.

En el modelo anglosajón como en la Regla 160 de Procedimiento Criminal de Puerto Rico dice que el término "fallo" significa el pronunciamiento hecho por el tribunal condenando o absolviendo al acusado.

Después de una alegación de culpabilidad o de la rendición de un veredicto, el tribunal pronunciará inmediatamente su fallo de conformidad con dicha alegación o el veredicto rendido. Cuando el juicio no hubiere sido por jurado, el tribunal podrá reservarse el fallo por un término que no excederá de dos (2) días, después de haberse sometido la causa.

En la regla 161 se establece que en todo fallo de culpabilidad por delitos clasificados en grados, el tribunal especificará el grado del delito por el cual se condena al acusado. El grado tendrá efectos en la pena, la más grave es en primer grado.

La sentencia conforme a la regla 162 se le concibe como el pronunciamiento hecho por el tribunal, en cuanto a la pena que se le impone al acusado. El tribunal al tiempo de imponer sentencia deberá explicar verbalmente o por escrito las razones para la imposición de la sentencia.

Cuando se pronuncie un fallo condenatorio en casos de delitos graves (*felonies*) el tribunal señalará una fecha para dictar sentencia que será por lo menos tres (3) días después de dicho fallo. En casos de delitos menos graves (*misdemeanors*) el tribunal deberá dictar sentencia no más tarde del día siguiente al del fallo.

Para dictar la pena la regla 162.1 establece que deberá tener ante sí un informe que le haya sido rendido, después de haberse practicado una investigación minuciosa de los antecedentes de familia e historial social de la persona convicta y del efecto económico, emocional y físico que ha causado en la víctima y su familia la comisión del delito, que le permita emitir una decisión racional de sentencia.

Otro elemento a considerar según la regla 162.4 es que tanto el acusado como el fiscal podrán solicitar del tribunal que escuche prueba de circunstancias atenuantes o agravantes a los fines de la imposición de la pena. Si de las alegaciones sometidas surgiere que existe controversia real sobre un hecho material que requiriere la presentación de prueba, entonces el tribunal celebrará una vista en el más breve plazo posible, en la cual.

(a) El fiscal podrá presentar prueba de circunstancias agravantes que a su juicio justifiquen que se dicte una sentencia rigurosa o el que no se deban suspender los efectos de la sentencia o, en caso contrario, que se impongan condiciones estrictas.

(b) El acusado podrá presentar prueba de circunstancias atenuantes, que a su juicio justifiquen que se dicte una sentencia benigna o que se suspendan los efectos de la misma (adicionada en el 1980 ley 103).

I. La deliberación y la sentencia

Si se trata de un colegiado, los miembros de este a deliberar o discutir para luego tomar una decisión. Concluido el debate, en sesión secreta los jueces discutirán, sin interrupción (art. 392.1). La discusión no puede extenderse más allá de dos días, no puede suspenderse por más de tres días en caso de enfermedad del juez o de los miembros del juzgado colegiado. La idea detrás de la celeridad en la decisión es que tengan en la memoria la actividad probatoria de los hechos objeto del juicio. Si el proceso es complejo el plazo se duplica a cuatro y seis días, respectivamente.

Si el fallo no se produce en el plazo legal, el juicio tendrá que repetirse con otro órgano jurisdiccional sin perjuicio que se les abra proceso disciplinario a los miembros del colegiado o juez por la demora incurrida.

A diferencia de los casos civiles, constitucionales, de familia o laborales que requieren que la decisión en colegiado sea unánime, en penal las decisiones se adoptan por mayoría. Puede darse el caso que respecto de la pena haya tres posiciones, por lo que se elegirá la intermedia. Esta regla es aplicable al supuesto de la reparación civil.

En caso se tratara de la pena de cadena perpetua, se requerirá decisión unánime. Esta regla no se aplica en el procedimiento de 1940 donde para cualquier pena basta dos votos conforme.

II. Reglas para deliberación y votación

El CPPMI en su artículo 321 establece que el tribunal decidirá primero las cuestiones relativas a su competencia, a la promoción o prosecución de la persecución penal o de la acción civil, cuando se hubiesen planteado o hubiesen surgido durante el debate. Si se decide proseguir, quien hubiere quedado en minoría deberá deliberar y votar sobre las cuestiones siguientes.

Según el CPPMI La decisión posterior versará sobre la absolución o la condena y sobre la sanción penal o la medida de seguridad y corrección correspondiente. Si se hubiere ejercido la acción civil, admitirá la demanda, en la forma que corresponda, o la rechazará.

Sobre la sanción penal o la medida de seguridad y corrección, deliberarán y votarán todos los jueces, incluso aquellos cuya opinión haya quedado en minoría. Cuando exista la posibilidad de aplicar diversas clases de penas o, dentro de una misma clase, penas divisibles o indivisibles, el tribunal deliberará y votará, en primer lugar, sobre la especie de pena a aplicar decidiendo por mayoría de votos. Si no fuere posible lograr la mayoría se aplicará la sanción o medida intermedia.

Como una reflexión en esa etapa de emisión de sentencia, tenemos que aceptar que la definición jurídica de la situación de un imputado tiene que respetar reglas que no la hagan merecedora a de la declaración de nulidad.

En principio, las pruebas se incorporan el juicio oral mediante la oralidad, y están sometidas a contradictorio, inmediación y publicidad de tal forma que su la recepción sea solo sobre la prueba incorporada válidamente. Por ello, el artículo 399.1 dice que el juez penal no podrá utilizar para la deliberación pruebas diferentes a aquellas legítimamente incorporadas en el juicio.

Como metodología para apreciar la prueba el juez penal, primero procederá 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.

Los jueces deliberarán y votarán las siguientes cuestiones:

a) Las relativas a toda cuestión incidental que se haya diferido para este momento. Por ejemplo, una excepción de cosa juzgada deducida en juicio oral. La tacha de medios de prueba.

b) Las relativas a la existencia del hecho y sus circunstancias. El objeto del proceso y del juicio son los hechos y sus circunstancias de tal forma que el debate se haya centrado en estos temas.

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.

III. Valoración de la prueba

El objeto de prueba son los hechos que constituyen la imputación, y otros que tengan incidencia en los juicios de tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad, y determinación de pena y reparación civil. La prueba tiene como objeto acreditar las existencias de estos hechos. Probar, siguiendo a Roxin, significa convencer al juez sobre la certeza de la existencia de un hecho(231). Un primer plano de valoración es establecer si las pruebas desde las reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia han podido acreditar la existencia del hecho. En un segundo nivel, una vez probados estos hechos son presupuestos para analizarlos, examinarlos, valorarlos y conectarlos con la imputación que es el objeto principal del proceso. Solo interesa al derecho los hechos que tienen relevancia jurídica.

La valoración de la prueba tiene por objeto establecer la conexión final entre los medios de prueba presentados y la verdad o falsedad de los enunciados sobre los hechos en litigio(232).

El CPPMI señala que el tribunal apreciará la prueba según su libre convicción extraída de la totalidad del debate (art. 321). Resolverá por mayoría de votos. Los jueces podrán fundar separadamente sus conclusiones o en forma conjunta cuando estuvieren de acuerdo. Las disidencias deberán fundarse expresamente.

El NCPP establece una pauta en la valoración al señalar que el juez para la apreciación de las pruebas procederá primero a examinarlas individualmente y luego conjuntamente con las demás. Siempre bajo las reglas de la sana crítica. La valoración de una prueba nos puede dar solo un ángulo de la imputación por lo que se hace necesario una apreciación en conjunto para ver todo el panorama (art. 393.2).

En la historia de la valoración de pruebas, son tres las que han tenido un peso específico sobre las decisiones judiciales, el de prueba legal o tasada, el de íntima convicción y el de valoración crítica de los elementos de prueba.

1. Prueba legal

Este sistema es conocido también como sistema de prueba tasada o ponderada si se quiere. Un testigo no es testigo, puede ser un ejemplo de este

(231) ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Editores del Puerto. Buenos Aires, 2000, p. 185.
(232) TARUFFO, Michelle. Ob. cit., p. 132.

sistema. Proviene del Derecho europeo continental clásico de los tiempos de la ilustración y consiste en que las leyes del procedimiento anticipan los criterios que deben emplearse para dictar una sentencia con el resultado de diversas combinaciones de fuentes de prueba(233). Esta fue una reacción a las formas probatorias irracionales basadas en ordalías y en el juicio de Dios; sin embargo, se establecía como premisas para llevar a la verdad lo cuantitativo, a mayores valores positivos se consideraba verdadero a mayores valores negativos se consideraba falso(234).

El sistema imponía numerosas reglas como: a) carecía de valor probatorio la declaración de un solo testigo (*testis unus testis nullus*); b) prohibición de admitir prueba testimonial en contra de prueba escrita; c) desconocimiento del valor probatorio de un documento a favor de quien lo escribió; d) rechazo de la prueba proveniente del conocimiento personal de los hechos(235).

2. Íntima convicción

Está vinculada a la intervención de jurados que son los que valoran las pruebas a partir de su propia convicción. Este sistema puede traer desviaciones como posiciones subjetivas y arbitrarias; por ello, en los Estados Unidos se fijan ciertas reglas por parte del juez para los miembros del jurado que emitirán su veredicto.

Este sistema deriva de una idea mística que anima al tribunal de legos, pues se cree que la divinidad puede en cualquier momento iluminar a una persona y hacerla sentir, aunque no lo comprenda, la justicia o injusticia de un acto(236).

3. Valoración crítica de los elementos de prueba

Este sistema al que se adscribe el NCPP se sustenta en un adecuado raciocinio, que implica la demanda a que los tribunales respeten las leyes del pensamiento (lógicas) y de la experiencia (leyes de la ciencia natural) y que sea completa, en el doble sentido de fundar todas y cada una de las conclusiones fácticas y de no omitir el análisis de los elementos de prueba incorporados,

(233) NEYRA FLORES, José. "Mínima actividad probatoria y presunción de inocencia". En: *Gaceta Penal y Procesal Penal*. Tomo 15, Lima, setiembre de 2010, p. 235.
(234) TARUFFO, Michelle. *La Prueba*. Ob. cit., p. 134.
(235) BROWN, Guillermo. *Límites a la valoración de la prueba en el proceso penal*. Nova Tesis, Buenos Aires, 2002, pp. 22-23.
(236) Ibídem, p. 26.

exigencias con las cuales se pretende lograr que la decisión se baste a sí misma, como explicación de las conclusiones del tribunal (exigencia interna)[237].

Si bien es verdad que el sistema de prueba tasada fue para poder fijar una racionalidad frente a la arbitrariedad, aún dentro del sistema de valoración de libre apreciación pesa de alguna forma el aspecto cuantitativo, esto es, que mientras más medios de prueba se encaminen acreditar un hecho objeto de demostración, mayor será la posibilidad de establecer la verdad, sin embargo, en este sistema se pone incidencia previamente en la calidad del medio de prueba o cuando ya ha sido recepcionada. En este sistema un testimonio puede tener mayor peso que tres porque el examen de calidad implica una valoración respecto de la credibilidad de la prueba. Pensemos en un testigo que vio robar a alguien, sin embargo, se prueba que ha tenido un conflicto con el imputado, o ha dado un falso testimonio en otro caso, el perjurio como dicen los norteamericanos, su testimonio pierde peso probatorio. ¿Es esta una regla infalible? Pues no necesariamente, depende del caso concreto.

El aspecto de la credibilidad también fue advertido por Bentham que decía la fidelidad del testimonio, esto es su exactitud, y su complemento depende de dos cosas; del estado de las facultades intelectuales del testigo, y de su disposición moral, esto es de su entendimiento y su voluntad[238].

Este sistema está consagrado en el artículo 158.1 del NCPP que dice que en la valoración de la prueba el juez deberá observar las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia. Debe exponer cuáles son los resultados de dicha valoración y las reglas adoptadas.

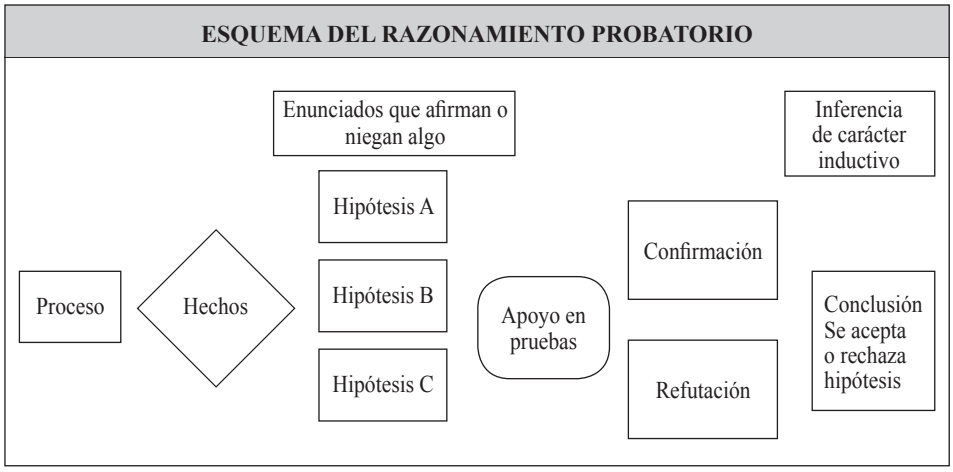
Esta perspectiva de apreciación crítica también se observa en el Código de Procedimientos Penales que en el artículo 283 establece como regla de valoración, que los hechos y las pruebas que los abonen serán apreciados con criterio de conciencia.

En la jurisprudencia suprema R.N. Nº 1948-2006-Callao, del dos de agosto de dos mil seis se dice: "(…) que la valoración de la prueba se ha de realizar según las normas de la lógica, criterio de conciencia, máximas de la experiencia o de la sana crítica". ¿De esto se infiere que el criterio de conciencia es distinto al de la sana crítica? De la lectura de Zavala Loayza en exposición de motivos del Código Rituario de 1940, este asimila conciencia a conocimiento

(237) MAIER Julio. Ob. cit., Tomo I, p. 871.
(238) BENTHAM, Jeremías. *Tratado de las Pruebas Judiciales*, elaborado de sus manuscritos por Esteban Dumont. Traducido por José Gómez de Castro, Imprenta de don Gómez Jordán, Madrid, 1835, p. 45.

y que la decisión debe estar fundada en razones, de aquí se advierte que esta forma de concebir la apreciación judicial de la prueba se engarza con el sistema de la sana crítica que le agrega reglas más precisas.

La valoración de las pruebas conducen al juez a definir en sentencia la situación jurídica de un procesado, y esta valoración tiene relación íntima con la motivación de las resoluciones, puesto que no basta que allí se exprese una determinada apreciación de la prueba, sino que este razonamiento debe ser de acuerdo a las reglas de la lógica, puesto que no puede ser que se valore las pruebas en el sentido de absolver a un procesado y al final se resuelva condenándole. Cuando se refiere a la ciencia se entiende aquella o aquellas que explican los fenómenos como resultados naturales, aquí se ve la relación causa efecto y respecto a las máximas de la experiencia tiene que ver con aquellas reglas que han sido creadas a partir del método de inducción esto es del análisis de casos concretos.



4. Valoración de prueba indiciaria

El NCPP establece las reglas para valorar la prueba por indicios de tal forma que se pueda llegar a una conclusión mediante una inferencia válida, esto es, que se descubra un hecho desconocido mediante reglas de la lógica, la ciencia o la experiencia (art. 158.3).

La inferencia hay que entenderla como una evaluación que realiza el juzgador mentalmente entre los indicios probados, que, al ser relacionados intelectualmente permiten trazar una línea de implicación lógica entre ellos, de tal forma que se pueda deducir un hecho consecuencia. La inferencia, debe moverse dentro de los marcos fijados por las reglas de la lógica y de la experiencia,

de suerte que de los indicios surja el hecho consecuencia y que entre ambos exista un enlace preciso y directo.

Rosas Yataco fija descriptivamente dos posiciones respecto de la valoración de la prueba indiciaria:

- La primera posición considera que la prueba indiciaria tiene **carácter secundario o supletorio y autores como** Pisan, Siracusa y Florián otorgan a la prueba indiciaria un valor subsidiario. Otros afirman que son idóneos para complementar la prueba de la autor y también se afirma que la prueba indiciaria tiene un valor probatorio relativo por tratarse de una prueba sujeta a una graduación por ser indirecta.

- La segunda es la que asume que la prueba indiciaria **tiene el mismo valor** que se le otorgan a las otras pruebas, siendo la doctrina dominante y que es expresada por Lucchini, Manzini, Mittermaier y Silva Melero. Se considera como una de las pruebas de mayor importancia dentro del proceso penal. Se dice que la prueba indiciaria rechazada por imperfecta, en contraposición a las llamadas pruebas legales es, no obstante, la más razonable cuando el nexo que debe mediar entre los supuestos conocidos y el hecho que se quiere demostrar es tan íntimo, que el raciocinio cree ver entre lo que aspira a probar y los medios de prueba una verdadera relación de causa a efecto. El valor de la prueba indiciaria es igual al de las pruebas directas(239).

Entonces, para fines de sostener el resultado del raciocinio judicial, hay que tener muy claro que se debe previamente acreditar los indicios; por eso el inciso 3.a del artículo 158 del NCPP fija como regla que el indicio esté probado con los diversos medios de prueba. El indicio naturalmente también es un hecho.

Cuando se trate de indicios contingentes estos deben ser plurales, concordantes y convergentes y que no se presenten contra indicios consistentes (art. 158 inciso 3 c). Los indicios contingentes son aquellos que por sí solos pueden conducir a varios hechos. Por eso como reglas de valoración, los indicios deben ser plurales, esto es más que uno, puesto que es insuficiente para conocer el hecho desconocido o inferencia. También deben ser concordantes que implica que estos indicios se entrelacen, corroboren o afirmen recíprocamente.

(239) ROSAS YATACO, Jorge. "Prueba Indiciaria: Doctrina y Jurisprudencia Nacional. La Reforma del Proceso Penal Peruano". En: *Anuario de Derecho Penal 2004*. En: <www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_2004_14.pdf>. [Fecha de consulta: 1 de junio de 2013].

Y convergentes, que significa que en el tránsito del hecho conocido al hecho desconocido no se llegue a diversas conclusiones.

Por otro lado, se establece que no existan contra indicios consistentes, esto es que en una refutación estos hechos sean más sólidos, de tal forma que desvirtúen el resultado de la inferencia.

En la jurisprudencia constitucional española plantea un esquema argumentativo que debe seguirse cuando se trata de arribar a una convicción judicial así:

> "(…) el derecho a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial en un proceso penal pueda formarse sobre la base de una prueba indiciaria, pero para que esta pueda desvirtuar dicha presunción debe satisfacer las siguientes exigencias constitucionales. Los indicios han de estar plenamente probados, no puede tratarse de meras sospechas, y el órgano judicial debe explicitar el razonamiento, en virtud del cual, partiendo de los indicios probados, ha llegado a la conclusión de que el procesado realizó la conducta tipificada como delito (…) En definitiva, si existe prueba indiciaria, el Tribunal de instancia deberá precisar, en primer lugar, cuáles son los indicios probados y, en segundo término, cómo se deduce de ellos la participación del acusado en el tipo penal, de tal modo que cualquier otro tribunal que intervenga con posterioridad pueda comprender el juicio formulado a partir de tales indicios. Es necesario, pues (…), que el órgano judicial explicite no solo las conclusiones obtenidas, sino también los elementos de prueba que conducen a dichas conclusiones y el *iter* mental que le ha llevado a entender probados los hechos constitutivos del delito, a fin de que pueda enjuiciarse la racionalidad y coherencia del proceso mental seguido y constatarse que el tribunal ha formado su convicción sobre una prueba de cargo capaz de desvirtuar la presunción de inocencia y, una vez alegada en casación la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, al Tribunal Supremo incumbe analizar no solo si ha existido actividad probatoria, sino si esta puede considerarse de cargo, y, en el caso de que exista prueba indiciaria, si cumple con las mencionadas exigencias constitucionales"[(240)].

(240) STC Exp. Nº 229/1988. F.j. 2, su fecha 1 de diciembre de 1988, que se expresa también en las STC Exp. Nº 123/2002. F.j. 9, su fecha 20 de mayo de 2002; Nº 135/2003. F.j. 2, su fecha 30 de junio de 2006; y Nº 137/2005. F.j. 2b, su fecha 23 de mayo de 2005. Cita extraída de la STC Exp. N° 00728-2008-PHC/TC caso Giuliana Llamoja Hilares.

La jurisprudencia nacional recoge la prueba indiciaria con algunas de sus notas esenciales como el R.N. N° 378-2004-Loreto, del 21-05-2004, donde se afirma: "(…) que, si bien la prueba por indicios es idónea para enervar la presunción de inocencia, requiere que los indicios no solo se encuentran plenamente acreditados y que, en la medida en que sean contengibles –como en el presente caso– deben ser plurales, y concordantes entre sí y suficientes para, a su vez, permitir una inferencia correcta con base en sólidos y contrastados elementos de inculpación".

En la Ejecutoria Suprema R. N. N° 2638-2005-Lambayeque del quince de agosto de dos mil cinco podemos apreciar el razonamiento realizado con base en indicios probados y la conclusión al que se arriba:

> "Que establecidos los elementos objetivos o existencia del hecho y la presencia física del imputado recurrente en el lugar de los hechos y su participación, su culpabilidad se infiere de una pluralidad de indicios; que a nivel policial señaló que no denunció el acto ilícito porque al tercer día era el onomástico de su madre, sin embargo, en el periodo sumarial indicó que no lo hizo porque desconocía donde estaba la 'Dirección de Investigación Criminal' y que no fue a otra entidad policial por miedo –se trata de un indicio de mala justificación, inverosímil y ausente de congruencia–; que al ser intervenido se encontró en su poder una camioneta station wagón –valorizado en tres mil quinientos dólares– y una motocicleta de del año dos mil tres –valorizado en seiscientos cincuenta dólares–; bienes que fueron adquiridos el dieciséis de octubre (acta de transferencia corriente (…)) y siete de octubre de dos mil tres –a los pocos días de cometido el ilícito penal pese a que no contaba con solvencia económica para su adquisición, pues era cerrajero–; que consignó el vehículo a nombre de su tío Vallejos Castillo y la motocicleta a nombre de su enamorada Murillo Peláez –quienes tampoco demostraron poder adquisitivo para adquirir estos bienes".

Por otro lado, hay ejecutorias supremas que realizan una clasificación de los indicios cómo el R.N. N° 222-2005-Sullana del quince de abril de dos mil cinco que dice: "(…) 'indicio de mala justificación' referente a su no probada alegación de que el día y hora de los hechos se encontraba con su conviviente, y otro 'indicio de capacidad comisiva' por registrar antecedentes por delitos patrimoniales (…)".

La ejecutoria de la Sala Penal Permanente R.N. N° 222-2005-Sullana reconoce la constitucionalidad de la prueba indiciaria pero para poder sustentar una condena por ejemplo debe cumplir determinados requisitos: "(…) que si bien

la prueba indiciaria es constitucionalmente legítima e idónea para sustentar una sentencia condenatoria, esta cuando se ampara en indicios contingentes –pluralidad de causalidades posibles– ha de necesitar un conjunto coherente o convergente, integrada o concordante y consistente de indicios con capacidad, por su proximidad o relación con los hechos objeto de imputación, sin la presencia de contra indicios consistentes, para inferir con arreglo a reglas lógicas, científicas o de experiencia correctamente aplicadas la culpabilidad del agente (…)".

La Ejecutoria Suprema vinculante R. N. N° 1912-2005 establece reglas para poder establecer el indicio que son las siguientes:

1. Este hecho ha de estar plenamente probado por los diversos medios de prueba que autoriza la ley.

2. Deben ser plurales, o excepcionalmente únicos pero de una singular fuerza acreditativa.

3. Ser concomitantes, esto es, afines al hecho que se trata de probar.

4. Deben estar interrelacionados, cuando sean varios, de modo que se refuercen entre sí y que no excluyan el hecho consecuencia, no solo se trata de suministrar indicios, sino que estén imbricados entre sí.

5. En función al nivel de aproximación respecto al dato fáctico a probar pueden clasificarse en débiles y fuertes. Los primeros únicamente tienen un valor acompañante y dependiente de los indicios fuertes, y solos no tienen fuerza suficiente para excluir la posibilidad de que los hechos hayan ocurrido de otra manera.

La conclusión que extraemos de la doctrina jurisprudencial y la Ejecutoria Suprema vinculante R. N. N° 1912-2005 es que se han construido pautas claras y precisas a efectos de que ante la inexistencia de pruebas directas se pueda realizar un razonamiento con base en la prueba indirecta, de tal forma que se pueda destruir la presunción de inocencia que tiene desde un inicio el imputado, de tal forma que no queden impunes conductas merecedoras de sanción penal.

5. Defectos en valoración de prueba indiciaria en la jurisprudencia constitucional

En la STC Exp. N° 00728-2008-PHC/TC, caso Giuliana Llamoja Hilares del día 13 de octubre de 2008 se hizo el control constitucional de la sentencia de la Corte Suprema que declaraba no haber nulidad en la sentencia de la sala superior que la condenaba.

a) La prueba penal indirecta y la prueba indiciaria

Un primer cuestionamiento que se hace es la forma como en esa sentencia se había empleado la prueba indiciaria, lo que en su parecer tiene relevancia constitucional:

> "(…) se advierte que la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, no obstante acudir a la prueba indiciaria para sustentar la condena contra la accionante (…), tampoco cumple los requisitos materiales que su uso exige, tanto al indicio en sí mismo como a la inferencia, por lo que este colegiado considera que se trata de un asunto de sobrada relevancia constitucional.

El TC explicita desde su perspectiva como concibe la prueba indiciaria y el camino argumentativo para llegar a la comprobación de los hechos:

> "Y es que, si bien los hechos objeto de prueba de un proceso penal no siempre son comprobados mediante los elementos probatorios directos, para lograr ese cometido debe acudirse a otras circunstancias fácticas que, aun indirectamente sí van a servir para determinar la existencia o inexistencia de tales hechos. De ahí que sea válido referirse a la prueba penal directa de un lado, y a la prueba penal indirecta de otro lado, y en esta segunda modalidad que se haga referencia a los indicios y a las presunciones. En consecuencia, a través de la prueba indirecta, se prueba un 'hecho inicial-indicio', que no es el que se quiere probar en definitiva, sino que se trata de acreditar la existencia del 'hecho final-delito' a partir de una relación de causalidad 'inferencia lógica'".

El TC señala que cuando se emplea la prueba indiciaria, esta debe estar: "debidamente explicitada en la resolución judicial; pues no basta con expresar que la conclusión responde a las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia o a los conocimientos científicos, sino que dicho razonamiento lógico debe estar debidamente exteriorizado en la resolución que la contiene". Y va más allá, pues señala la forma cómo se debe presentar la argumentación con prueba indiciaria (que también ha sido desarrollada en la jurisprudencia suprema vinculante[241]), debiendo observarse que en la sentencia se delimite los siguientes elementos: "el hecho base o hecho indiciario, que debe estar plenamente probado (indicio); el hecho consecuencia o hecho indiciado, lo que se trata de probar (delito) y entre ellos, el enlace o razonamiento deductivo. Este

(241) R. N. N° 1912-2005-Piura del 6 de setiembre de 2005.

último, en tanto que conexión lógica entre los dos primeros debe ser directo y preciso, pero además debe responder o sujetarse plenamente a las reglas de la lógica, a las máximas de la experiencia o a los conocimientos científicos".

Con relación al razonamiento probatorio, entendido por nosotros como valoración de la prueba, el TC dice lo siguiente:

> "Asimismo, cabe recordar que el razonamiento probatorio indirecto, en su dimensión probatoria, exige que la conclusión sea adecuada, esto es, que entre los indicios y la conclusión exista una regla de la lógica, máxima de la experiencia o conocimiento científico, (…) el razonamiento esté debidamente explicitado y reseñado en la sentencia. Y es que, a los efectos del control de calidad del curso argumental del juez (control del discurso), ello supone mínimamente que de su lectura debe verse cuál o cuáles son los indicios que se estiman probados y cuál o cuáles son los hechos a probar. Pero además, se exige que se haya explicitado qué regla de la lógica, máxima de la experiencia o qué conocimiento científico han sido utilizados, y si hubiera varios de estos, por qué se ha escogido a uno de ellos.
>
> Es decir, que el órgano jurisdiccional debe explicitar el razonamiento a través del cual, partiendo de los indicios, ha llegado a la convicción de la existencia del hecho delictivo y la participación del imputado, con el objeto de garantizar hasta el límite de lo posible la racionalidad de su decisión (examen de suficiencia mínima). Con este único afán, este colegiado constitucional considera que es válida, por ejemplo, la vigencia práctica de un cierto control, incluso del uso de las máximas de la experiencia, pues, de no ser así, cualquier conclusión delirante sería invulnerable, convirtiéndose así en una paradójica garantía de discrecionalidad judicial incontrolada".

Respecto de la convicción judicial, que es convencimiento del juez respecto de los hechos objetos de prueba señala cuáles son sus límites:

> "(…) cabe señalar que, si bien la convicción es individual o personal del juzgador, también lo es que mínimamente debe exteriorizarse el proceso razonable lógico utilizado para llegar a dicha convicción. Entenderlo de otro modo supone la aceptación práctica del hecho de que el juez pueda situarse potestativamente por encima de un deber constitucional, inequívocamente impuesto. Y es que, desde una perspectiva estrictamente constitucional, no se puede establecer la responsabilidad penal de una persona y menos restringir la efectividad de su derecho fundamental a la libertad personal a través de la prueba

> indiciaria, si es que no se ha señalado debidamente y con total objetividad el procedimiento para su aplicación. Ello aquí significa dejar claro cómo hay que hacer las cosas, es decir, las sentencias, si se quiere que definitivamente se ajusten al único modelo posible en este caso: el constitucional".

Con este marco conceptual el TC al abordar el examen de la ejecutoria suprema cuestionada por la defensa de la demandante Giuliana Llamoja la cuestionó señalando sus defectos y limitaciones así:

> "(…) se aprecia que la Sala Penal Suprema sustentó la sentencia condenatoria sobre la base de la prueba indirecta (prueba por indicios); sin embargo, resulta evidente que **no ha explicitado o exteriorizado dicho razonamiento lógico**, esto es, no ha explicitado qué regla de la lógica, qué máxima de la experiencia o qué conocimiento científico le ha motivado dicha conclusión. No ha motivado debidamente el procedimiento de la prueba indiciaria. En consecuencia, al no haber obrado de ese modo, la sentencia (ejecutoria suprema) resulta una vez más arbitraria y, por tanto, inconstitucional. ¿Es constitucional sustentar una condena con base en la prueba indiciaria si en la sentencia no se explicita el procedimiento del razonamiento lógico que le permitió llegar a la conclusión? Definitivamente, la respuesta es no. Es, pues, incorrecto que se señale solo el hecho consecuencia y falte el hecho base y más aún que falte el enlace o razonamiento deductivo".

El TC aborda con un ejemplo la forma cómo se puede describir el curso argumentativo de probanza de un hecho vía la prueba indiciaria así:

> "**A** testifica que ha visto a **B** salir muy presuroso y temeroso de la casa de **C** con un cuchillo ensangrentado en la mano, poco antes de que este fuese hallado muerto de una cuchillada (hecho base). De acuerdo a la máxima de la experiencia, quien sale de una casa en estas condiciones, es decir, muy presuroso y temeroso, y con un cuchillo ensangrentado en la mano es porque ha matado a una persona (razonamiento deductivo). Al haber sido hallado muerto **C** producto de una cuchillada, podemos inferir que **B** ha matado a **C** (hecho consecuencia). Esto último es consecuencia del hecho base.
>
> Así, el modelo de la motivación respecto de la prueba indiciaria se desarrollará según la siguiente secuencia: hecho inicial-máxima de la experiencia-hecho final. O, si se quiere, hecho conocido-inferencia lógica-hecho desconocido".

El TC considerando que se había violado el derecho al debido proceso, en su expresión de deficiencias en la motivación, declaró fundado el hábeas corpus, y dispuso que la Sala Penal de la Corte Suprema emita nueva resolución, la que se hizo manteniendo la condena contra la demandante.

b) Defectos en la actividad probatoria

En esta línea de mostrar las deficiencias en la actividad probatoria y que implica una afectación al debido proceso, exponemos el siguiente catálogo de defectos:

a) **Defecto fáctico por la omisión en el decreto y práctica de pruebas**. Se presenta cuando el juez omite decretar y practicar las pruebas conducentes y pertinentes para adoptar la decisión, teniendo coma consecuencia impedir la adecuada conducción del proceso, respecto de algunos hechos demostrables para la solución del asunto que se debate.

b) **Defecto fáctico por la no valoración del acervo probatorio,** que consiste en que el juez cuenta con los elementos probatorios, pero omite considerarlos, no los tiene en cuenta para fundar la decisión respectiva y analizado el caso concreto, el juez de tutela concluye que de haberse realizado su valoración, la determinación variaría sustancialmente.

c) **Defecto fáctico por la valoración defectuosa del material probatorio**. En este caso el juez actúa en contra de la evidencia probatoria, se separa de los hechos probados y resuelve a su arbitrio el asunto jurídico que se debate. En esta hipótesis cabe la incongruencia entre lo probado y lo decidido, la inaplicación de la regla de exclusión de la prueba ilícita o la valoración de la prueba nula de pleno derecho obtenida con violación del debido proceso, cuando estas han incidido directamente en el fallo judicial que se ataca(242).

La necesidad de cumplir escrupulosamente con el deber de motivación de las decisiones judiciales, implica que se tenga en cuenta cuáles son los caminos errados que no hay que seguir.

(242) PEÑA AYAZO, Jairo Iván. *Prueba judicial análisis y valoración*. Consejo Superior de la Judicatura, Bogotá, 2008, p. 95.

Capítulo VII
Valoración de testimoniales

I. Testimonios de referencia

Los testimonios de los testigos de oídas como los de referencia, la declaración de arrepentidos o colaboradores, solo podrán ser validados con otras pruebas que corroboren sus testimonios. Sino hay corroboración no se podrán emplear esas declaraciones para dictar una medida cautelar o dictar contra el imputado una sentencia condenatoria. Así lo señala el artículo 158.2 del NCPP.

II. Retractación de los testigos

En la Ejecutoria Suprema Vinculante R.N. N° 3044-2004-Lima, del uno de diciembre de dos mil cuatro, en una causa por delito de terrorismo se analizaron versiones contradictorias de testigos que habían declarado preliminarmente en presencia de su defensor y el fiscal y que, posteriormente en el juicio oral se retractaron de sus declaraciones primigenias. En principio la tendencia jurisprudencial de la Corte Suprema ha sido restar valor a la credibilidad de testigos o inculpados con versiones distintas. Es una realidad inobjetable el temor de los testigos por las represalias de los presuntos autores si prestan declaraciones testimoniales. En el Perú se ha dado este fenómeno en los casos de terrorismo, por temor a que las organizaciones terroristas procedan a asesinarlos bajo el argumento de "soplonaje". En los casos de tráfico de drogas donde los cárteles emplean sicarios, el testigo debe ser protegido y extender la protección a su familia. En general las organizaciones criminales tienen sus aparatos de intimidación de testigos a efectos de garantizar la impunidad de sus miembros. En el país la aparición de bandas organizadas, dedicadas a la extorsión, secuestros y asesinatos que utilizan como fachadas "gremios sindicales", por su propia naturaleza, si emplean violencia e intimidación para cobrar cupos en las obras de construcción civil y practican ajustes de cuentas sangrientos para controlar estas actividades ilícitas, con mayor razón ejercen intimidación de los testigos que

han salido valientemente a denunciarlos. En los delitos contra la libertad sexual donde están como inculpadas personas con parentesco con la agraviada, también hay un esquema de presión psicológica sino violenta contra la víctima, de tal forma que se le exige el cambio de versión para proteger la unidad familiar y evitar el encarcelamiento del agresor; y si el agente es quien solventa los gastos de la familia, se le chantajea emocionalmente en el sentido que por su culpa los miembros, sean hermanos o madre van a quedar en el desamparo, es decir, que detrás de esas exigencias o presiones hay una motivación económica sin importar el daño ocasionado a la agraviada. La impunidad frente a estos cambios inesperados es la que puede salir victoriosa. De allí el acierto de esta regla jurídica que emana de la Ejecutoria Suprema R.N. N° 3044-2004 que si bien reposa en el Código de Procedimientos Penales, esto no significa que el mismo fenómeno no aparezca con la aplicación del NCPP. Vemos la argumentación de los jueces supremos y la regla jurídica:

> "(…) es de dejar sentado como doctrina general que cuando se trata de testigos o imputados que han declarado indistintamente en ambas etapas del proceso penal, en la medida en que la declaración prestada en la etapa de instrucción se haya actuado con las garantías legalmente exigibles –situación que se extiende a las declaraciones en sede policial, siempre que se cumpla lo expresamente estatuido en la norma habilitante pertinente referido a la presencia del fiscal y, en su caso, del abogado defensor–, el tribunal no está obligado a creer aquello que se dijo en el acto oral, sino que tiene libertad para conceder mayor o menor fiabilidad a unas u otras de tales declaraciones, pues puede ocurrir, por determinadas razones –que el tribunal debe precisar cumplidamente–, que ofrezca mayor credibilidad lo declarado en la etapa de instrucción que lo dicho después en el juicio oral, en tanto dicha declaración se haya sometido en tal acto a contradicción con las garantías de igualdad, publicidad e inmediación y trasunta una mayor verosimilitud y fidelidad –cumplimiento, en su esencia, de los requisitos de legalidad y contradicción–; que, por otro lado, es de tener presente que las declaraciones prestadas ante el juez penal, si bien no pueden leerse bajo sanción de nulidad, conforme el artículo doscientos cuarenta y ocho del Código de Procedimientos Penales, tal regla solo es aplicable, antes que el testigo declare en el acto oral, lo cual sin embargo no impide su posterior lectura en la estación procesal oportuna luego de actuarse la prueba personal, conforme a lo dispuesto en el artículo doscientos cincuenta y tres del Código de Procedimientos Penales".

En la Ejecutoria Suprema R. N. N° 500-2005[243]-Callao, veinticinco de abril de dos mil cinco en un delito de robo agravado el agraviado se retracta de su versión original y se aplica la regla jurídica vinculante anterior:

> "(…) si bien el agraviado Paúl Moisés Córdova Lizabeta a nivel judicial se retracta de su denuncia inicial y señala que no está seguro si el acusado es el autor del hecho perpetrado en su contra, este argumento carece de valor, ya que en un primer momento a nivel policial, con presencia del fiscal, reconoció al acusado como el autor del evento delictivo, más aún si se tiene en cuenta que en su preventiva señala que la madre del acusado fue a hablar con él para que retire la denuncia; que, por consiguiente, al declarar el agraviado con todas las garantías legalmente exigidas, el tribunal no está obligado a aceptar aquello que se dijo a nivel judicial, ya que –según lo expuesto– ofrece mayor credibilidad a lo declarado en su denuncia inicial, conforme dispone este Supremo Colegiado mediante Ejecutoria Vinculante número tres mil cuarenta y cuatro - dos mil cuatro, de fecha uno de diciembre del año próximo pasado".

En la Ejecutoria Suprema R.N. N° 250-2005[244]-Lima del veintiuno de abril de dos mil cinco en un caso de delito contra la libertad sexual, igualmente se hace una aplicación concreta del precedente vinculante número 3044-2004, cuando hay retractación de la denunciante quien sindicó la conducta prohibida realizada por el acusado con las garantías de ley:

> "(…) si bien Mercedes (…), esposa del acusado, a nivel judicial se retracta de su denuncia inicial y señala que el menor solo le dijo que el procesado se encontraba desnudo durmiendo en su cama, estos argumentos carecen de valor ya que en un primer momento a nivel policial refiere, con presencia del fiscal, que el acusado trató de mantener relaciones sexuales con el menor; que, por consiguiente, al declarar la testigo con todas las garantías legalmente exigidas, el tribunal no está obligado a creer aquello que se expresó a nivel judicial, ya que –según lo explicado ofrece mayor credibilidad lo declarado en su denuncia inicial, conforme dispone este Supremo Colegiado mediante ejecutoria vinculante número tres mil cuarenta y cuatro– dos mil cuatro, de fecha uno de diciembre del año próximo pasado".

(243) Jurisprudencia Sistematizada de la Corte Suprema Perú. Editado por Comisión Europea. Jusper. Poder Judicial, 2008, edición digital.
(244) Ídem.

Las contradicciones de las versiones de un testigo lo invalidan como órgano de prueba. En el R.N. N° 2322-2003-Cañete, del veinte de octubre del dos mil cuatro se confirma una sentencia absolutoria por contradicción en la misma versión del testigo: "(…) no ha sido posible acreditar la responsabilidad penal del encausado, pues a lo largo de todo el proceso ha negado uniforme y categóricamente su participación, siendo insuficiente para sustentar una sentencia condenatoria la sola referencia del testigo Víctor Manuel Pérez Cárdenas (…); más aún si este no reconoce plenamente al encausado como chofer del vehículo en el que llegaron y fugaron los delincuentes, además de proporcionar características de identificación distintas (…)".

La Corte Suprema en la Ejecutoria R.N. N° 3351-2004(245)-Puno cuatro de febrero del dos mil cinco examina las declaraciones de la agraviada quien da versiones contradictorias que le restan mérito probatorio: "(…) a fojas (…) se encuentra la declaración de la menor asistida por su abogado defensor, donde contesta: que no conoce al procesado, pero posteriormente a fojas (…) en su declaración preventiva manifiesta, que sí conoce al procesado, dicho que resulta ser contradictorio (…)".

En el R.N. N° 1632-2005-Cusco(246), veintiocho de junio de dos mil cinco, en un caso de homicidio calificado se imputaba al procesado Mateo Rolando Peralta Rojas, quien en compañía de Avelino Ricardo Peralta Rojas, Benedicto Quispe Mamani y Valentín Valer Quispe (ya condenados por estos mismos hechos), asesinaron a Matilde Tacuri Tinta, enfermera y trabajadora del Organismo No Gubernamental "World Visión", el tres de julio de dos mil en horas de la noche, en la localidad de Combapata, en uno de los cuartos arrendados por la familia Rojas Peralta a la citada ONG. El cuerpo de la agraviada, apareció en inmediaciones del río Vilcanota a la altura del Puente Chosecani, el día cuatro de julio del dos mil. Efectuada la necropsia de ley, determina como causa de muerte de Matilde Tacuri Tinta shock hipovolémico, neumonía aspirativa, hemorragia externa, causadas por arma blanca. El imputado había sido absuelto y la parte civil en su recurso de nulidad fundamentaba que no se había tomado en cuenta versiones de cuatro testigos que le sindicaban. Veamos cómo el Tribunal Supremo razona con las pruebas encontrando contradicciones en las versiones de los testigos:

> "(...) es del caso apreciar que la versión de la testigo Cecilia (…) de haber observado a la siete y media de la noche del día tres de julio de

(245) Jurisprudencia Sistematizada de la Corte Suprema Perú. Editado por Comisión Europea. Jusper. Poder Judicial, 2008, edición digital.
(246) Ídem.

> dos mil, cómo el procesado Mateo (…) salía en compañía de los ya condenados (…) con un bulto del inmueble de la familia Peralta Rojas, se ve desvirtuada con la testimonial de su esposo Agustín (…) quien afirma que a dicha hora dejaba a su cónyuge en su domicilio, así también esta sindicación presenta otras contradicciones como lo son que en su primera declaración (…) del expediente número dos mil - ciento treinta y tres, seguido contra los ya condenados, afirma no haber reconocido a las personas que cargaban el bulto, el que supuestamente envolvía en una frazada el cuerpo de la occisa. (…) la declaración de la testigo Victoria (…) durante el juicio oral afirmando haber visto a una distancia considerable al procesado bajar de la camioneta de su familia en la puerta del cementerio a fin de subir un bulto que se encontraba en un triciclo, pese a ser de noche; se ve desvirtuada con la diligencia de inspección ocular (…) y de reconstrucción de hechos (…), en la cual incluso con mejores circunstancias que las que presentó la noche del crimen (…) dicha testigo no pudo ratificar su declaración sindicatoria; así como el testimonio de Rosa Gregoria Carbajal Bustinza (…), Mario Oblitas Rojas (…), Rosa Micaela Silva Ruiz (…) y Josefina Zavaleta Suma (…), que afirman que dicha testigo señaló no haber visto nada la noche del crimen, que incluso había comentado que en tal fecha se le había perdido ganado; razón por la cual fue a buscarlo, así como que tenía enemistad con la familia del procesado; desvirtuándose así este testimonio. (…) en cuanto a los testigos Benigna Choque de Choque y Juan Cancio Choque Salinas es del caso señalar que sus declaraciones (…) también presentan contradicciones que disminuyen su verosimilitud correspondiendo afirmar que mientras Choque Salinas, afirma que el procesado Peralta Rojas ingresó a la habitación de la agraviada con posterioridad al ingreso de los condenados Valer Quispe y Quispe Mamani, su cónyuge afirma que estos fueron quienes ingresaron con posterioridad al ingreso del procesado, observándose contradicciones también en la descripción de la indumentaria del procesado, pese a ser testigos que observaron un mismo hecho desde una misma ubicación, la casa vecina (…)".

Versiones contradictorias de la agraviada y testigo pueden llevar a concluir que hay duda respecto de la responsabilidad del imputado en delito de violación sexual. Así se desprende de la Ejecutoria Suprema R.N. Exp. N° 567-2005-Huánuco[247] del dieciocho de mayo de dos mil cinco: "(…) en el

(247) Jurisprudencia Sistematizada de la Corte Suprema Perú. Editado por Comisión Europea. Jusper. Poder Judicial, 2008, edición digital.

caso de autos se atribuye al procesado Darío Percy Evangelista Anaya el haber violado sexualmente a su menor hija en reiteradas oportunidades, en el mes de febrero del dos mil dos, en circunstancias que la menor visitaba a su progenitor en su vivienda (…) que obra en autos la inicial sindicación efectuada por la menor agraviada quien ha referido haber sido víctima de violación sexual por parte de su padre Evangelista Anaya en reiteradas oportunidades en el mes de febrero de dos mil dos, habiendo reiterado dicha imputación tanto en la instrucción y el juzgamiento del procesado, precisando además que dicha acción habría sido presenciada por su prima, la menor Liz Chavelli Valles Evangelista y que comunicó los hechos a sus progenitora Sandra Elizabeth Palomino Domínguez, quien denunció el evento ante la Demuna de su localidad, quienes solicitaron que la menor sea examinada por los médicos legistas del lugar. (…) ante dicha afirmación y la sostenida al respecto por la testigo Sandra Elizabeth Palomino Domínguez, se ha establecido por el mérito del Certificado Médico Legal (…) la ausencia de evidencias físicas que determinen la agresión sexual imputada, más aún si por el mérito del parte policial (…) se ha informado que las investigaciones relacionados a la denuncia primigenia en contra del procesado Evangelista Anaya, no fue ratificada por la denunciante, que aunado a la declaración de la menor Liz Chavelli Valles Evangelista quien en el acto oral ha negado haber presenciado los hechos atribuidos por la menor agraviada, y dado la negativa uniforme del procesado, genera en todo caso duda razonable, la que le deviene en favorable (…) siendo esto así frente a la sola sindicación de modo no uniforme y contradictoria efectuada por la menor agraviada y la testigo Sandra Elizabeth Palomino Domínguez, no resultan suficientes para ser consideradas como pruebas de cargo para efectos de imponer una condena (…)".

No basta una simple sindicación testimonial si no hay prueba adicional que la corrobore, es otro criterio sostenido en la jurisprudencia nacional. En el R.N. N° 3116-2003-Lima[248], del veintisiete de octubre del año dos mil cuatro al confirmar una sentencia condenatoria el Tribunal Supremo se basa en testimonios brindados a nivel de la investigación preliminar corroborado por otros elementos de prueba de la misma.

> "(...) ha quedado acreditada la comisión del delito de corrupción pasiva y la responsabilidad penal de Víctor Ernesto La Torre Paredes, quien desde la etapa preliminar ha sido sindicado por Edward Manuel

(248) Jurisprudencia Sistematizada de la Corte Suprema Perú. Editado por Comisión Europea. Jusper. Poder Judicial, 2008, edición digital.

> Cuadra Rojas como la persona que le solicitó la entrega de dinero a cambio de excluir a la empresa de su propiedad, de la investigación policial por presunta comisión de delito ecológico, sometido a su conocimiento mientras se desempeñaba como Jefe del Departamento contra la contaminación de aguas y suelos de la Policía Ecológica; corroborado con la manifestación a nivel policial de Ángel Arturo Martínez Rivera, quien presenció el momento en que el citado Cuadra Rojas le entregó al encausado la suma de seiscientos dólares americanos, con el Acta de Constatación e Incautación (…), el Acta de Identificación y Fotocopiado de Billetes, el Acta Fiscal y las copias fotostáticas de billetes que con el sello de la Policía Nacional del Perú (…)".

En la Ejecutoria Suprema Exp. N° 2030-2005-Lima[249] del veintidós de julio del año dos mil cinco se resuelve no haber nulidad en delito de terrorismo, toda vez que los imputados admitieron haber pertenecido al Partido Comunista del Perú Sendero Luminoso a nivel policial conforme se advierte de las actas respectivas. Se les incautó armamentos, municiones, explosivos y equipos de comunicaciones más la sindicación de una testigo que los señaló como miembros integrantes de Sendero Luminoso. Testimonio corroborada con otras pruebas adicionales.

En el R.N. Exp. 2568-2003-Apurímac[250], del veintiuno de octubre del año dos mil cuatro en un caso de homicidio hay todo un recorrido de valoración de pruebas testimoniales que concluyen no haber nulidad en la absolución del acusado por insuficiencia probatoria y duda razonable. Veamos cómo valora las versiones de los órganos de prueba el Tribunal Supremo:

> "(…) se ha determinado que la persona de Mario Morán Camacho ha mantenido su inocencia en forma uniforme, negando conocer a los occisos Alipio Vega Salazar y Félix Oscco Naveros, existiendo la sola sindicación de Juana Oscco Naveros, que no ha sido corroborada con otros medios de prueba suficientes que acrediten su participación en el delito; más aún, existiendo la declaración de un testigo presencial Cirilo Leyva Ayquipa, quien señala no conocer al acusado ni a los agraviados y sostiene haber visto a dos sujetos, jóvenes, de tez blanca vestidos con ropas elegantes atacar con un hacha a uno de los occisos, y que presumiendo que lo habían matado, huyó del lugar para denunciar el hecho a las autoridades; y que en la diligencia de reconocimiento, al presentársele al presunto inculpado señaló que no correspondía a

(249) Ídem.
(250) Ídem.

> las características físicas de los sujetos que vio en el lugar donde se cometió el ilícito penal; por lo que ante la insuficiencia probatoria se ha generado duda razonable que favorece al encausado (…)"

III. Valoración de declaración de coimputado

Qué valor se le debe dar a la declaración incriminatoria de un coimputado. En la jurisprudencia constitucional española ha construido algunas pautas de valoración como anota Manuel Jaén Vallejos, quien refiere que según la doctrina del Tribunal Constitucional cuando la única prueba de cargo es la declaración de un coimputado hay que tener en cuenta que el acusado a diferencia del testigo, no solo no tiene la obligación de decir la verdad sino que puede callar total o parcialmente o incluso mentir en virtud de los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable(251). Siendo estas razones como para invalidar la declaración del coimputado para poder valorar correctamente su versión es necesario, que se le adicione algún dato que corrobore mínimamente su contenido.

En la jurisprudencia nacional tenemos el Acuerdo Plenario N° 2-2005/CJ-116-Lima, del treinta de setiembre de dos mil cinco, tuvo como objeto, establecer el valor de las sindicaciones de coimputados, testigos y agraviados en la dirección de enervar la presunción de inocencia de los imputados. Se fijaron cuestiones previas para valorar la declaración del coimputado de la siguiente forma:

> "8. Cuando declara un coimputado sobre un hecho de otro coimputado, y que a la vez se trata de hechos propios ya que ellos mismos los han cometido conjuntamente, por lo que su condición no es asimilable a la del testigo, aun cuando es de reconocer que tal testimonio puede ser utilizado para formar la convicción judicial, no existe por ese hecho descalificación procedimental y corresponde valorar varias circunstancias, que se erigen en criterios de credibilidad –no de mera legalidad–, y que apuntan a determinar si existen datos relevantes que las desnaturalizan situaciones que explicarían que el coimputado pudiese mentir. Las cautelas que ha de tomarse en cuenta resultan del hecho que el coimputado no tiene obligación de decir la verdad, no se le toma juramento y declara sin el riesgo de ser sancionado, sin la amenaza de las penas que incriminan el falso testimonio".

(251) JAÉN VALLEJOS, Manuel. *La prueba en el proceso penal*. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, pp. 117-118.

Las cuestiones previas a las que aludo es que cuando declara un coimputado, sobre lo que ha realizado el otro imputado respecto de hechos donde han participado juntos, esta situación de por sí no descalifica prima facie su versión, y que hay que emplear otros parámetros para determinar la veracidad o falsedad de su declaración, y fijar cautelas, porque el coimputado no está obligado a decir la verdad, no debe juramentar, y no tiene riesgo de sanción.

Las reglas de valoración de la versión del coimputado las tenemos en el siguiente considerando:

> "**9.** Las circunstancias que han de valorarse son las siguientes:
>
> Desde la perspectiva subjetiva, ha de analizarse la personalidad del coimputado, en especial sus relaciones con el afectado por su testimonio. También es del caso examinar las posibles motivaciones de su delación, que estas no sean turbias o espurias: venganza, odio, revanchismo, deseo de obtener beneficios de cualquier tipo, incluso judiciales, que por su entidad están en condiciones de restarle fuerte dosis de credibilidad. Asimismo, se tendrá del cuidado de advertir si la finalidad de la declaración no sea, a su vez, exculpatoria de la propia responsabilidad.
>
> Desde la perspectiva objetiva, se requiere que el relato incriminador esté mínimamente corroborado por otras acreditaciones indiciarias en contra del sindicado que incorporen algún hecho, dato o circunstancia externa, aun de carácter periférico, que consolide su contenido incriminador.
>
> Asimismo, debe observarse la coherencia y solidez del relato del coimputado; y, de ser el caso, aunque sin el carácter de una regla que no admita matizaciones, la persistencia de sus afirmaciones en el curso del proceso. El cambio de versión del coimputado no necesariamente la inhabilita para su apreciación judicial, y en la medida en que el conjunto de las declaraciones del mismo coimputado se hayan sometido a debate y análisis, el juzgador puede optar por la que considere adecuada".

La Corte Suprema señala que debe valorarse la personalidad del co imputado, ¿bajo qué pautas debe hacerse ese examen? Pues en principio se debe establecer la naturaleza de la relación con el imputado. La idea es establecer que el relato del coimputado con el que afecta al imputado no tenga como origen el odio, venganza, revancha o el pragmático motivo de obtener beneficios de cualquier tipo. Además el Supremo Tribunal dice que se debe advertir si la declaración del coimputado tiene como finalidad de exculparse de su propia

responsabilidad, siendo que aquí ya existirá un motivo para explicarnos la razón de dicha manifestación. La declaración del coimputado debe estar corroborada por datos indiciarios en contra del sindicado. Además debe observarse la coherencia y solidez del relato del coimputado; y la persistencia de sus afirmaciones. Puede darse que en el curso del proceso el coimputado cambie de versión pero esto no inhabilita al juez analizar todas las declaraciones prestadas por el coimputado y el juzgador puede optar por la que considere adecuada. Es de advertirse que se aplica la misma lógica de la Ejecutoria Suprema Vinculante R.N. N° 3044-2004-Lima del 1 de diciembre de 2004.

Asimismo, debe observarse la coherencia y solidez del relato del coimputado; y, de ser el caso, aunque sin el carácter de una regla que no admita matizaciones, la persistencia de sus afirmaciones en el curso del proceso. El cambio de versión del coimputado no necesariamente la inhabilita para su apreciación judicial, y en la medida en que el conjunto de las declaraciones del mismo coimputado se hayan sometido a debate y análisis, el juzgador puede optar por la que considere adecuada.

IV. Valoración de la declaración del agraviado

Respecto a la valoración de la declaración del agraviado el Acuerdo Plenario N° 2-2005/CJ-116 dice en su décimo considerando:

> "**10.** Tratándose de las declaraciones de un agraviado, aun cuando sea el único testigo de los hechos, al no regir el antiguo principio jurídico *testis unus testis nullus*, tiene entidad para ser considerada prueba válida de cargo y, por ende, virtualidad procesal para enervar la presunción de inocencia del imputado, siempre y cuando no se adviertan razones objetivas que invaliden sus afirmaciones. Las garantías de certeza serían las siguientes:
>
> Ausencia de incredibilidad subjetiva. Es decir, que no existan relaciones entre agraviado e imputado basadas en el odio, resentimientos, enemistad u otras que puedan incidir en la parcialidad de la deposición, que por ende le nieguen aptitud para generar certeza.
>
> Verosimilitud, que no solo incide en la coherencia y solidez de la propia declaración, sino que debe estar rodeada de ciertas corroboraciones periféricas, de carácter objetivo que le doten de aptitud probatoria.
>
> Persistencia en la incriminación, con las matizaciones que se señalan en el literal c) del párrafo anterior".

El agraviado de por sí, ya viene con una carga negativa frente al imputado, justamente por ser víctima de este; sin embargo, dentro de esa condición se deben evaluar razones objetivas que invaliden sus afirmaciones. La Corte Suprema propone tres criterios para valorar la declaración del agraviado y establecer certeza:

a) **Ausencia de incredibilidad subjetiva** que debe evaluarse que en las relaciones entre agraviado e imputado no existan odios, resentimientos, enemistad u otra causas que determinen que la versión sea poco objetiva. Se entiende que estas deben ser previas al hecho delictuoso.

b) **Verosimilitud**, esto es, que debe estar corroborada con otros datos periféricos, en aplicación de la regla que es insuficiente la sola sindicación para desvirtuar la presunción de inocencia.

c) **Persistencia en la incriminación,** que el agraviado haya mantenido durante el proceso una coherencia y solidez en su relato.

Como antecedentes jurisprudenciales del Acuerdo Plenario N° 2-2005/CJ-116 tomado en Lima, el 30 de setiembre de 2005, tenemos el R.N. N° 1659-2005-Ica(252), del veinte de junio de dos mil cinco, en el que se establecen criterios para poder darle mayor peso probatorio a lo vertido por coimputado, agraviado o testigo:

> "(…) cuando por las circunstancias del evento se hiciera imposible la existencia de otros medios probatorios, la sindicación que efectúe ya sea el agraviado, testigo o coacusado, debe observar las siguientes notas o requisitos: a) la verosimilitud, esto es que a las afirmaciones vertidas por el que imputa, deben concurrir corroboraciones periféricas de carácter objetivo; y b) la persistencia en la incriminación, es decir que esta debe ser prolongada en el tiempo, sin ambigüedades, ni contradicciones; consecuentemente para tener certeza sobre la culpabilidad no es suficiente la imputación, sin la concreción circunstancial y temporal de los actos objeto de acusación".

En el R. N. N° 1972- 2005-Tacna(253), del 11 de julio de 2005, en un caso de delito de robo agravado, se concluye que respecto de la versión del agraviado no existen pruebas que cuestionen su credibilidad al haber sindicado a los

(252) Jurisprudencia Sistematizada de la Corte Suprema Perú. Editado por Comisión Europea. Jusper. Poder Judicial, 2008, edición digital.
(253) Ídem.

acusados y adicionalmente se dan indicios que permiten fortalecer el dato incriminatorio, como son la diligencia de registro personal del encausado en presencia del fiscal provincial con resultado positivo para un arma blanca, acta de constatación de daños materiales en el camión de la víctima que concluyó con rotura del espejo retrovisor del lado derecho. Por esos indicios se afirma que la sindicación de la víctima se encuentra corroborada por elementos de prueba periféricos, verosímiles, y ausente de móviles de incredibilidad subjetiva.

En el R. N. N° 870-2005-Arequipa(254), del veintidós de junio antes del precedente en un caso de violación sexual se hace mención de las reglas que serían asumidas por el Pleno de la Corte Suprema, haciendo un desarrollo de las mismas y citando al procesalista español Miguel Miranda Estrampes habiendo extraído los referidos criterios de su obra (*La Mínima Actividad Probatoria en el Proceso Penal*. Editorial Bosch, 1997, Barcelona, p. 188). Estos criterios han nacido de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo español.

Con posterioridad al precedente, en el R.N. Nº 3437-2005-Cono Norte de Lima(255), del veinticinco de octubre de dos mil cinco, se asume las reglas del Acuerdo Plenario y se absuelve a los acusados, porque el testigo de cargo contra ellos tenía una animadversión anterior al hecho imputado, que puso en cuestión su credibilidad.

V. Valoración de las pericias

Siguiendo el mismo sistema de valoración debe en principio acreditarse ante el juez la capacidad del perito, lo que le dará una pauta sobre el resultado del peritaje, esto implica proveerle de información respecto de su capacitación, formación y su experiencia. La valoración deberá tener en cuenta el informe así como lo que exponga en juicio.

Uno de los problemas cuando hay pericia científica es determinar "que ciencia" merece ser admitida y usada en los procesos judiciales(256). Otro problema es resolver bajo que reglas el juez, quien tiene conocimientos de profano, puede decidir en qué pericia es la que debe basarse para sustentar un fallo. Él no tiene la ciencia para equipararse con un perito científico. Entonces aquí para apoyarse en una prueba fiable en principio tiene que ver con la fiabilidad

(254) Ídem.
(255) Ídem.
(256) TARUFFO, Michelle. Ob. cit., p. 97.

de la ciencia empleada y acreditación de la experticia del perito, de tal forma que pueda ser una premisa de autoridad para darle un valor a su dictamen.

La jurisprudencia norteamericana en el caso Daubert, cuyo fallo se emitió el 2003 hizo un esfuerzo por establecer algunos criterios que el juez debería aplicar a modo de "filtro" en el momento de admisión de prueba científica, que siendo un estadio previo a la valoración de la prueba sin embargo tiene incidencia en esta etapa. Estos criterios son:

a) La contrastabilidad y la falsabilidad de la teoría o de la técnica aplicada;

b) El conocimiento de la ratio de error real o potencial;

c) La publicación de datos en revistas científicas;

d) La aceptación general de tales datos por la comunidad científica relevante(257).

El autor de estas reglas fue el juez Blackmun quien, según Taruffo, dictó en realidad un sintético tratado de epistemología(258) y que a su vez influenció en la reforma de la regla 702 de las Federal Rules of Evidence, que si bien no recogió específicamente los criterios de la sentencia Daubert se ha situado en esa mismo razonamiento estableciendo que el *expert testimony,* sea admitido solo cuando se fundamente en hechos claros y suficientes, sea el producto de principios y métodos a los hechos el caso específico(259).

En la doctrina se aconseja apreciar con estas reglas:

a) Por la representatividad y concordancia que corresponde en función del interés del juicio y lo completo del dictamen,

b) Si hubiera más de un perito, por la concordancia o discordancia de sus posiciones y opiniones,

c) Por los principios científicos en que se funde y si estos son determinantes y admitidos sin discusión como las leyes de la física o variables como la psicológica,

(257) Ibídem, p. 99.
(258) Ibídem, p. 283.
(259) Ibídem, p. 284.

d) Análisis crítico y lógico de los razonamientos y los fundamentos que aseguren aquellos principios con los requerimientos del caso concreto, por medio de las operaciones realizadas,

e) Por la exposición adecuada de los antecedentes, fundamentos y conclusiones;

f) Por los antecedentes y prestigio del perito, es decir, por su competencia objetivamente admitida;

g) Por su concordancia con el restante material probatorio y

h) Por la comparación con la contraprueba que expongan los críticos con los consultores técnicos o los letrados[260].

VI. Apreciación de la prueba en los delitos contra la libertad sexual en el Acuerdo Plenario N° 1-2011/CJ-116

En la línea de valoración de la prueba nos parece importante examinar las reglas jurídicas que formularon los jueces supremos, respecto de la problemática de la apreciación de la prueba en los delitos contra la libertad sexual. Siendo esta clase de delitos de alta incidencia en nuestro país, para fines de prevención y sanción de estas conductas antisociales, se plantearon afinar la apreciación de la prueba de suyo difícil por la naturaleza misma de los delitos de violación sexual.

1. Acogimiento de propuestas de la comunidad jurídica

El Pleno de jueces supremos recepcionó la propuesta del foro de "Participación Ciudadana", cuyos miembros parten de un criterio estadístico de absoluciones (90 %) en casos de denuncias por delitos contra la libertad sexual de mujeres adultas y adolescentes (de 14 a 17 años de edad), y que estiman que el motivo de tal conclusión es la errónea forma cómo se valora la prueba indiciaria.

Algunos sectores de la comunidad asumen que esta apreciación probatoria está gobernada por estereotipos de género en los policías, fiscales y jueces y que se reflejan en Ejecutorias Supremas recaídas en los Recursos de Nulidad N° 2929-2001-Lima, N° 4063-2008-Apurímac y N° 3085-2004-Cañete.

(260) FALCÓN, Enrique M. Ob. cit., Tomo II, pp. 82-83.

Un planteamiento para resolver la fragilidad en la valoración probatoria es la incorporación de criterios provenientes de los artículos 70 y 71 de las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional(261), como las siguientes:

A) Que el consentimiento de la víctima no podrá derivar:

1. De ninguna palabra o conducta de la víctima cuando la fuerza, la amenaza de la fuerza, la coacción o el aprovechamiento de un entorno coercitivo hayan disminuido su capacidad para dar un consentimiento voluntario y libre;

2. De ninguna palabra o conducta de la víctima cuando esta sea incapaz de dar un consentimiento libre;

3. Del silencio o de la falta de resistencia de la víctima a la supuesta violencia sexual;

4. Ni dependerá de la credibilidad o la disponibilidad sexual de la víctima o de un testigo cuando estas pretendan fundarse en comportamiento anterior o posterior, de naturaleza sexual de la víctima o de un testigo.

B) Que no se admitirán pruebas de la conducta sexual anterior o ulterior de la víctima o de un testigo.

C) Que no es causal de absolución la denominada "declaración única" y que la declaración de la víctima constituye un elemento imprescindible para castigar conductas sexuales no consentidas.

D) Que no se puede sobrevalorar la pericia médico legal basada en la pérdida de la virginidad de la víctima y en la acreditación de violencia física.

2. La perspectiva de género

Este enfoque busca que en los casos de delitos sexuales, como categoría especial y a partir de sus propias particularidades, se rechace la evaluación en sede judicial cualquier prejuicio o estereotipo con base en el género que suponga un atentado contra la dignidad de la víctima femenina. Este criterio

(261) La Asamblea de Estados Parte de la Corte Penal Internacional adoptó con fecha 9 de setiembre de 2002 las Reglas de Procedimiento.

judicial exige, desde una perspectiva objetiva, que se lleve a cabo una adecuada apreciación y selección de la prueba a fin de neutralizar la posibilidad de que se produzca algún defecto que lesione la dignidad humana y sea fuente de impunidad(262).

Sobre este aspecto debemos decir que los prejuicios no solo son exclusivos del género, porque los estereotipos pueden darse a partir de perspectivas raciales, étnicas, económicas, sociales, lo que en el fondo es base de la discriminación, inaceptable para la dignidad del ser humano.

El Pleno de jueces supremos si bien reconoce a la "perspectiva de género", también considera que esta no constituye el único criterio de intervención y regulación del Derecho Penal y Procesal Penal. Este punto de vista en los delitos sexuales adquiere particular relevancia, en atención a la preocupación y conmoción que provoca el fenómeno de la violencia sexual con incidencia mayoritaria en el sector femenino, adolescentes y niños. Este enfoque busca evitar la impunidad y las perturbaciones que se originan en la configuración de protocolos, manuales, criterios de investigación, servicios periciales y de impartición de justicia.

El Pleno recomienda asumir lo expuesto por la sentencia Gonzales (Campo Algodonero) de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 16 de noviembre de 2009, párrafo 502, que dice lo siguiente:

> "La Corte ha ordenado en otros casos normalizar, conforme a los estándares internacionales, los parámetros para investigar, realizar el análisis forense y juzgar. El Tribunal estima que en el presente caso el Estado debe, en un plazo razonable, continuar con la estandarización de todos sus protocolos, manuales, criterios ministeriales de investigación, servicios periciales y de impartición de justicia, utilizados para investigar todos los delitos que se relacionen con desapariciones, violencia sexual y homicidios de mujeres, conforme al Protocolo de Estambul, el Manual sobre la Prevención e Investigación Efectiva de Ejecuciones Extrajudiciales, Arbitrarias y Sumarias de Naciones Unidas y los estándares internacionales de búsqueda de personas desaparecidas, con base en una perspectiva de género. Al respecto, se deberá rendir un informe anual durante tres años"(263).

(262) Acuerdo Plenario N° 1-2011/CJ-116. Octavo considerando.
(263) Véase: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf>. [Fecha de consulta 12 de marzo de 2013].

3. Elementos de la perspectiva de género

El Pleno de jueces supremos –citando a Susana Gamba–[(264)] describe cuáles son los componentes de la perspectiva:

A) Reconocer las relaciones de poder que se dan entre los géneros, en general favorables a los varones [adultos] como grupo social, y discriminatorias para las mujeres [es de incluir niños y niñas].

B) Que dichas relaciones han sido constituidas social e históricamente y son constitutivas de las personas.

C) Que las mismas atraviesan todo el entramado social y se articulan con otras relaciones sociales, como las de clase, etnia, edad, preferencia sexual, etcétera.

Las violaciones sexuales encuentran sustento en la denominada violencia de género que a su vez está enraizada en pautas culturales, en razón a un patrón androcéntrico, común a las diferentes culturas y sociedades. Esta violencia como postula Naciones Unidas incluye:

a) La violencia (física, sexual y psicológica) producida en la familia, incluyéndose aquí no solo los malos tratos, sino también la violencia relacionada con la dota, la mutilación genital femenina o la violencia relacionada con la explotación;

b) La violencia (física, sexual y psicológica) perpetrada dentro de la comunidad en general, incluyéndose aquí las agresiones sexuales, el acoso o la intimidación sexual en el ámbito laboral, la trata de mujeres y la prostitución forzada: y,

c) La violencia (física, sexual o psicológica) tolerada por el Estado[(265)].

4. Aspectos generales sobre los delitos contra la libertad sexual

El Pleno ha considerado que los tipos penales que merecen el desarrollo jurisprudencial en este Acuerdo Plenario, son los delitos de violación sexual haciendo la siguiente precisión:

(264) ¿Qué es la perspectiva de género y los estudios de género? Artículo publicado en el *Diccionario de estudios de género y feminismo.* Editorial Biblos 2008. <www.nodo50.org/mujeresred/spip.php?article1395>. [Fecha de consulta 8 de junio de 2014].

(265) Citan a FUENTES SORIANO, Olga. *El ordenamiento jurídico español ante la violencia de género.* Véase: <http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/5651/1/ALT_10_09.pdf>.

> "La norma sustantiva distingue los tipos penales de violación sexual con distinta gravedad en sus consecuencias y tratamiento, en función a si se protege la libertad sexual –reservada para personas mayores de edad que al momento de la ejecución de la conducta típica posea sus capacidades psíquicas en óptimas condiciones, fuera de un estado de inconsciencia y en posibilidad de resistir la agresión sexual– o la indemnidad sexual –contra personas que no pueden consentir jurídicamente, cuando el sujeto pasivo es incapaz porque sufre anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia o retardo mental, o por su minoría de edad"(266).

4.1. Identificación de los problemas objeto de análisis jurisprudencial

En el Acuerdo Plenario N° 1-2011/CJ-116 se fijan los temas que deben ser abordados y que son los siguientes:

A) Determinar si en materia del delito de violación sexual previsto en el artículo 170 del Código Penal, constituye una dilucidación probatoria exclusiva y excluyente al objeto procesal la vinculada a la resistencia o no de la víctima –alrededor del acto sexual que fue doblegada por el agente–.

B) Establecer si en materia de prueba personal, los supuestos de retractación y no persistencia en las declaraciones ofrecidas por las víctimas de violación sexual debe necesariamente conllevar a un menoscabo de la confiabilidad de la sindicación primigenia; y

C) Precisar algunos alcances en el ámbito de la corroboración objetiva: prohibiciones y autorizaciones.

D) Evitación de una victimización secundaria.

5. Primer tema: irrelevancia de la resistencia de la víctima de agresión sexual

El tipo penal de violación sexual no solo consiste en el uso de violencia o vis absoluta para doblegar a la víctima, sino también de la amenaza de un daño independiente de la apropia agresión sexual, por ejemplo, quitarle la vida. De allí que en esta situación el Pleno de jueces considera que es irrelevante la resistencia de la víctima.

(266) Acuerdo Plenario N° 1-2011/CJ-116. Décimo segundo considerando.

> "Esta falta de exigencia de resistencia de la víctima como un presupuesto material indispensable para la configuración del delito de violación sexual, encuentra explicación racional doble: de un lado, porque el tipo penal comprende la amenaza como medio comisivo del delito; y, de otro, por la presencia de las circunstancias contextuales concretas que pueden hacer inútil una resistencia de la víctima"[(267)].

La falta de resistencia puede tomarse como una manifestación de consentimiento; pero en una interpretación sistemática el Pleno de Jueces amparándose en la legislación civil señala que hay factores invalidantes de una expresión de voluntad, citando el artículo 215 del Código Civil que precisa "hay intimidación cuando se inspira al (sujeto afectado) el fundado temor de sufrir un mal inminente y grave en su persona, su cónyuge, o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o en los bienes de unos y otros" y el artículo 216 del mismo Código que dice: "para calificar la violencia o la intimidación debe atenderse a la edad, al sexo, la condición de la persona y a las demás circunstancias que puedan influir sobre su gravedad".

Otro supuesto donde la irrelevancia de la resistencia de la víctima es palpable, se da cuando acontecen circunstancias de cautiverio, en contexto análogo, o dicho abuso es sistemático o continuado. Son casos en los cuales la víctima no explicita una resistencia u opta por el silencio, dada la manifiesta inutilidad de su resistencia para hacer desistir al agente, o asume tal inacción a fin de evitar un mal mayor para su integridad física[(268)]. Aquí se debe determinar la existencia de una relación de dominio del abusador con la víctima, que haga que su resistencia sea nula. Este aparente consentimiento, debe descartarse si la víctima es una persona sometida totalmente y vulnerable a las amenazas.

6. Segundo tema: declaración de la víctima

6.1. Valor de declaraciones no uniformes

Los Jueces Supremos recuerdan que en la Ejecutoria Vinculante emitida en el R.N. N° 3044-2004 se ha fijado como regla que al interior del proceso penal frente a dos o más declaraciones carentes de uniformidad o persistencia –en cuanto a los hechos incriminados– por parte de un mismo sujeto procesal:

(267) Acuerdo Plenario N° 1-2011/CJ-116. Decimo octavo considerando.
(268) Acuerdo Plenario N° 1-2011/CJ-116. Vigésimo primer considerando.

coimputado, testigo víctima, testigo, es posible hacer prevalecer como confiable aquella con contenido de inculpación por sobre las otras de carácter exculpante; y este criterio encuentra particular y especial racionalidad en el ámbito de delitos sexuales en los que es común la existencia de una relación parental, de subordinación o de poder entre agente y víctima.

6.2. La retractación

En los delitos de violación sexual puede darse la retractación de la versión original por la víctima. Esto pone en cuestión la credibilidad de la denunciante que puede llevar a la exculpación del agresor; fenómeno sucede en la realidad teniendo una fuerte incidencia en el curso del proceso.

Los jueces supremos proponen pautas para superar este obstáculo en la medida que se trate de una víctima de un delito sexual cometido en el entorno familiar o entorno social próximo.

Se debe verificar:

i) La ausencia de incredibilidad subjetiva, que no existan razones de peso para pensar que prestó su declaración inculpatoria movidos por razones tales como la exculpación de terceros, la venganza, la obediencia, lo que obliga a atender a las características propias de la personalidad del declarante, fundamentalmente a su desarrollo y madurez mental;

ii) Se presenten datos objetivos que permitan una mínima corroboración periférica con datos de otra procedencia, la pluralidad de datos probatorios es una exigencia de una correcta y segura valoración probatoria, sin perjuicio de que la versión de la víctima;

iii) No sea fantasiosa o increíble;

iv) Sea coherente.

El requisito de uniformidad y firmeza del testimonio inculpatorio, en los delitos sexuales ha de flexibilizarse razonablemente fija como pauta el Acuerdo Plenario. Debe tenerse en cuenta que la excesiva extensión temporal de las investigaciones genera espacios evolutivos de sentimientos e ideas tras la denuncia, pues a la rabia y el desprecio que motivó la confesión de la víctima se contraponen sentimientos de culpa por denunciar a un familiar, o a una persona estimada. La experiencia dicta que no es infrecuente reproches contra la víctima por no cumplir con el mandato de mantener unido al grupo familiar,

así como vivencias, en algunos casos, de las dificultades por las que atraviesa la madre para sostener económicamente a los miembros de la familia. Todo ello genera una sensación de remordimiento de la víctima por tales consecuencias, a lo que se suma, en otros casos, la presión ejercida sobre esta por la familia y por el abusador, todo lo cual explica una retractación y, por tanto, una ausencia de uniformidad.

6.3. La presión familiar

La persecución de los delitos sexuales escapa de la esfera privada, y la voluntad familiar no puede impedir o limitar la intervención penal, pues las consecuencias de estos delitos trascienden dicho ámbito y su tratamiento es de autonomía pública. Lo propio ocurre si el agente es también cercano a la víctima por motivos de confianza como un vecino, o haber tenido una relación de autoridad como padrastro, profesor, instructor, o también por temor a represalias en caso de residencia próxima del agente respecto de la víctima(269). El efecto concreto de una violación sexual es que llega a desarticular el núcleo familiar, el padre, tío o padrastro que en las estadísticas son los que tienen mayor peso en cuanto a la autoría(270), se retiran del hogar ante la amenaza de intervención policial, fiscal y judicial, o son echados del mismo; advirtiéndose que al interior de la familia se dan posiciones, la primera que cree que la agraviada ha sido víctima de violación, la segunda de quienes consideran que miente o que no ha sido el imputado con quien tienen vínculo familiar el presunto autor. En estas circunstancias se torna intolerable la convivencia; pero también es el caldo de cultivo para que se imponga la impunidad con la contraparte de "reunificación familiar".

6.4. Validez de la retractación

El Pleno buscando un equilibrio también establece criterios para darle validez a la retractación. Propone una evaluación interna y externa a la versión.

Desde la perspectiva interna se debe indagar:

- La solidez o debilidad de la declaración incriminatoria y la corroboración coetánea que exista.

(269) Acuerdo Plenario N° 1-2011/CJ-116. Vigésimo quinto considerando.

(270) Es el tío el que se convierte en un potencial agresor contra las víctimas pues tenemos que en los casos examinados alcanza un 10 % luego viene el padre con el 6 % y en tercer lugar el padrastro con el 5 %. Estos datos pueden encontrarse en un estudio realizado por el autor titulado "Delitos Sexuales en Agravio de Menores" en la revista *Derecho Penal* del Dr. Hurtado Pozo. Université de Fribourg. <http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20101207_04.pdf> [fecha de consulta 3 de febrero de 2015].

- La coherencia interna y exhaustividad del nuevo relato y su capacidad corroborativa.

- La razonabilidad de la justificación de haber brindado una versión falsa, verificando la proporcionalidad entre el fin buscado –venganza u odio– y la acción de denunciar falsamente.

Desde la perspectiva externa se debe examinar:

- Los probados contactos que haya tenido el procesado con la víctima o de su objetiva posibilidad, que permitan inferir que la víctima ha sido manipulada o influenciada para cambiar su verdadera versión.

- La intensidad de las consecuencias negativas generadas con la denuncia en el plano económico, afectivo y familiar. A estos efectos, el propio relato de la víctima se erige en la herramienta más sólida para advertir estos indicadores, al igual que la información que puedan proporcionar sus familiares cercanos.

6.5. Comportamiento sexual de la víctima

Una de las características de los medios de prueba es la pertinencia frente al objeto de prueba establecido en el juicio. El comportamiento sexual de la víctima anterior al hecho juzgado ¿tiene alguna pertinencia para inferir por ejemplo su credibilidad, su honorabilidad o su disponibilidad sexual? Pues no. Hay que reconocer que una estrategia de defensa de los imputados es demostrar que la víctima tenía por ejemplo: un comportamiento promiscuo, o una vida sexual muy agitada, incluso con el imputado. ¿Esta es una premisa para inferir que las relaciones fueron consensuadas? Para nosotros es una premisa débil; pero reiteramos, es un recurso recurrente para desacreditar a la víctima. Frente a esto el Acuerdo Plenario ha dispuesto:

> "(…) conforme lo establecido en el literal d) de la Regla 70 de las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional, la credibilidad, la honorabilidad o la disponibilidad sexual de la víctima o de un testigo no podrán inferirse de la naturaleza sexual del comportamiento anterior o posterior de la víctima o de un testigo. El juicio de atendibilidad o credibilidad, por tanto, no puede sustentarse únicamente en la conducta de la víctima. Con razón ha señalado la Corte Constitucional Colombiana, en su Sentencia T-453/05, del dos de mayo de 2005: '(…) de la experiencia sexual anterior de la víctima no es posible inferir el consentimiento a un acto sexual distinto y ajeno a los contextos y a las relaciones que en ella pudiere

haber consentido a tener contacto sexual con personas diferentes al acusado'"[271].

6.6. Consentimiento

El Pleno de jueces supremos reiteran los criterios que provienen de la aplicación de los literales a) al c) de la Regla 70 de las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional que son los siguientes:

A) El consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando la fuerza, la amenaza de la fuerza, la coacción o el aprovechamiento de un entorno coercitivo hayan disminuido su capacidad para dar un consentimiento voluntario y libre.

B) El consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando esta sea incapaz de dar un consentimiento libre.

C) El consentimiento no podrá inferirse del silencio o de la falta de resistencia de la víctima a la supuesta violencia sexual.

7. Tercer tema: la prueba en el Derecho Penal sexual

La recolección de medios de prueba

El Pleno reconoce que, por la naturaleza del delito de violación sexual, la recolección de los medios de prueba no constituye una selección acostumbrada, uniforme y cotidiana aplicada por igual a todos los casos de agresión sexual, menos aún su valoración.

Sujeto al principio de pertinencia, el medio de prueba debe guardar estrecha relación con la materia que se quiere dilucidar, distinguiéndose estos:

a) Por el grado de ejecución: la de un hecho tentado o consumado; en uno y en otro grado se puede emplear prueba directa como indiciaria[272].

(271) Acuerdo Plenario N° 1-2011/CJ-116. Vigésimo sétimo considerando.

(272) La Ejecutoria Suprema vinculante R. N. N° 1912-2005 ha fijado reglas para establecer el indicio y son las siguientes: 1. Este hecho ha de estar plenamente probado por los diversos medios de prueba que autoriza la ley. 2. Deben ser plurales, o excepcionalmente únicos pero de una singular fuerza acreditativa. 3. Ser concomitantes esto es afines al hecho que se trata de probar. 4. Deben estar interrelacionados, cuando sean varios, de modo que se refuercen entre sí y que no excluyan el hecho consecuencia –no solo se trata de suministrar indicios, sino que estén imbricados entre sí. 5. En función al nivel de aproximación respecto al dato fáctico a probar pueden clasificarse en débiles y fuertes. Los primeros únicamente tienen un valor acompañante y dependiente de los indicios fuertes, y solos no tienen fuerza suficiente para excluir

En los casos de tentativa, conforme a datos objetivos inferir razonablemente que el sujeto ha tenido la intención de violar a la víctima.

b) Por el objeto empleado para la penetración: miembro viril o un objeto análogo; o partes del cuerpo como dedos, manos.

c) La zona corporal ultrajada: vaginal, anal o bucal;

d) Por la intensidad de la conducta: penetración total o parcial;

e) Por el medio coaccionante empleado: violencia física, violencia moral o grave amenaza;

f) Por las condiciones personales de la víctima: mayor de edad, menor de edad, aquella que no pudo consentir jurídicamente, el incapaz porque sufre anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia o retardo mental.

7.1. Relevancia

El medio de prueba debe ser relevante o útil; significa que debe aportar información que pueda ser empleada para el esclarecimiento de los hechos. Se debe discriminar cada medio de prueba vinculándolo con el objeto de prueba. En esta línea los jueces supremos han señalado lo siguiente:

> "El juez atenderá, en concreto, las particularidades de cada caso para establecer la relevancia de la prueba como consecuencia de la declaración de la víctima o testigo, y la adecuará a la forma y circunstancias en que se produjo la agresión sexual (unida a su necesidad –aptitud para configurar el resultado del proceso– y a su idoneidad –que la ley permite probar con el medio de prueba el hecho por probar–). A manera de ejemplo, si para el acceso carnal medió únicamente grave amenaza –en cuyo caso ni siquiera requiere algún grado de resistencia– no es exigible que el examen médico arroje lesiones para genitales que evidencien resistencia física por parte de la víctima. Se ha de acudir a otros medios de corroboración, tal es el caso de la pericia psicológica, u otras que se adecuen a las peculiaridades del hecho objeto de imputación"(273).

la posibilidad de que los hechos hayan ocurrido de otra manera. De estos indicios probados, mediante una inferencia se debe probar un hecho desconocido, que es el resultado de la prueba indiciaria.

(273) Acuerdo Plenario N° 1-2011/CJ-116. Trigésimo primer considerando.

7.2. La prueba médico forense

Esta es una prueba privilegiada en los delitos sexuales. Su validez depende de la modalidad empleada, por ejemplo, para probar que fue la primera vez que la víctima tuvo relaciones sexuales ante la negativa del imputado de haber tenido acceso carnal. Es útil para acreditar resistencia en delitos donde se haya empleado vis absoluta contra la víctima, con lesiones para genitales o himeneales. Pero esta prueba no tiene pertinencia o relevancia si los medios delictivos consisten en la amenaza, la penetración vaginal fue incompleta, o la agresión sexual radicó en la práctica genitalica-bucal. Es absurdo admitir a trámite la referida prueba técnica, actuarla y, menos, valorarla. Los jueces supremos señalan que será la declaración de la víctima la que, finalmente oriente la dirección de la prueba corroborativa. De este modo, se desmitifica la prueba médico forense como una prueba de actuación obligatoria ante la sola mención del tipo legal imputado(274). Esto guarda relación con la modalidad empleada por el agente para doblegar la voluntad, si es amenaza probablemente no se encontrará huellas de forzamiento en el cuerpo de la víctima.

7.3. Pertinencia y derecho a la intimidad de la víctima

En el Acuerdo Plenario se examina bajo el principio de pertinencia la intromisión en la vida íntima de la víctima que es inconstitucional cuando es irrazonable, innecesaria y desproporcionada. Y se pone como ejemplo cuando se indaga genéricamente sobre el comportamiento sexual o social de la víctima, previo o posterior a los hechos objeto de investigación o enjuiciamiento. Cualquier persona puede ser víctima del delito de violación desde la persona que profesa la castidad, hasta quien en uso de su libertad sexual la desarrolla intensamente; incluso las que están en el circuito comercial sexual; la esposa, la conviviente, la pareja sentimental, etc.

7.4. Justificación para la indagación en la vida íntima de la víctima

> "La regla expuesta, en clave de ponderación, está limitada por la garantía genérica de defensa procesal y en el principio de contradicción. Frente a un conflicto entre ambos derechos fundamentales y garantías constitucionales, para proceder a la indagación íntima de la víctima, en principio prohibida (…), deberá identificarse una vinculación lógica entre la prueba indagatoria restrictiva de la vida íntima y la tesis defensiva correspondiente, por lo que dicho examen solo cabría si

(274) Acuerdo Plenario N° 1-2011/CJ-116. Trigésimo segundo considerando.

> (i) tal indagación está dirigida a demostrar que el autor del ilícito es otra persona y no el procesado; (ii) o si como, consecuencia de impedir esa indagación, se vulnera gravemente la garantía de defensa del imputado. Por ejemplo, cuando este trate de acreditar anteriores o posteriores contactos sexuales con la víctima que acrediten de ese modo el consentimiento del acto"(275).

Frente a este conflicto de derechos el Pleno de jueces supremos establece que en su solución se deberá superar el test de proporcionalidad, que finalmente justifique la idoneidad de la prueba indagatoria de la vida íntima de la víctima al objeto de la prueba en prevalencia del derecho de defensa del imputado.

> "Este test exige, en primer lugar, analizar el fin buscado para ver si es imperioso para la defensa; en segundo lugar, examinar si el medio para llegar a dicho fin es legítimo; y, en tercer lugar, estudiar la relación entre el medio y el fin aplicando un juicio de necesidad. Luego, de ser razonable a la luz de estos pasos, se aplicará el juicio de proporcionalidad en sentido estricto para determinar si el grado de afectación del derecho a la intimidad es desproporcionado [Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-453/05, del dos de mayo de 2005]"(276).

Los jueces supremos como conclusión afirman que buscan evitar innecesarios cuestionamientos de la idoneidad moral de la víctima, los cuales legitimarían una gama de prejuicios de género, orientados a rechazar la imputación penal con base en su comportamiento sexual; por eso, hay que ser muy cuidadosos en la admisión de medios de prueba vinculados al comportamiento sexual de la parte agraviada, de pronto puede ser pertinente para restarle credibilidad, si niega, por ejemplo, haber tenido relación sentimental con una persona y se acredita que esta relación si existió, no interesando en todo caso el vínculo sexual que es impertinente.

8. Cuarto tema: evitación de la estigmatización secundaria

El Pleno de jueces supremos concibe la victimización primaria a aquella que se produce como consecuencia directa del crimen; y la victimización secundaria a la que viene constituida por los sufrimientos de las víctimas que con motivo de la investigación del caso y corroboración de las afirmaciones,

(275) Acuerdo Plenario N° 1-2011/CJ-116. Trigésimo quinto considerando.
(276) Acuerdo Plenario N° 1-2011/CJ-116. Trigésimo quinto considerando.

infieran las instituciones, criminólogos, funcionarios de instituciones penitenciarias. La victimización terciaria es aquella que infringe la sociedad.

Desde el sistema judicial se debe buscar evitar la victimización secundaria, en especial de los menores de edad, mermando las aflicciones de quien es pasible de abuso sexual. En el Acuerdo Plenario se formulan las siguientes reglas:

a) Reserva de las actuaciones judiciales.

b) Preservación de la identidad de la víctima.

c) Promover y fomentar la actuación de única declaración de la víctima. Esta regla es obligatoria en el caso de menores de edad, valiéndose para ello de las directivas establecidas por el Ministerio Público en la utilización de la Cámara Gessell, especialmente respecto a la completitud, exhaustividad y contradicción de la declaración.

La publicidad como regla general, se excepciona cuando se trata de esta clase de delitos en los que prima la reserva, justamente para evitar la revictimización de la parte agraviada al considerar que su imagen desde una perspectiva subjetiva se deteriora frente a la comunidad.

8.1. Declaración de la víctima y prueba anticipada

Ante la revictimización secundaria de la parte agraviada tenemos que el Pleno de jueces supremos recomienda, que en lo posible la técnica de investigación deberá estar precedida de las condiciones que regula la prueba anticipada del artículo 242.1.a) del Código Procesal Penal 2004 y siguientes.

La prueba anticipada responde a ciertas condiciones que hacen que su actuación en el tiempo sea realizada antes del juicio oral. Como referencia en el derecho comparado tenemos que en la legislación procesal de Chile se le conoce como Anticipación de prueba y el artículo 191 del CPCH instituye que si durante la investigación preparatoria "(…) el testigo manifestare la imposibilidad de concurrir a la audiencia principal por tener que ausentarse a larga distancia o por existir motivo que hiciere temer la sobreviniencia de su muerte, su incapacidad física o mental o algún otro obstáculo semejante, el fiscal podrá solicitar al juez de garantía que se reciba su declaración anticipadamente (…)". Las reglas para la actuación de la prueba es que reúna las mismas condiciones de contradictoriedad que el juicio oral. La diligencia es recogida en un registro fiel que puede incorporarse al debate en el juicio oral. Que si bien Baytelman y Duce señalan que esa institución no deja de ser un menoscabo para la inmediación y para la contradictoriedad –pues obliga a la contraparte a

contraexaminar en una etapa temprana, sin necesariamente tener toda la información que requería para ello, la aplicación de esta prueba debe ser exigente y excepcional(277).

La actuación de prueba anticipada es en acto público, pero en esta clase de delitos, es de manera privada. La audiencia es con la participación necesaria del fiscal y del abogado defensor del imputado. Si no tiene abogado el imputado, se le asignará un defensor de oficio; pero este puede solicitar que se encuentre su abogado particular, por lo que para no afectar su derecho al debido proceso se le reprograma la audiencia dentro de los siguientes cinco días, la misma que será inaplazable.

Las demás partes serán citadas y su asistencia es facultativa. La actuación de los medios de pruebas debe ceñirse a las reglas del juicio oral. Si la práctica del medio de prueba no concluye puede aplazarse al siguiente día hábil, excepcionalmente si requiere un plazo mayor por la naturaleza del medio de prueba el juez prudencialmente dará más días de plazo.

Lo actuado anticipadamente constará en acta. El acta y demás elementos y documentos agregados al cuaderno de prueba anticipada serán remitidos al fiscal. Los abogados defensores tienen derecho a conocer su contenido y a obtener copia. La actuación de la prueba anticipada para su posterior valoración en juicio será mediante la oralización del acta respectiva.

Emplear análogamente la prueba anticipada se justifica, porque la irrepetibilidad o indisponibilidad en su actuación radica en el retraso de la misma hasta el juicio oral, dado la corta edad de los testigos y las inevitables modificaciones de su estado psicológico, así como un eventual proceso de represión psicológica. El Pleno de jueces supremos establece que su registro por medio audiovisual es obligatorio. De modo tal que, si a ello se agrega la nota de urgencia –que autoriza a las autoridades penales distintas del juez del juicio para su actuación (arts. 171.3 y 337.3.a del NCPP)– de no existir cuestionamientos relevantes a la práctica probatoria, sea posible su incorporación al juicio a través de su visualización y debate.

8.2. Declaración de la víctima en juicio

Excepcionalmente, el juez penal, en la medida que así lo decida podrá disponer la realización de un examen a la víctima en juicio cuando estime que tal declaración o exploración preprocesal de la víctima: a) no se ha llevado

(277) BAYTELMAN A., Andrés, DUCE J., Mauricio. Ob. cit., p. 38.

conforme a las exigencias formales mínimas que garanticen su derecho de defensa; b) resulte incompleta o deficiente; c) lo solicite la propia víctima o cuando esta se haya retractado por escrito; d) ante lo expuesto por el imputado y/o la declaración de otros testigos sea de rigor convocar a la víctima para que incorpore nueva información o aclare sectores oscuros o ambiguos de su versión; e) evitarse el contacto entre víctima y procesado, salvo que el proceso penal lo requiera.

Como antecedente tenemos a la ejecutoria suprema R. N° 2543-2009[278], del 4 de marzo de 2010, en la que hay una serie de pautas para la protección del menor, tratándose de casos de abuso sexual y que se resumen así: a) La diligencia debe ser privada; b) Contar con autorización y presencia de los padres o por lo menos uno de ellos; c) Preparar al niño para la declaración; d) Evitar encuentro directo con el imputado; e) Que las parte empleen un lenguaje sencillo y comprensible para que el especialista traslade las preguntas al menor; f) Las preguntas serán controladas por el tribunal antes de trasladarlas al especialista que se encontrará con el menor en una **sala diferente** con un acondicionamiento propio de un infante, ya sea con espejo unidireccional o videoconferencia; g) El tribunal controlará la idoneidad del especialista y también aceptará las sugerencias que este haga en aras de proteger al menor; h) No se forzará intensamente la reconstrucción del recuerdo de la víctima; i) La entrevista será grabada y la duración máxima de la entrevista será la aconsejada por el especialista. Estas reglas son un importante aporte para estas diligencias por delitos tan graves.

9. Conclusiones del examen del Acuerdo Plenario

1. Introducir la perspectiva de género permite erradicar estereotipos y prejuicios en la valoración de la prueba en los delitos sexuales.

2. Probar si el agente doblegó la resistencia de la víctima no es preponderante, puesto que existe violación bajo amenaza o actos intimidatorios.

3. La retractación debe ser examinada de tal forma que no sea por presión cuando el agente es parte del entorno familiar, o tiene una posición de poder.

(278) En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Tomo 15, Gaceta Jurídica, Lima, setiembre de 2010, p. 268.

4. La persecución penal de los delitos sexuales es de naturaleza pública y está por encima de la voluntad familiar, que a veces por una supuesta unidad familiar buscar evitar se sancione al responsable.

5. La prueba médico forense debe ser pertinente al hecho que configura el delito sexual.

6. Se debe evitar la victimización secundaria de la parte agraviada, evitándole que repita su testimonio en varias etapas del proceso judicial. Debe aplicarse las reglas de prueba anticipada.

Capítulo VIII
Resultado de la valoración de pruebas

Concordando con Taruffo podemos asumir que la valoración pretende establecer si las pruebas disponibles por el juzgador apoyan alguna conclusión sobre el estatus epistémico final de esos enunciados(279). Se entiende que el estatus de tránsito es considerado como el de **incertidumbre**. Cuando se concluye que los enunciados fácticos están probados, significa que estos son verdaderos. A la inversa, cuando se trata de llegar a una decisión final de "sí" o "no", sobre la verdad de los enunciados sobre los hechos, la prueba de su falsedad o la ausencia de pruebas suficientes de su verdad son situaciones equivalentes(280).

La apreciación de la prueba nos va a llevar a recorrer un camino y al final conclusiones que van a tener incidencia sobre los sujetos procesales. Entre los resultados que tendrán como efecto la absolución del imputado tenemos:

1. La inexistencia del hecho.
2. Existencia del hecho, pero no constituye delito.
3. Existencia del hecho y es delito, pero el imputado no ha intervenido.
4. Los medios de prueba no son suficientes para establecer su culpabilidad.
5. Existencia de la duda sobre su culpabilidad.
6. Se prueba una causal que lo exime de responsabilidad.

El otro resultado implica, que el hecho punible se ha probado plenamente, y se ha establecido la intervención del imputado de tal forma que se puede le puede declarar culpable. Aquí se ha llegado en lo que doctrina se dice un grado de **certeza** que como dice el procesalista Lino Palacio, se caracteriza como el estado psicológico del juzgador, en cuya virtud este llega a abrigar la plena convicción sobre la existencia o inexistencia del hecho incriminado y de la

(279) TARUFFO, Michelle. Ob. cit., p. 132.
(280) Ibídem, p. 133.

participación o no del imputado en su producción; sin embargo, la valoración de la prueba puede hacer que el juez llegue solo al nivel de **la probabilidad** que implica una suficiente aproximación a ese estado y que excede por lo tanto a la apreciación de una mera posibilidad(281).

El resultado de la valoración de la prueba permite distinguir entre prueba de certeza y de probabilidad. La segunda es suficiente para determinar un procesamiento (en los códigos que lo establecen), pero no una condena. A su vez, ambas pueden ser positivas o negativas, exigiéndose la certeza positiva para condenar, y la certeza negativa para sobreseer definitivamente, salvo el llamado sobreseimiento por duda de los códigos modernos"(282).

I. Insuficiencia de pruebas y duda razonable

Estas dos figuras insuficiencia de pruebas y duda razonable son diferentes, puesto que la primera como su nombre indica implica que durante el proceso instructivo y juicio oral no se ha logrado acopiar las pruebas solicitadas por el Ministerio Público y las partes procesales por lo que estas no pueden quebrar la presunción de inocencia del imputado. Sin embargo, cuando se trata de duda razonable debe entenderse que es una conclusión, después que se han valorado todas las pruebas actuadas y contradichas; pero que no han logrado formar convicción en los jueces por lo que al generarse la duda debe absolverse.

La duda dice Palacio, aparece conformada cuando el juez, frente a la ausencia o insuficiencia de prueba, no se encuentra en condiciones de formular un juicio de certeza ni de probabilidad, positiva o negativa, acerca de los mencionados extremos(283).

Debe indicarse sin embargo que la frontera no es tan nítida entre ambas instituciones lo que conlleva a confundir una con otra. En el R.N. N° 3351-2004(284)-Puno, cuatro de febrero de dos mil cinco, la Corte Suprema hace un esfuerzo para diferenciarlas así:

> "(…) son supuestos para la edición de una sentencia absolutoria, la insuficiencia probatoria que es incapaz de desvirtuar la presunción de inocencia o la invocación del principio del *indubio pro reo* cuando

(281) ENRIQUE PALACIO, Lino. Ob. cit., p. 16.
(282) CLARIÁ OLMEDO, Jorge. Ob. cit., p. 308.
(283) ENRIQUE PALACIO, Lino. Ob. cit., p. 16.
(284) Jurisprudencia Sistematizada de la Corte Suprema Perú. Editado por Comisión Europea, Jusper. Poder Judicial, 2008, edición digital.

> existe duda razonable respecto a la responsabilidad penal del procesado; que, el primer supuesto está referido al derecho fundamental previsto en el artículo segundo, inciso veinticuatro, parágrafo 'e' de la Constitución Política del Estado, que crea a favor de los ciudadanos el derecho de ser considerados inocentes mientras no se presente prueba suficiente para destruir dicha presunción; que el segundo supuesto se dirige al juzgador como una norma de interpretación para establecer que en aquellos casos en los que se ha desarrollado una actividad probatoria normal, si las pruebas dejaren duda en el ánimo del juzgador, se deberá por humanidad y por justicia absolver a los encausados".

En esta Ejecutoria Suprema R.N. N° 2415-2005[285]-Lima, del veintitrés de setiembre de dos mil cinco, no se delimita claramente la frontera entre insuficiencia probatoria y el *in dubio pro reo*:

> "(…) para los efectos de imponer una sentencia condenatoria, es preciso que el juzgador tenga plena certeza respecto a la responsabilidad penal del encausado, la cual solo puede ser generada por una actuación probatoria suficiente que establezca en él convicción de culpabilidad, sin la cual no es posible revertir la inicial condición de inocente que tiene todo procesado; siendo el caso que aun existiendo una; actividad probatoria tendente a acreditar la responsabilidad penal del procesado, si esta no logra generar en el juzgador certeza; sino por el contrario, duda razonable respecto a ello, esta situación le es favorable al reo en estricta aplicación del principio universal del *in dubio pro reo*, principio constitucional adoptado por nuestro sistema jurídico".

Una deficiente actuación de pruebas conlleva a la nulidad de la sentencia y realización de nuevo juicio oral. Tendencia sostenida en la Corte Suprema que se desprende de la Ejecutoria Suprema R. N. N° 1608-2005-Lima[286], del siete de julio de dos mil cinco en el delito de robo agravado:

> "(…) si bien es cierto la declaración del agraviado y la diligencia de reconocimiento se realizaron sin el concurso del Ministerio Público, no se ha tomado en cuenta la forma y circunstancias de la detención de los imputados, obviándose lo que consta en la Ocurrencia de Calle Común transcrita (…), así como la declaración del Policía captor

(285) Jurisprudencia Sistematizada de la Corte Suprema Perú. Editado por Comisión Europea, Jusper. Poder Judicial, 2008, edición digital.
(286) Ídem.

> José Manuel Candía Alvarado; que, por otro lado, aparece de autos que no se notificó al agraviado para su concurrencia al acto oral en su domicilio indicado en la ficha de Reniec (…), y que no se agotaron los medios para lograr la concurrencia del policía captor; que, siendo así, el juicio oral realizado no cumple las exigencias necesarias para el debido esclarecimiento y el debate de los hechos objeto de acusación, por lo que resulta aplicable el artículo doscientos noventa y nueve del Código de Procedimientos Penales".

El Tribunal Constitucional en el Exp. N° 00728-2008-PHC/TC tiene una postura respecto del *in dubio pro reo* y la presunción de inocencia:

> "(…) cabe anotar que tanto la presunción de inocencia como el *in dubio pro reo* inciden sobre la valoración probatoria del juez ordinario. En el primer caso, que es algo objetivo, supone que a falta de pruebas aquella no ha quedado desvirtuada, manteniéndose incólume, y en el segundo caso, que es algo subjetivo, supone que ha habido prueba, pero esta no ha sido suficiente para despejar la duda (la suficiencia no se refiere a la cantidad de pruebas incriminatorias, sino a la entidad y cualidad que deben reunir estas). La sentencia, en ambos casos, será absolutoria, bien por falta de pruebas (presunción de inocencia), bien porque la insuficiencia de las mismas –desde el punto de vista subjetivo del juez– genera duda de la culpabilidad del acusado (*in dubio pro reo*), lo que da lugar a las llamadas sentencias absolutorias de primer y segundo grado, respectivamente".

La presunción de inocencia y el *in dubio pro reo* son límites que deben considerarse en la valoración de la prueba.

Capítulo IX
La sentencia penal

La sentencia penal es la resolución estelar o principal del proceso penal, porque en ella se va a decidir la situación jurídica del imputado. Esta deberá estar debidamente motivada, con una argumentación sólida que respete las reglas de la lógica de la ciencia y máximas de la experiencia. Que sea clara, didáctica, que si bien los abogados manejan un lenguaje especializado es obligación que esta sea lo más entendible para la persona común y corriente. El uso de formas obscuras con pedanterías intelectuales o uso de fórmulas abstrusas o por ejemplo latín sin unas traducciones que la hacen inentendibles la alejan de lo que es su razón de ser la resolución de conflictos y la paz ciudadana. Además permite la crítica pública a las resoluciones como derechos de los ciudadanos.

I. Requisitos de la sentencia

El CPPMI ha establecido el contenido formal de la sentencia (art. 323), y algunos de estos criterios son recogidos en el NCPP.

a) La mención del tribunal y la fecha en que se dicta; el nombre y apellido del acusado y los demás datos que sirvan para determinar su identidad personal; cuando se ejerza la acción civil, el nombre y apellido del actor civil y, en su caso, del tercero civilmente demandado.

b) La enunciación de los hechos y circunstancias que hayan sido objeto de la acusación o de su ampliación, y del auto de apertura del juicio; los daños cuya reparación reclama el autor civil y su pretensión reparatoria.

c) El voto de los jueces, con la exposición concisa de sus fundamentos de hecho y de derecho.

d) La determinación precisa y circunstanciada del hecho que el tribunal estime acreditado.

e) La parte resolutiva, con mención de las disposiciones legales aplicadas

f) La firma de los jueces; pero si uno de los miembros del tribunal no pudiere suscribir la sentencia por impedimento ulterior a la deliberación y votación, ello se hará constar en y aquella valdrá sin esa firma.

El NCPP ha establecido los requisitos formales que debe contener la sentencia penal y son:

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. Estos son datos que debe estar expresados en la sentencia, el órgano que la emite el lugar y la fecha, el nombre de los magistrados y las partes, con las excepciones de ley como en los casos de violación sexual. Los datos personales del acusado deben estar claros porque permiten individualizar a la persona.

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. En esta parte se debe establecer cuáles son los enunciados fácticos contenidas en la acusación, que debe estar circunstanciado en lugar, y tiempo, esto es cuál es la imputación, y la pretensión penal o pena solicitada y la reparación civil solicitada por las partes, como el actor civil, o si no se hubiese constituido el agraviado. Además debe contener la pretensión de defensa del acusado, lo que se debe resumir en la estrategia de refutación y los hechos que ha puesto a prueba a su favor.

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. El juicio de hechos que implica determinar si se han realizado o no, con la respectiva valoración probatoria que sustenta esta conclusión. Los hechos son objetos de prueba y tienen que ser acreditados o no con la actividad probatoria que comprende el ofrecimiento, la admisión, la recepción y la valoración respectiva.

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. El enfoque tridimensional del fundamento jurídico debe comprender en principio la ley, la jurisprudencia y la doctrina que permitirá calificar jurídicamente los hechos y circunstancias que se han probado que permitirá sustentar la decisión judicial. Aquí por ejemplo ingresamos a establecer si el hecho probado es típico objetiva y subjetivamente, si hay algún hecho que implique una causa de justificación, determinar la capacidad del acusado, y si es encontrado responsable la fijación de la pena y reparación civil.

Por otro lado, se debe examinar si el hecho propuesto por el acusado para refutar la imputación fiscal está probado, y si tiene mérito para refutar o por lo menos poner en duda la imputación del Ministerio Público.

La parte resolutiva, con mención expresa y clara de la condena o absolución de los acusados respecto de los delitos que la acusación les haya atribuido. Contendrá, 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. La decisión que en sentencia pueden ser dos clases, absolución o condena. La parte resolutiva debe ser clara respecto de cada delito por el que ha sido acusado. Deberá hacerse el pronunciamiento de las costas y el destino de bienes incautados durante el proceso, su devolución o comiso definitivo.

La firma del juez o jueces. La firma del juez o jueces si son colegiados, que es obligatorio porque con este acto formal se da fe de quienes decidieron el caso. En jurisprudencia superior tenemos la emitida por la Sala de Apelaciones de Trujillo, Exp. N° 028-2008 del 9 de mayo de 2008 que dice que la expedición de la sentencia siempre debe ser por escrito, con la debida fundamentación y firmada por el juez o el colegiado sin perjuicio de que se registre en el acta o en el audio de la audiencia(287) (art. 394).

II. La motivación en la jurisprudencia constitucional

En la STC Exp. N° 00728-2008-PHC/TC del caso de la persona de Giuliana Llamoja Hilares dada el 13 de de octubre de 2008 hace un importante desarrollo sobre el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales.

Citando a la STC Exp. Nº 1480-2006-AA/TC. F.j. 2 ha precisado que:

> "el derecho a la debida motivación de las resoluciones importa que los jueces, al resolver las causas, expresen las razones o justificaciones objetivas que los llevan a tomar una determinada decisión. Esas razones, (...) deben provenir no solo del ordenamiento jurídico vigente y aplicable al caso, sino de los propios hechos debidamente acreditados en el trámite del proceso. Sin embargo, la tutela del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales no debe ni puede servir

(287) ESPINOZA GOYENA, Julio César. Ob. cit., p. 195.

de pretexto para someter a un nuevo examen las cuestiones de fondo ya decididas por los jueces ordinarios.

¿Cómo analizar si en una resolución se ha violado o no el derecho a la debida motivación? El TC en la sentencia comentada establece las siguientes pautas:

- Debe realizarse a partir de los propios fundamentos expuestos en la resolución cuestionada, de modo que las demás piezas procesales o medios probatorios del proceso en cuestión, solo pueden ser evaluados para contrastar las razones expuestas, mas no pueden ser objeto de una nueva evaluación o análisis.

- Al juez constitucional no le incumbe el mérito de la causa, sino el análisis externo de la resolución, a efectos de constatar si esta es el resultado de un juicio racional y objetivo donde el juez ha puesto en evidencia su independencia e imparcialidad en la solución de un determinado conflicto, sin caer ni en arbitrariedad en la interpretación y aplicación del derecho, ni en subjetividades o inconsistencias en la valoración de los hechos".

El derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales es una garantía del justiciable frente a la arbitrariedad judicial y garantiza que las resoluciones no se encuentren justificadas en el mero capricho de los magistrados, sino en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico o los que se derivan del caso. Esto es que se haya producido un proceso argumentativo que llegue a una decisión arreglada a derecho.

III. Manifestaciones de violación a la debida motivación

En la STC Exp. Nº 3943-2006-PA/TC y en el voto singular de los magistrados Gonzales Ojeda y Alva Orlandini (Exp. Nº 1744-2005-PA/TC), describe los vicios en los que pueden incurrir los jueces al dictar una sentencia:

a) **Inexistencia de motivación o motivación aparente**. Este vicio se manifiesta cuando en la sentencia la motivación es inexistente o es solo aparente, ya que no se da cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión, o no responde a las alegaciones de las partes del proceso, o porque solo intenta dar un cumplimiento formal al mandato, amparándose en frases sin ningún sustento fáctico o jurídico.

b) **Falta de motivación interna del razonamiento**. Se presenta en una doble dimensión; por un lado, cuando existe **invalidez de una**

inferencia a partir de las premisas que establece previamente el juez en su decisión; y, por otro lado, cuando existe **incoherencia narrativa**, que se presenta como un discurso absolutamente confuso incapaz de transmitir, de modo coherente, las razones en las que se apoya la decisión. En ambos casos se busca identificar el ámbito constitucional de la debida motivación mediante el control de los argumentos utilizados en la decisión asumida por el juez o tribunal; desde la perspectiva de **su corrección lógica** o desde su **coherencia narrativa**.

c) **Deficiencias en la motivación externa; justificación de las premisas**. El control de la motivación se hará cuando las premisas de las que parte el juez no han sido confrontadas o analizadas respecto de su validez fáctica o jurídica. Es frecuente que esto ocurra (citando a Dworkin) en casos donde suele presentarse problemas de pruebas o de interpretación de disposiciones normativas. La motivación se presenta en este caso como una garantía para validar las premisas de las que parte el juez o tribunal en sus decisiones.

El TC pone como ejemplo el caso de un juez que al fundamentar su decisión: 1. ha establecido la existencia de un daño; 2. luego, ha llegado a la conclusión de que el daño ha sido causado por "X", pero no ha dado razones sobre la vinculación del hecho con la participación de "X" en tal supuesto, entonces estaremos ante una carencia de justificación de la premisa fáctica y, en consecuencia, la aparente corrección formal del razonamiento y de la decisión podrán ser enjuiciadas por el juez [constitucional] por una deficiencia en la justificación externa del razonamiento del juez.

La finalidad del proceso constitucional es controlar el razonamiento o la carencia de argumentos constitucionales:

Para respaldar el valor probatorio que se le confiere a determinados hechos; bien tratándose de problemas de interpretación.

Para respaldar las razones jurídicas que sustentan determinada comprensión del derecho aplicable al caso.

El control de la motivación interna permite identificar la falta de corrección lógica en la argumentación del juez. El control en la justificación de las premisas posibilita identificar las razones que sustentan las premisas en las que ha basado su argumento.

El control de la justificación externa del razonamiento es para apreciar la justicia y razonabilidad de la decisión judicial en el Estado Democrático, porque obliga al juez a ser exhaustivo en la fundamentación de su decisión y a no dejarse persuadir por la simple lógica formal.

> **La motivación insuficiente**. Cuando no ya el mínimo de motivación exigible atendiendo a las razones de hecho o de derecho indispensables para asumir que la decisión está debidamente motivada.
>
> **La motivación sustancialmente incongruente**. El derecho a la debida motivación de las resoluciones obliga a los órganos judiciales a resolver las pretensiones de las partes de manera congruente con los términos en que vengan planteadas, sin cometer, por lo tanto, desviaciones que supongan modificación o alteración del debate procesal (incongruencia activa).

Dejar incontestadas las pretensiones, o desviar la decisión del marco del debate judicial generando indefensión, constituye vulneración del derecho a la tutela judicial y también del derecho a la motivación de la sentencia (incongruencia omisiva).

Conforme al artículo 139, incisos 3 y 5 de la Constitución, resulta un imperativo constitucional que los justiciables obtengan de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente de las pretensiones efectuadas; pues precisamente el principio de congruencia procesal exige que el juez, al momento de pronunciarse sobre una causa determinada, no omita, altere o se exceda en las peticiones ante él formuladas.

> **Motivaciones cualificadas**. Es indispensable una especial justificación para el caso de decisiones de rechazo de la demanda, o cuando, como producto de la decisión jurisdiccional, se afectan derechos fundamentales como el de la libertad. En estos casos, la motivación de la sentencia opera como un doble mandato, referido tanto al propio derecho a la justificación de la decisión como también al derecho que está siendo objeto de restricción por parte del juez o tribunal.

IV. Test para el control constitucional de las resoluciones judiciales

En la STC Exp. N° 03179-2004-AA/TC. F.j. 23 se ha fijado una metodología para poder controlar constitucionalmente la motivación de las resoluciones judiciales que está compuesto por: examen de razonabilidad; examen de coherencia; y el examen de suficiencia.

a) **Examen de razonabilidad**. Se debe evaluar si la revisión del proceso judicial ordinario es relevante para determinar si la resolución judicial que se cuestiona vulnera el derecho fundamental que está siendo demandado.

b) **Examen de coherencia**. Exige que el Tribunal Constitucional precise si el acto lesivo del caso concreto se vincula directamente con la decisión judicial que se impugna.

c) **Examen de suficiencia**. El Tribunal Constitucional debe determinar la intensidad del control constitucional que sea necesaria para llegar a precisar el límite de la revisión de **la resolución judicial**, a fin de cautelar el derecho fundamental demandado.

V. Redacción de la sentencia

Una vez que ha terminado la deliberación del juez o el colegiado la sentencia la redactará juez o el director del debate. La formalidad es que los párrafos se expresarán en orden numérico correlativo y referente a cada cuestión relevante. Se permite 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. Las formas deben observarse rigurosamente como se exige en el Exp. N° 26-2008-Sala Superior Trujillo 22 de abril de 2008 que respecto de la sentencia apelada se dijo: "(…) al revisar el presente proceso no encontramos una sentencia que cumpla mínimamente las formalidades de ley, pues en el acta se indica que se va a dar lectura a la sentencia, procediéndose a transcribir la misma, sin que realmente exista una sentencia escrita que lleve la firma del juez del caso, hecho que constituye una vulneración al contenido esencial de los derechos y garantías previstos por la constitución (…)"[288].

VI. Lectura de la sentencia

El ritual de la lectura de sentencia lo desarrolla el CPPMI del siguiente modo:

> "**324. Pronunciamiento**. La sentencia se pronunciará siempre en nombre del pueblo. Redactada la sentencia, el tribunal se constituirá

(288) En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Tomo 11. Editado por Gaceta Jurídica, Lima, mayo de 2010, p. 311.

> nuevamente en la sala de la audiencia, después de ser convocados verbalmente todos los intervinientes en el debate, y el documento será leído ante los que comparezcan.
>
> La lectura valdrá en todo caso como notificación, entregándose posteriormente copia a los intervinientes que la requieran. El original del documento se protocolizará.
>
> Cuando la complejidad del asunto o lo avanzado de la hora tornen necesario diferir la redacción de la sentencia, en la oportunidad se leerá tan solo su parte resolutiva y el tribunal designará un juez relator que imponga a la audiencia, sintéticamente, de los fundamentos de hecho y derecho que motivaron la decisión. La lectura de la sentencia se deberá llevar a cabo, a más tardar, dentro de los cinco días posteriores al pronunciamiento de la parte resolutiva".

La Regla 163 de procedimiento criminal de Puerto Rico establece la formalidad de la lectura de sentencia del siguiente modo:

> "Tanto el fallo como la sentencia se dictarán en sesión pública del tribunal y se harán constar en el registro de causas criminales y en las minutas del tribunal, si las hubiere, dentro de los dos (2) días siguientes al día de haberse pronunciado o dictado. El juez que presidiere el tribunal firmará la sentencia y el secretario la unirá a los autos de la causa. El secretario del tribunal remitirá inmediatamente copia certificada de la sentencia al Superintendente de la Policía de Puerto Rico y al Fiscal de Distrito (Enmendada en el 1994, Ley 128)".

En la jurisprudencia suprema nacional se ha dictado el R.N. 4040-2011 con carácter de precedente vinculante aplicable al procedimiento de 1940. Como sabemos el desenlace de todo proceso penal es la sentencia, que es considerada en la doctrina procesal como la resolución estelar, en la que se decide la situación jurídica de un procesado: culpable o inocente. En los procesos sumarios bajo el Decreto Legislativo N° 124 la sentencia condenatoria se lee y la absolutoria se notifica. El imputado que ha sido citado sabe que va a ser condenado y si hay pluralidad de agentes puede darse el caso que unos sean condenados y otros absueltos, por esa razón se lee en audiencia. Si un imputado que está bajo comparecencia restringida es citado para la lectura, si bien, ya sabe que va a ser condenado, viene con la duda si la pena es será condicional o efectiva. Qué ocasiona esto, pues incentiva la posibilidad que el procesado no asista a la diligencia. Si está debidamente citado, y no llega se le declara reo contumaz hasta que sea habido, y el expediente engrosa los archivos de reserva.

En el juicio ordinario, bajo los cánones del Código de Procedimientos Penales la sentencia condenatoria o absolutoria se lee en audiencia pública. Si el imputado está bajo prisión preventiva no hay mayores problemas; pero si se encuentra en libertad, puede darse la posibilidad que no asista a la audiencia, lo que genera el quiebre del juicio y a esta persona se le revoque la comparecencia y se dicte detención preventiva. Si es capturado el juicio oral otra vez debe iniciarse hasta que culmine en sentencia.

El último tramo del juzgamiento, después de la defensa material, a veces es usado por el procesado y la defensa para realizar actos dilatorios y maliciosos, para entrampar el proceso. Un colega magistrado narró que en un caso de violación sexual se citó a lectura de sentencia y el abogado no había hecho llegar sus conclusiones por escrito. El día de la diligencia de lectura de sentencia no se podían votar las cuestiones de hecho y la misma sentencia sin las conclusiones de la defensa solicitándose en el acto que trajera el escrito. Entonces el abogado defensor les pidió a los magistrados que se suspendiera por unos minutos la audiencia, ya que traería las conclusiones que las tenía lista en su oficina (que quedaba cerca al local del tribunal), y se fue dejando a su cliente. Como no venía el abogado, se instó al acusado para que se asesore con abogado de oficio; pero no aceptó, y la sala tuvo que suspender y reprogramar la audiencia para el día siguiente con apercibimiento que si no volvía el abogado privado, se asesorara con abogado de oficio obligatoriamente. El imputado ni su a abogado volvieron más. Era un trabajo en "pared" con un abogado deshonesto. El objetivo era quebrar el juicio, como así se hizo. La idea era esquivar una sentencia condenatoria con pena efectiva.

En otro caso se programó lectura de sentencia en la Corte de Lima. Los imputados con sus abogados se hicieron presente; y luego de unos minutos, al ser llamados solo estaban los letrados que manifestaron que sus patrocinados habían tenido una "urgencia" y se habían retirado. La sala dispuso continuar con la lectura de sentencia en aplicación del R.N. 4040-2011. Fueron condenados a penas efectivas y los abogados defensores presentaron recurso de nulidad. Los sentenciados luego presentaron un hábeas corpus alegando **condena en ausencia**. La acción de garantía fue rechazada.

Ratio decidendi

A estas situaciones son las que la regla jurídica del R.N. Nº 4040-2011-Lima, del 29 de noviembre de 2012 da respuestas. En el siguiente párrafo veamos que dice el precedente.

> "Considerando cuarto: Que, sin perjuicio de lo expuesto precedentemente debe dejarse establecido que si bien el Colegiado Superior

> sancionó la concurrencia del procesado Contreras Baldeón a la sesión de audiencia en la que se iban a leer las cuestiones de hecho y la sentencia recaída en el proceso que se le siguió, y que ello acarreó que se declarara quebrado el juicio oral, sin embargo cabe indicar que dicho procedimiento resulta totalmente perjudicial para el proceso mismo –con la declaracion de quiebre que retrotraerá todo, a un estadio inicial del acto oral–, y lo convierte en ineficiente, pues debe tenerse en cuenta que si un procesado ha cumplido con asistir a todas las audiencias del contradictorio, ha ejercido cabalmente su derecho de defensa, con interrogatorios y pruebas, su abogado ha efectuado sus alegatos finales e incluso el mismo procesado ha realizado su autodefensa, entonces la audiencia final en la que se cumplirá con la lectura de las cuestiones de hecho y la sentencia, representa simplemente un acto de notificación de la decisión adoptada, lo que se puede hacer en presencia o no del acusado, pues tal situación no afecta en modo alguno el derecho de defensa del procesado, quien siguiendo los lineamientos descritos –de presencia en las sesiones anteriores y presentación de sus argumentos de ya sea por el mismo o su abogado defensor– ha preservado –y así lo tiene que asegurar el Órgano Jurisdiccional– el respeto a sus garantías y derechos constitucionales –de debido proceso y de defensa–; en tal sentido, la lectura de la sentencia constituye un acto formal de comunicación de la decisión, no afectando las garantías que rigen el contradictorio, pues ya precluyó la actuación probatoria, y esta se realizó en igualdad de armas y en presencia del acusado y su abogado defensor, siendo ello así, entonces no existía en el presente caso motivo alguno que conllevara a la declaracion del quiebre del juicio oral, sino que pudo producirse con el acto oral en el estadio en que se encontraba –así incluso lo habilita el Código Procesal Penal del dos mil cuatro, cuando en su artículo trescientos noventiseis señala '(...) que la sentencia será leída ante quienes comparezcan (ello obviamente en tanto en cuanto se hayan garantizado los derechos de los justiciables en el proceso penal) tanto más si –por las consideraciones expuestas– no se trata de una condena en ausencia o contumacia, ello pues el procesado tuvo garantizado todos sus derechos fundamentales, que los ejerció conjuntamente con su abogado en la fase de juzgamiento correspondiente (…)".

La condena sin contradictorio, sin actuación probatoria de descargo, definitivamente es una violación al debido proceso, pese a que hay legislaciones como la italiana y la colombiana que permiten que un procesado sea representado por un abogado, y se le condene en ausencia. En una defensa judicial es sustancial la participación del imputado con su abogado. En este supuesto

¿Cómo preparar una buena defensa? ¿Qué medios de pruebas eficaces hay que presentar? Esto no se puede hacer si el procesado está desaparecido, por lo que en este contexto la legislación colombiana e italiana tienen un modelo en el que la defensa esta disminuida, siendo incompatible con tratados de derechos humanos. Aquí si se está a lo más cercano de la condena en ausencia.

En el modelo procesal peruano de 1940 a lo largo de su existencia en concordancia con las cartas constitucionales proscribía la condena en ausencia. García Rada comentando la Constitución de 1979 decía que el inciso 10 del artículo 233 prohibía la condena en ausencia, que se expresa en el derecho de todo procesado a no ser condenado sin ser oído en juicio(289). Ser oído, implica que el procesado tiene derecho a la defensa, a refutar la acusación fiscal, a presentar pruebas, lo que vacía de contenido a la figura de condena en ausencia. En el caso peruano, de la ejecutoria suprema comentada, se infiere que cuando el procesado ha participado en el juicio, presentado sus medios de prueba, se ha defendido, ha sido asesorado por un abogado, y ha realizado su defensa material, sus derechos han sido debidamente garantizados. Si no asiste a la diligencia de lectura de sentencia y esta se da, con la representación por un abogado, no hay condena en ausencia. La lectura de sentencia sin su presencia, es un acto de notificación de la decisión con sus efectos correspondientes. Si hay condena lo que le corresponde realizar a un imputado, es presentar recurso impugnatorio. Si está ausente y se encuentra su abogado defensor, o el de oficio, estos en tutela de sus derechos pueden presentar la apelación. La única afectación al debido proceso es que el tribunal le impida la interposición del recurso.

La condena en ausencia y la jurisprudencia constitucional

La comunicación de la decisión en audiencia sin la presencia del acusado, no constituye pues en estricto una condena en ausencia. Para reforzar esta conclusión tenemos la STC Exp. **Nº 003-2005-PI/TC del 9 de agosto de 2006 en la demanda** de inconstitucionalidad interpuesta por 5186 ciudadanos, convocados por el Movimiento Popular de Control Constitucional, y representados por Walter Humala, contra los Decretos Legislativos Nºs 921, 922, 923, 924, 925, 926 y 927.

En el tópico que nos interesa, tenemos que los demandantes señalaron que el artículo 12.9.c. del Decreto Legislativo Nº 922 violaba el artículo 139.12 de la Ley Fundamental, ya que posibilitaba que la Sala Penal leyera una sentencia

(289) GARCÍA RADA, Domingo. *El juzgamiento en ausencia y la nueva constitución.* (Editor José Hurtado Pozo) <http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasjuridicas/oj_20080609_08.pdf>. p. 7. [Fecha de consulta: 12 de abril de 2014].

condenatoria sin presencia del acusado, cuando este había incurrido en un comportamiento inadecuado y había sido desalojado. El artículo 139.12 de la Constitución reconoce, como principio y derecho de la función jurisdiccional "El principio de no ser condenado en ausencia".

El TC toma una posición clara respecto de la condena en ausencia de la siguiente forma:

> "165. La prohibición de que se pueda condenar *in absentia* es una garantía típica del derecho al debido proceso penal. Es el corolario de una serie de garantías vinculadas con el derecho de defensa que tiene todo acusado en un proceso penal. Como ha expresado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, si un acusado tiene el derecho a defenderse por sí mismo, a interrogar o hacer interrogar a testigos, a hacerse asistir gratuitamente por un intérprete si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia, el ejercicio de esos derechos '(...) no se concibe apenas sin su presencia' [Sentencia del 12 de febrero de 1985, Caso Colozza c/. Italia, párrafo 27; Sentencia del 1 de marzo de 2006, Caso Sejdovic c/.Italia, párrafo 81]".

El TC se planteó como interrogante ¿La prohibición de condena en ausencia se extiende **a la realización de todo el proceso penal o solo al acto procesal de lectura de sentencia condenatoria**? El Tribunal considera que debía dar respuesta en los términos que lo hace el ordinal "d" del artículo 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, según el cual, "durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección (...)".

Derecho a estar presente en el proceso y defenderse personalmente o ser asistido por un defensor

El TC en la sentencia establece el contenido de este derecho de la siguiente forma:

> "167. De esta forma, el derecho en mención garantiza, en su faz negativa, que un acusado no pueda ser condenado sin que antes no se le permita conocer y refutar las acusaciones que pesan en su contra, así como que no sea excluido del proceso en forma arbitraria. En su faz positiva, el derecho a no ser condenado en ausencia impone a las autoridades judiciales el deber de hacer conocer la existencia del proceso así como el de citar al acusado a cuanto acto procesal sea necesaria su presencia física".

Entrando al examen del artículo 12.9.c. Del Dec. Leg. Nº 922 que faculta a la Sala Penal, a dictar una sentencia condenatoria sin contar con la presencia del acusado, cuando en el acto procesal de lectura de sentencia este incurra en una falta de carácter grave el TC dice lo siguiente:

> "El Tribunal aprecia que, en el contexto en que dicha facultad puede ejercitarse, no se está frente a un supuesto de condena en ausencia o de contumacia. El acusado no ha sido ajeno a la existencia del proceso. Tampoco ha sido rebelde a participar en él, conociendo de la existencia del proceso. En la hipótesis abstracta a la que se refiere la disposición impugnada, el acusado ha estado presente en el desarrollo del proceso y aun en el acto procesal de lectura de sentencia, en la que incluso ha podido expresar los argumentos que mejor han convenido para su defensa. Su desalojo, que presupone su participación en la audiencia de lectura de sentencia, por el contrario, se origina en una falta grave por él cometida, que perturba la culminación eficaz del proceso".

El acto procesal de lectura de sentencia no puede compararse a una condena en ausencia, porque el acusado ha sido sujeto procesal presente y ha expuesto tesis de refutación y pruebas contra la acusación fiscal. Siendo una situación excepcional el TC considera que el artículo 12.9.c. del Dec. Leg. Permite que al procesado no se le deje en indefensión desarrollando la idea:

> "172. Así, en primer lugar, el desalojo de la sala de audiencia está establecida como una medida excepcional, de aplicación solo en casos particularmente graves y extremos. En segundo lugar, se trata siempre de una medida temporal, que no comporta la exclusión del acusado del proceso, sino solo para la realización del acto procesal cuya realización se pretendía perturbar. En tercer lugar, siendo una medida excepcional y temporal, adicionalmente, el legislador ha previsto que la lectura de la sentencia condenatoria, necesariamente, deba realizarse con la presencia del abogado defensor del acusado o del abogado nombrado de oficio, de modo que no se postre al acusado en un estado de indefensión.
>
> Finalmente, se ha previsto la obligación de notificar la sentencia condenatoria bajo determinadas exigencias de orden formal, a fin de que el condenado decida si hace uso o no de los medios impugnatorios que la ley procesal pueda haber previsto. Por estas razones, el Tribunal considera que este extremo de la pretensión también debe rechazarse".

La ejecutoria suprema vinculante tiene sindéresis con esta sentencia del tribunal constitucional, y además se emparenta con lo que dispone el NCPP en su artículo 396.1 que dice: "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". Se entiende que si no se presenta algún procesado la lectura continuará. Vemos que la ejecutoria vinculante emplea como fundamento el NCPP que si bien no se encuentra vigente totalmente en el país, la racionalidad de sus instituciones en tanto optimice y constitucionalice el proceso penal de 1940 puede válidamente ser tomada como referente.

Ahora tenemos que el acto de lectura de sentencia en el NCPP es en audiencia con presencia de las partes. La convocatoria a las partes es a partir de las sesiones, es decir verbalmente. Ya no se admite ninguna notificación por escrito cuando se está en juicio oral (art. 396.1).

Por la complejidad del caso o por la hora avanzada y cuando sea necesario diferir la redacción de la sentencia, se leerá tan solo su parte dispositiva o resolutiva. Tratándose de colegiado uno de los jueces relatará sintéticamente los fundamentos que motivaron la decisión, y anunciará el día y la hora para la lectura integral. Esta se llevará a cabo en el plazo máximo de los ocho días posteriores al pronunciamiento de la parte dispositiva ante quienes comparezcan.

La notificación de la sentencia sute efecto al día siguiente de la lectura integral en audiencia pública. Las partes inmediatamente recibirán copia de ella, de tal forma que puedan interponer los recursos necesarios previo estudio minucioso.

VII. Congruencia

La correlación entre la imputación y fallo debe ser respetada rigurosamente en la sentencia. Si la enunciación del hecho no es correcta puede sancionarse con la nulidad. La correlación es estricta por cuanto se trata de establecer el tema fáctico sobre el cual corresponde decidir. Su alteración llevaría a violar el derecho de defensa si se tiene en cuenta que una variación implicaría someter a juzgamiento una conducta sobre la cual no ha recaído acusación, y por ello no sometida a debate a lo menos legalmente[290]. La falta de correlación es una forma de violar el derecho de los sujetos procesales. Esta regla general se

(290) CLARIÁ OLMEDO, Jorge. Ob. cit., Tomo III, p. 167.

asume en el artículo 397.1 que dice que la sentencia no podrá tener por acreditados hechos u otras circunstancias que los descritos en la acusación y, en su caso, en la acusación ampliatoria. La excepción es si se pueden acreditar hechos que favorezcan al imputado.

Otra regla es que en la sentencia no se podrá modificar la calificación jurídica del hecho objeto de la acusación o su ampliatoria, es decir, la aplicación de la determinación alternativa, siempre que haya cumplido con el trámite procesal para esta figura, que está prevista en el artículo 374.1[(291)].

El juez 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. Esto hay que tamizarlo correctamente porque siendo el fiscal el defensor de la legalidad, debe justificar la pena que solicita.

En el Acuerdo Plenario N° 4-2009/CJ-116 que trató sobre la determinación de la pena y concurso real del 13 de noviembre de 2009 desarrolló un criterio en el décimo sexto considerando. ¿El juez está vinculado a los límites de la pena solicitada por el fiscal o al principio de legalidad? Es obligación de la fiscalía solicitar la pena en los artículos 225 y 273 del Código de Procedimientos Penales de 1940 y 349.1, 387.1 del NCPP. El Pleno de jueces supremos dice que el tribunal no tiene una vinculación absoluta con el pedido de pena, reconociendo que los dos Códigos presentan algunas diferencias entre sí. El artículo 285-A inciso 4 del Código de Procedimientos Penales establece que es posible que el tribunal aplique una sanción más grave que la solicitada por el fiscal, aunque está obligado a una motivación más sólida. El artículo 397.3 del NCPP al contrario, fija como regla que el tribunal no puede aplicar una pena más grave que la requerida por el fiscal, siendo la excepción que el fiscal solicite una por debajo del mínimo legal sin causa justificada de atenuación.

El Acuerdo Plenario establece que la individualización de la pena es tarea de los tribunales, ya que está esencialmente unida a la función de juzgar, y siempre deben hacerlo dentro del marco legal, con independencia de la posición de la acusación. La petición de pena no integra el objeto del proceso

(291) 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.

penal ni define el principio acusatorio, aunque, desde luego pero desde la concepción asumida por el NCPP tiene incidencia en el principio de contradicción y la garantía de defensa procesal, pues, fija los términos del debate al señalar un tope máximo a la pena a imponer en el caso concreto y expresa un límite a las funciones encomendadas tanto al Ministerio Público como al Poder Judicial dentro de la organización del Estado. Cita el Pleno para sustentar esta posición a Colmenero Menéndez De Luarca, Miguel: "La iniciativa del Tribunal en las decisiones y pronunciamientos de la sentencia penal". En: *Revista del Poder Judicial*. Edición CGPJ, Madrid, Iberius, 2004, p. 30.

El NCPP impide imponer una pena concreta superior a la instada por el Ministerio Público. Ello presupone, desde luego, que la pena solicitada sea la legalmente prevista, respete el marco penal adecuado al tipo legal y a las demás circunstancias modificativas de la responsabilidad.

VIII. Vinculación del juez al principio de legalidad

El Acuerdo Plenario formula el problema originado cuando el Ministerio Fiscal en su acusación ha solicitado erróneamente la imposición de una pena que no corresponde a la prevista legalmente, pudiendo ser la petición de **aplicación de una pena inferior al mínimo legal**, u **omita pedir alguna de las penas que la ley haya previsto para esa concreta infracción penal** como no requerir alguna de las penas principales conjuntas o una pena accesoria.

El Pleno establece como solución que prima el principio de legalidad ya que el juez está sometido a la ley. El juez tiene el deber de imponer la pena dentro de la pena mínima y máxima conminada. Y que el Ministerio Público como defensor de la legalidad no puede pedir se fijen penas distintas a las señaladas por la ley para cada delito.

En el Acuerdo Plenario se indica que no se trata de impedir que la acusación señale un límite máximo como lo establece el NCPP, sino de evitar que pueda establecer penalidades diferentes a las legales y se le debe dar primacía al principio de legalidad. Cita nuestra Corte Suprema para apoyar su razonamiento a la Sentencia del Tribunal Supremo Español del 12 de abril de 1995 que establece que **no es aplicable a los errores que hayan podido cometerse en los escritos de calificación (acusación fiscal).** El tribunal tiene que imponer la pena legalmente procedente, teniendo en cuenta los elementos agravatorios introducidos por la acusación y debatidos (o susceptibles de haberlo sido) en el juicio oral, concretándola en cuanto a su cuantía y duración en el mínimo legal.

IX. Excepciones al principio de legalidad

Habiendo fijado la regla que el Tribunal de Mérito debe desentenderse del requerimiento de una pena ilegal y otorgar primacía al principio de legalidad, el Acuerdo Plenario en el considerando dieciocho establece una excepción cuando se está ante un Tribunal de Apelación, de Casación o del recurso de nulidad en los que prima el principio dispositivo cuyo interés es el límite de la facultad de revisión del Tribunal ad quem.

Si el impugnante es el fiscal y este pide una pena mayor, el tribunal de revisión tendrá como tope la pretensión impugnativa del fiscal siempre que sea congruente con la solicitud de pena en el juicio oral. El Pleno señala que es posible que la pretensión del fiscal sea objetivamente ilegal y no respete el marco penal del artículo 50 del Código Penal pero aquí se superpone el principio dispositivo en tanto expresa un límite razonable de entidad político criminal, compatible con la garantía de tutela jurisdiccional, al poder de revisión de la instancia superior. ¿Qué podrá hacer el Tribunal? Pues eventualmente elevar la pena hasta el tope de la pretensión ejercitada, haciendo una referencia al concurso real de delitos aun cuando sobre ese extremo no se haya pronunciado el Tribunal de Mérito y la acusación fiscal.

Si se tratase de un recurso interpuesto por el imputado y el tribunal de revisión advierte que la pena impuesta no es compatible con el marco penal legalmente establecido e incluso, vulnera las reglas del artículo 50 del Código Penal, es aplicable el principio de interdicción de la reforma peyorativa (art. 300.1 del Código de Procedimientos Penales y el art. 409.3 del NCPP) y no le es posible subsanar el error y tampoco anular el fallo, porque ello afectaría al imputado y con él la propia esencia del derecho al recurso, que integra el contenido esencial de la garantía procesal del debido proceso.

Esta regla se aprecia en la siguiente ejecutoria suprema R. N. N° 2886-2005-Piura del seis de octubre de dos mil cinco que no anuló el fallo por aplicación de la prohibición de reforma peyorativa, pero si ordenó que control interno investigue a los jueces por violación del principio de legalidad:

> "(…) no es posible invocar la causal de responsabilidad restringida por la edad del agente, por expreso mandato del artículo veintidós del Código Penal, modificado por la Ley número veintisiete mil veinticuatro; que el delito si bien fue perpetrado por el abuelo de la niña, con quien vivía, situación contemplada en la acusación, no es posible extenderlo al absolver el grado, para imponer una pena mayor, por impedirlo el principio de interdicción de la reforma peyorativa; que

> en autos no existen vicios de nulidad del fallo que requiera anularlo; que, pese a lo expuesto, siendo evidente la infracción a lo dispuesto por el artículo veintidós del Código Penal, tal hecho debe ser de conocimiento de la OCMA para su valoración disciplinaria"[(292)].

En otra ejecutoria suprema R.N. N° 3074-2005-Cono Norte[(293)], del veinticinco de octubre de dos mil cinco, tuvo que declarar no haber nulidad pese a que la pena en la sentencia de vista había sido emitida por debajo del mínimo legal y el fiscal superior consintió el fallo y, por lo tanto, rige el principio de prohibición de la reforma peyorativa.

X. Sentencia absolutoria

El CPPMI establece que (art. 325) la sentencia absolutoria se entenderá libre en todos los casos. Ordenará cuando corresponda, la libertad del acusado y la cesación de las restricciones impuestas provisionalmente, la aplicación de medidas de seguridad y corrección y resolverá sobre las costas.

La absolución implica que el imputado queda liberado de los cargos y las medidas cautelares que se aplicaron contra él, tanto reales como personales, aun cuando la sentencia no sea firme. La motivación como exigencia del debido proceso debe destacar lo siguiente:

- La existencia o no del hecho imputado.
- Razones por las cuales el hecho no constituye delito.
- 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.
- Que está probada una causal que lo exime de responsabilidad penal (art. 398.1 del NCPP).

(292) Jurisprudencia Sistematizada de la Corte Suprema Perú. Editado por Comisión Europea. Jusper, Poder Judicial, 2008, edición digital.
(293) Ídem.

XI. Sentencia condenatoria

Las reglas para la emisión de una sentencia de condena están señaladas en el CPPMI de la siguiente forma:

> "**326. Condena**. La sentencia condenatoria fijará las penas y medidas de seguridad y corrección que correspondan. También determinará la remisión o suspensión de la pena, o la condicionalidad de la condena, y, cuando correspondiere, las obligaciones que deberá cumplir el condenado.
>
> En las penas o medidas de seguridad y corrección divisibles fijará provisionalmente la fecha en que la condena finaliza y, en su caso, la fecha a partir de la cual el condenado podrá requerir su libertad condicional o su rehabilitación; en las penas perpetuas y en las medidas de seguridad y corrección indeterminadas temporalmente, rige la última parte de esta regla.
>
> Fijará también el plazo dentro del cual se deberá pagar la multa.
>
> En su caso, unificará las condenas o las penas, cuando fuere posible.
>
> La sentencia decidirá también sobre las costas y sobre la entrega de objetos secuestrados a quien el tribunal entienda con mejor derecho a poseerlos, sin perjuicio de los reclamos que correspondieren ante los tribunales competentes; decidirá también sobre el decomiso y destrucción, previstos en la ley penal.
>
> Cuando la sentencia establezca la falsedad de un documento, el tribunal mandará inscribir en él una nota marginal sobre su falsedad, con indicación del tribunal, del procedimiento en el cual se dictó la sentencia y de a fecha de su pronunciamiento".

Como reflexión estimamos que la sentencia de condena requiere una motivación adecuada, puesto que los efectos sobre el procesado pueden ser graves de acuerdo al delito materia de imputación. La sentencia de condena debe contemplar lo siguiente:

- Fijar con precisión, las penas o medidas de seguridad que correspondan.
- 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. El descuento respecto de la prisión preventiva no genera ningún problema, pero si cuando se trata del cómputo de los días de arresto domiciliario. Lo que sí es definitivo es que no se puede equiparar un día de detención domiciliaria por un día de prisión, criterio que ha sido declarado inconstitucional por la STC Exp. Nº 0019-2005-PI/TC.

- Deberá fijarse la duración de las penas o las medidas de seguridad, descontando los periodos de prisión preventiva. Si hay multa, también debe fijarse el plazo para su pago.

- Si han sido materia de debate se unificarán las condenas o penas cuando correspondan, debiendo tomarse en cuenta que desde el 2005 opera la suma de penas en los casos de concurso real de delitos.

- Si el imputado estaba gozando de beneficio penitenciario se revocará el mismo debiendo cumplir las penas sucesivamente.

- Decidirá 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[294].

- Si el condenado se encuentra en libertad y la pena es privativa de libertad efectiva se dispondrá el internamiento, cuando hay bases para estimar que no se someterá a la ejecución. Es decir cuando no se ha leído la sentencia completa por las razones de complejidad o tiempo.

1. Cambios en la calificación de autor a cómplice en la sentencia de condena según la STC Exp. N° 00349-2013-PHC/TC

El problema consiste en determinar si el tribunal puede cambiar la calificación de autoría a complicidad o viceversa en la sentencia de condena. El TC establece en la STC Exp. **Nº 00349-2013-PHC/TC** que si es posible. ¿Tiene

(294) 327. Acción Civil del CPPMI dice que cuando se haya ejercido la acción civil y la pretensión se haya mantenido hasta la sentencia, se a ella condenatoria o absolutoria, resolver expresamente sobre la cuestión, fijando la forma de reponer las cosas al estado anterior o, si fuera el caso, la indemnización correspondiente.

fundamento y es acorde con el debido proceso? Trataremos de responder a estas cuestiones.

En la STC Exp. **Nº 00349-2013-PHC/TC** se aprecia que el accionante Alberto Rosendo Oré Yzarra fue procesado por delito de tráfico de drogas agravado(295) y la Sala Superior de Junín en primera instancia lo condenó como cómplice secundario imponiéndole la pena de siete años, pese a que había sido acusado como autor. Interpuesto el recurso de nulidad la Sala Suprema declaró la nulidad respecto de la pena y elevó a dieciocho años de privación de libertad. Es de suponer que también la fiscalía impugnó la sentencia de primera instancia al igual que el sentenciado.

El accionante refiere que fue condenado por un delito por el que no fue procesado. En la acusación fiscal se le presentó como autor de tráfico de drogas en su figura agravada y en la sentencia de primera instancia se le individualizó como cómplice secundario. El fiscal solicitó 15 años y la Corte Suprema elevó la pena a 18 años.

2. Consideraciones de la sentencia

El TC establece en la parte considerativa que el derecho de defensa reconocido en el inciso 14 del artículo 139 de la Constitución, garantiza que los justiciables en la protección de sus derechos no queden en situación de indefensión. El contenido esencial queda afectado cuando en el seno de un proceso judicial cualquiera de las partes resulta impedida por concretos actos de los órganos de judiciales de ejercer los medios necesarios, suficientes y eficaces para defender sus derechos e intereses legítimos(296) (este criterio también se sostiene en la STC Exp. Nº 1230-2002-HC/TC).

El TC precisa que el principio de congruencia o correlación entre lo acusado y lo condenado constituye un límite a la potestad de resolver por parte del órgano jurisdiccional, toda vez que garantiza que la calificación jurídica realizada en el marco de un proceso penal (tomando en cuenta lo señalado por el Ministerio Público, en virtud de su competencia postulatoria) sea respetada al momento de emitirse la sentencia. Asimismo que el juez se encuentra premunido de la facultad para poder apartarse de los términos de la acusación fiscal, en tanto respete los hechos que son objeto de acusación, sin que cambie

(295) Véase: <http://www.larepublica.pe/24-04-2004/capturan-11-narcos-con-400-kilos-de-droga>, [fecha de consulta 13 de noviembre de 2014].
Se da cuenta de la captura de once personas con 400 kilos de droga.
(296) STC Exp. Nº 00349-2013-PHC/TC. Octavo considerando.

el bien jurídico tutelado por el delito acusado, así como el derecho de defensa y el principio contradictorio[297]. (STC Exp. Nº 2179-2006 PHC/TC y STC Exp. Nº 0406-2006 PHC/TC).

En la STC Exp. Nº 2955-2010 el TC estableció que el juzgador penal puede dar al hecho imputado una distinta definición jurídica, sin que ello comporte per se la tutela de diferente bien jurídico que no sea el protegido por el ilícito imputado, pues la definición jurídica al hecho imputado por un tipo penal que tutele otro bien jurídico, en principio, implicaría la variación de la estrategia de la defensa que en ciertos casos puede comportar la indefensión del procesado[298].

El accionante cuestionó que en la acusación fiscal se le sindicara como autor de tráfico de drogas; pero en la sentencia de fecha 17 de julio de 2007[299] se le consideró como partícipe, cómplice secundario respecto de los mismos hechos y del mismo delito. Frente a esta observación el TC concluyó que al no existir variación de en los hechos imputados al procesado ni en el bien jurídico tutelado, salud pública, la modificación de autor a cómplice no perjudicó su derecho a la defensa por lo que desestimó la acción de garantía en este extremo.

Análisis

En esta sentencia se hace alusión al principio de correlación entre acusación y fallo, el que debe respetarse escrupulosamente para no afectar el derecho a la defensa. El TC tuvo la oportunidad de pronunciarse respecto del principio en la STC Exp. N° 1231-2002-HC/TC-Ann Vallie Lynelle. En ese caso se cuestionó que la sentencia de la jurisdicción ordinaria se aumentó la pena privativa de la libertad, considerando el tipo penal fijado en el inciso 7) del artículo 297 del Código Penal, respecto del cual no fue acusada y contra el que, por tanto, no pudo ejercer su derecho de defensa. Frente a esto, el TC expresó en su fundamento que "(...) el tribunal de alzada no puede pronunciarse fuera de los términos de la acusación sin afectar con ello los derechos de defensa y al debido proceso. Al no conocer la calificación del hecho, previamente se atenta contra dos cosas: la congruencia entre la acusación fiscal y el ejercicio a la defensa".

El profesor Julio Maier reconoce para el caso argentino, que los tribunales pueden fallar adjudicando al hecho acusado una calificación jurídica distinta al amparo del *iura novit curia*. Sin embargo, un brusco cambio en la

(297) STC Exp. Nº 00349-2013-PHC/TC. Noveno considerando.
(298) Ibídem. Décimo considerando.
(299) Esta fue dictada por la Sala Superior de Junín y fue confirmada por la Corte Suprema el 3 de junio de 2018 RN N° 2474-2007, pero elevó la pena de 7 a 18 años.

calificación jurídica puede sorprender a la defensa, que es un elemento evaluado por la Corte Suprema Nacional, y que al momento de casar sentencias, también exige que se expresen cuáles son las defensas concretas que se hubieran puesto de no mediar la sorpresa y en especial los medios de prueba omitidos por esta circunstancia(300).

La correlación entre la imputación y fallo debe ser respetada rigurosamente en la sentencia. Si la enunciación del hecho no es correcta puede sancionarse con la nulidad. La correlación es estricta por cuanto se trata de establecer el tema fáctico sobre el cual corresponde decidir. Su alteración llevaría a violar el derecho de defensa si se tiene en cuenta que una variación implicaría someter a juzgamiento una conducta sobre la cual no ha recaído acusación, y por ello no sometida a debate a lo menos legalmente(301). La falta de correlación es una forma de violar el derecho de los sujetos procesales. Esta regla general se asume en el artículo 397.1 del Código Procesal Penal de 2004 (NCPP), que dice que la sentencia no podrá tener por acreditados hechos u otras circunstancias que los descritos en la acusación y, en su caso, en la acusación ampliatoria.

El juez al sentenciar debe considerar que la base de su pronunciamiento es la imputación formulada por la fiscalía en su acusación, y que la desvinculación de la misma debe respetar escrupulosamente el bien jurídico tutelado, y el derecho a la defensa del procesado, quien no puede ser sometido a una sentencia de condena sorpresiva. ¿Es este el caso de la STC Exp. Nº 00349-2013-PHC/TC? La respuesta es no, pues de la lectura de la misma se advierte que Alberto Rosendo Oré Yzarra fue condenado por un hecho tipificado como delito de tráfico de drogas agravado, y la fiscalía le había acusado en calidad de autor. El artículo 23 del Código Penal dice que es autor quien realiza por sí o por medio de otro el hecho punible y sobre este recae la responsabilidad principal y las consecuencias como la pena, pues en esta línea la fiscalía solicitó 15 años; sin embargo la Sala Superior graduó su intervención y estimó que había participado en calidad de cómplice secundario. La jurisprudencia suprema en el R.N. Nº 64-99-La Libertad del 22 de marzo de 1999, señala que la complicidad se encuentra ubicada en un nivel accesorio y dependiente de un hecho principal dominado por el autor o los coautores. En el R.N. Nº 989-2004-Callao, del quince de julio del dos mil cuatro se dijo lo siguiente respecto del grado de intervención de unos procesados:

> "Los encausados se mantuvieron a escasos metros donde se desarrolló el hecho imputado, expectantes e inactivos, consintiendo la

(300) MAIER, Julio. Ob. cit., Tomo I, p. 569.
(301) CLARIÁ OLMEDO, Jorge. Ob. cit., Tomo III, p. 167.

consumación del ilícito, dialogando con los sujetos que ejecutaron el mismo, a quienes conocían, configurándose por ende un caso de complicidad secundaria, ya que la presencia de los citados procesados fue prescindible".

El artículo 25 del Código Penal dice que es cómplice primario quien dolosamente, presta auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no se hubiere perpetrado. La represión en cuanto a la pena es la misma prevista para el autor. En cambio al cómplice secundario se le disminuirá prudencialmente la pena.

"Esta situación se dio en primera instancia cuando el procesado Alberto Rosendo Oré Yzarra fue condenado como cómplice secundario, imponiéndosele una pena de siete años por debajo del mínimo legal para delito de tráfico de drogas agravado. En este caso no se modificó el bien jurídico y el hecho fue el mismo, y respecto de su intervención la sala superior estimo que no había sido en calidad de autor, beneficiándolo con una declaración de complicidad secundaria. ¿Esto violó el debido proceso? Pues no ya que esta calificación es a favor del procesado, lo cual constituye doctrina jurisprudencial consolidada como en el R.N. N° 316-2000-Lima, quince de mayo del año dos mil estableció que la complicidad se encuentra ubicada en un nivel accesorio y dependiente de un hecho principal dominado por el autor o los coautores y que en el caso de autos existen evidencias razonables que indican que el encausado Luis Américo Ayala Gonzales fue uno de los agentes que dolosamente prestó asistencia en el delito de robo agravado en agravio de Victoria Ramos de Galindo, pues su participación movilizar a los autores del robo circunscribiéndose su participación como cómplice secundario, pues no existieron pruebas que haya tenido participación en el dominio, planificación o ejecución del ilícito en agravio de la referida agraviada. Variando la intervención del condenado de autor a cómplice secundario la Corte Suprema redujo la pena originalmente impuesta de 8 a 6 años bajo un criterio de favorabilidad.

Otro cuestionamiento realizado por el condenado Alberto Rosendo Oré Yzarra es que la Corte Suprema al resolver el recurso de nulidad decidió confirmar la condena pero modificó la participación del condenado Alberto Rosendo Oré Yzarra de cómplice a autor y como consecuencia elevó la pena de 7 a 18 años. Si la pena mínima es de 15 años, la imposición de los 18 años está dentro de los parámetros conminados y es concordante con la recalificación de la intervención del procesado Oré Yzarra. ¿Es legal que se realice esta modificación? Pues sí, ya que la Corte Suprema en Acuerdo Plenario N° 5-2007/CJ-116 del dieciséis de noviembre de dos mil siete, ha establecido lo siguiente: "(…) que el Tribunal, puede en el supuesto que el recurso impugnativo haya

sido interpuesto solo por el sentenciado, según el caso: variar el grado de consumación del delito (de tentativa a delito consumado), variar el grado de participación (por ejemplo de cómplice secundario a cómplice primario o instigador o autor), variar la pena de principal a accesoria o viceversa, e integrar el fallo disponiendo el tratamiento terapéutico a que se refiere el artículo 178-A del Código Penal. Por otro lado, el Tribunal de Revisión no puede integrar el fallo recurrido e imponer una pena omitida aun cuando la ley penal la establezca".

Esta regla permite, que al pronunciarse el tribunal del recurso de impugnación en el supuesto de haberlo interpuesto solo el sentenciado, realice variaciones que no afecten la situación del impugnante porque se estaría ante una reforma peyorativa que está prohibida. Esto no sucede cuando la parte que presentó el recurso impugnatorio es el Ministerio Público, como ha sido en el caso de Alberto Rosendo Oré Yzarra. La Corte Suprema estaba habilitada para modificar de cómplice secundario a autor y además en aumentar la pena en coherencia como la nueva calidad del sentenciado en la medida que al autor se le impone un mayor reproche penal. Si solo hubiese apelado el sentenciado, la Corte Suprema podría haber realizado la modificación de cómplice a autor, pero no hubiese podido elevar la pena.

La Corte Suprema ya ha tenido pronunciamientos en esta misma línea como en el R.N. N° 4627-2009[(302)]-Lima, del 2 de julio de 2010 que determinó que la variación del título de participación delictiva de cómplice primario a coautor, no vulnera el principio de interdicción de la reforma peyorativa porque fue el Fiscal quien impugnó el fallo, además que en su acusación calificó la intervención como autoría; de otro lado, tampoco se afecta el principio acusatorio pues no se alteran, en lo esencial, los hechos conformados.

3. Vinculación del juez al principio de legalidad

Ahora otro problema es que la Corte Suprema aumentó la pena a 18 años cuando originalmente la fiscalía había solicitado 15 años. La pregunta igualmente es ¿tenía la facultad de elevar la sanción penal el máximo órgano jurisdiccional?

Esta problemática fue abordada en el Acuerdo Plenario N° 4-2009/CJ-116 que trató sobre la Determinación de la Pena y Concurso Real del 13 de noviembre de 2009. La Corte Suprema desarrolló un criterio en el décimo sexto considerando frente a la interrogante siguiente: ¿El juez está vinculado a los límites de la pena solicitada por el Ministerio Público o al principio de legalidad?

(302) La Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema 2007-2011. Editado por GIZ, Lima, 2013, p. 164.

Es obligación de la fiscalía solicitar la pena según lo disponen los artículos 225 y 273 del Código de Procedimientos Penales de 1940 y 349.1, 387.1 del NCPP. El Pleno de jueces supremos dice que el tribunal no tiene una vinculación absoluta con el pedido de pena, reconociendo que los dos Códigos presentan algunas diferencias entre sí. El artículo 285-A inciso 4 del Código de Procedimientos Penales establece que es posible que el tribunal aplique una sanción más grave que la solicitada por el fiscal, aunque está obligado a una motivación más sólida. El artículo 397.3 del NCPP al contrario, fija como regla que el tribunal no puede aplicar una pena más grave que la requerida por el fiscal, siendo la excepción que el fiscal solicite una por debajo del mínimo legal sin causa justificada de atenuación.

El Acuerdo Plenario establece que la individualización de la pena es tarea de los tribunales, ya que está esencialmente unida a la función de juzgar, y siempre deben hacerlo dentro del marco legal, con independencia de la posición de la acusación. La petición de pena no integra el objeto del proceso penal ni define el principio acusatorio, aunque, desde la concepción asumida por el NCPP tiene incidencia en el principio de contradicción y la garantía de defensa procesal, pues, fija los términos del debate al señalar un tope máximo a la pena a imponer en el caso concreto y expresa un límite a las funciones encomendadas, tanto al Ministerio Público como al Poder Judicial dentro de la organización del Estado(303).

El NCPP impide imponer una pena concreta superior a la instada por el Ministerio Público. Ello presupone, según los Jueces Supremos, que la pena solicitada sea la legalmente prevista, respete el marco penal adecuado al tipo legal y a las demás circunstancias modificativas de la responsabilidad.

El Acuerdo Plenario frente al problema originado cuando el Ministerio Fiscal en su acusación ha solicitado erróneamente la imposición de una pena que no corresponde a la prevista legalmente, o pide la aplicación de una pena inferior al mínimo legal, u omite solicitar alguna de las penas que la ley ha previsto para esa concreta infracción penal como las penas principales conjuntas o una pena accesoria; fija como regla jurídica que prima el principio de legalidad ya que el juez está sometido a la ley. El juez tiene el deber de imponer la pena dentro de la pena mínima y máxima conminada. Y el Ministerio Público como defensor de la legalidad no puede pedir se fijen penas distintas a las señaladas por la ley para cada delito.

(303) Cita el Pleno para sustentar esta posición a COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, Miguel. "La iniciativa del Tribunal en las decisiones y pronunciamientos de la sentencia penal". En: *Revista del Poder Judicial*. Edición CGPJ, Madrid, Iberius, 2004, p. 30.

En el Acuerdo Plenario se indica que no se trata de impedir que la acusación señale un límite máximo como lo establece el NCPP, sino de evitar que pueda establecer penalidades diferentes a las legales y se le debe dar primacía al principio de legalidad. Cita nuestra Corte Suprema para apoyar su razonamiento a la Sentencia del Tribunal Supremo español del 12 de abril de 1995 que establece que **no es aplicable a los errores que hayan podido cometerse en los escritos de calificación (acusación fiscal).** El tribunal tiene que imponer la pena legalmente procedente, teniendo en cuenta los elementos agravatorios introducidos por la acusación y debatidos en el juicio. En consecuencia el juez se debe al principio de legalidad.

Retornando al análisis de la sentencia del TC **Nº 00349-2013-PHC/TC**, tenemos que la Corte Suprema al haber impugnado el Ministerio Público la sentencia de primera instancia, sí tenía la facultad de recalificar la intervención del condenado de cómplice secundario a autor y también elevar la sanción de 7 a 18 años, lo que no viola el derecho de defensa ni el debido proceso. Podemos concluir que el juez puede variar la calificación de autor a cómplice conforme doctrina jurisprudencial consolidada y reconocida por la justicia constitucional. El tribunal revisor puede modificar el grado de intervención del sentenciado y elevar la pena si es que la parte que impugnó fue la fiscalía.

XII. Efectos colaterales de la sentencia de condena

Durante el juicio oral pueden ser detectadas conductas que pueden lindar con el delito como por ejemplo la presencia de un falso testigo, se descubran otros delitos o fluya la presunta responsabilidad de personas no comprendidas. Si esto es así en la sentencia debe disponerse que se remitan copia de los actuados a la fiscalía para que realice las investigaciones si consideran que existen elementos necesarios (art. 400.1).

En el caso del testigo que ha dado un falso testimonio, para que se pueda iniciar su procesamiento por la fiscalía la sentencia debe estar firme, lo que constituye en puridad un requisito de procedibilidad.

XIII. Recurso de apelación

Los sujetos procesales pueden interponer el recurso de apelación al concluir la lectura de sentencia. No es necesario que se fundamente en ese momento. Si no apelan pueden dejar constancia que se reservan la decisión de impugnar (art. 401.1).

Para los acusados que no han concurrido a la audiencia el plazo empieza a correr desde el día siguiente de la notificación en su domicilio procesal.

Rige en lo pertinente lo dispuesto en el artículo 405 del NCPP que señala que para admitir el recurso de apelación se requiere:

- Lo presente quien se considere agraviado por la sentencia.
- Sea presentado por quien resulte agraviado por la resolución, tenga interés directo y se halle facultado legalmente para ello.
- 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.
- 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, que se revoque o se declare nula.

XIV. Efectos de la sentencia

Si se dicta una sentencia condenatoria, y hay pena privativa de libertad efectiva, esta se cumplirá provisionalmente aunque se interponga recurso de apelación. Si la pena es de multa o limitativa de derechos solo se ejecutara cuando la resolución tenga la calidad de firme (art. 402.1).

La sentencia firme se inscribirá en el registro central de condenas. Allí se inscriben las penas y las medidas de seguridad (art. 403.1). Si hay inhabilitación, se inscribirá en el registro personal de los registros públicos. Las inscripciones caducaran automáticamente con el cumplimiento de la pena o medida de seguridad impuesta.

PARTE IX

LAS MEDIDAS DE COERCIÓN PROCESAL

Capítulo I
Naturaleza y alcances

Siguiendo la lógica del Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica (en adelante, CPPMI), tenemos que este conceptúa así las medidas de coerción:

> "**196. Finalidad y alcances**. La libertad personal y los demás derechos y garantías reconocidas a toda persona por la ley fundamental y por los tratados celebrados por el Estado, solo podrán ser restringidos cuando fueren absolutamente indispensables para asegurar la averiguación de la verdad, el desarrollo del procedimiento y la aplicación de la ley.
>
> Rige el artículo 3 para la aplicación e interpretación de las reglas que autorizan medidas restrictivas de esos derechos. Esas medidas serán autorizadas por resolución judicial fundada, según lo reglamenta este código, y solo durarán mientras subsista la necesidad de su aplicación".

La restricción de derechos está condicionada a las finalidades de averiguación de la verdad, en el entendido de que quien realiza la indagación es el Ministerio Público, igualmente el desarrollo del procedimiento desde una perspectiva instrumental, y la aplicación de la ley, que la entendemos de la imposición de una pena. Las medidas de restricción están sustentadas en el principio de jurisdiccionalidad, esto es, que es el juez quien con resolución motivada autoriza la intervención de los derechos fundamentales de las personas, y estas duran mientras haya la necesidad de su aplicación. Ninguna medida de restricción debe aplicarse si esta no resulta necesaria, dicho de otro modo, si hay otras formas para poder averiguar la verdad, o el desarrollo del procedimiento.

Hay circunstancias en las que la persona toma conocimiento de la existencia de un procedimiento penal, y esto causa de alguna forma alarma en cualquier ciudadano medio. Si la persona desconoce los cargos, pero tiene la voluntad de someterse al proceso penal, puede presentarse voluntariamente de tal forma que esto se valore cuando se quiera implementar las medidas de coerción. A veces esto no es suficiente, y a la persona puede aplicársele una medida de restricción, porque la valoración tiene que centrarse en otros elementos a favor o

en contra de la aplicación de medidas limitativas. El CPPMI contempla que la presentación de una persona que conoce de una imputación se valore cuando se apliquen medidas restrictivas, así:

> "**197. Presentación espontánea**. Quien considere que puede haber sido imputado en un procedimiento penal podrá presentarse ante el Ministerio Público, pidiendo ser escuchado y que se mantenga su plena libertad".

No siempre es necesaria la detención, sino la citación; es decir, el llamamiento que se realiza a un imputado en un proceso penal, y esto se prevé en el CPPMI de la siguiente forma:

> "**198. Citación**. Cuando fuere necesaria la presencia del imputado se dispondrá su citación o detención, conforme al artículo 138".

El CPPMI, sin embargo, en la fase inicial de investigación establece los supuestos para limitar la libertad de locomoción de una persona con la figura del arresto. Esto es un símil con la finalidad de las diligencias preliminares establecidas en el NCPP que se ha visto distorsionada a veces por los fiscales, pues de lo que se trata es de establecer un hecho punible, individualizar al autor y realizar diligencias urgentes e inaplazables. La distorsión de estas finalidades nos lleva a que las diligencias preliminares se conviertan en una suerte de investigación preparatoria informal o no judicializada. De allí que es interesante extraer del CPPMI la racionalidad y finalidad de la figura del arresto tratado de la siguiente manera:

> "**199. Arresto**. Cuando en el primer momento de la investigación de un hecho, no fuere posible individualizar al autor o a los partícipes y a los testigos, y se deba proceder con urgencia para no perjudicar la averiguación de la verdad, se podrá disponer que los presentes no se alejen del lugar, ni se comuniquen entre sí antes de informar, ni se modifique el estado de las cosas y de los lugares, disponiendo las medidas del caso, y, si fuere necesario, también ordenar el arresto de todos ellos".

La figura de la flagrancia también se prevé en el CPPMI, la que justifica la limitación de la libertad de locomoción de una persona con base en haber cometido un hecho punible de forma inmediata. El CPPMI lo desarrolla como la aprehensión, la que es una excepción a la regla de jurisdiccionalidad de las medidas de restricción porque la policía puede actuar directamente. Veamos cómo es tratada esta medida.

"**200. Aprehensión**. La policía debe aprehender a quien sorprenda en flagrante o persiga inmediatamente después de la comisión de un hecho punible, a los fines del artículo 232[304]. En el mismo caso, cualquier persona está autorizada a practicar la aprehensión y a impedir que el hecho punible produzca consecuencias ulteriores; debe entregarse inmediatamente al aprehendido y las cosas tomadas al Ministerio Público, a la policía o a la autoridad judicial más próxima.

Cuando el Ministerio Público, o la policía en los casos del artículo 248[305], estimare que una persona debe ser sometida a prisión preventiva, procederá según el artículo 47, párr. II[306].

El Ministerio Público podrá también ordenar la aprehensión del imputado cuando estimare que concurren los presupuestos del artículo 202[307]. Y que resultare necesario su encarcelamiento. Podrá, asimismo, ordenar cualquier medida sustitutiva de la privación de libertad, o prescindir de ella, caso en el cual liberará al imputado aprehendido y procederá según el artículo 47, en lo pertinente".

(304) **232. Necesidad y alcance de la persecución penal.** Tan pronto el Ministerio Público toma conocimiento de un hecho punible, por denuncia o por cualquier otra vía fehaciente, debe impedir que produzca consecuencias ulteriores y promover su investigación para requerir el enjuiciamiento del imputado o el sobreseimiento (absolución anticipada), salvo en los casos de excepción mencionados en el artículo 229 y las facultades previstas en los artículos 230 y 231. El ejercicio de las facultades previstas en los artículos 230 y 231 no lo eximirá de la investigación imprescindible para asegurar los elementos de prueba necesarios sobre el hecho punible y sus partícipes.

Es obligación del Ministerio Público extender la investigación no solo a las circunstancias de cargo, sino también a las que sirvan para descargo, cuidando de procurar con urgencia los elementos de prueba cuya pérdida por demora es de temer. Si estima necesaria la práctica de un acto conforme a lo previsto para los definitivos e irreproducibles, los requerirá enseguida al juez de la instrucción o, en caso de urgencia, al juez más próximo. El Ministerio Público debe también procurar la pronta evacuación de las citas del imputado para aclarar el hecho y su situación.

El incumplimiento o la demora injustificada será considerada falta grave y hará pasible al funcionario de las sanciones y responsabilidades previstas en la ley.

(305) **248. Actos jurisdiccionales.** Cuando resulte urgente la realización de un acto jurisdiccional, el oficial a cargo de la investigación informará al Ministerio Público, quien lo requerirá al juez de la instrucción; en casos de extrema urgencia la policía podrá requerir directamente el acto al juez de la instrucción con noticia al Ministerio Público.

(306) Artículo 47 II párrafo. Si el imputado hubiere sido aprehendido, se dará aviso inmediatamente al juez de la instrucción para que declare en su presencia, a más tardar en el plazo de doce horas a contar desde su aprehensión. Este plazo podrá prorrogarse otro tanto, cuando lo pidiere el imputado para elegir defensor. En casos excepcionales, cuando fuere absolutamente imposible el traslado de personas en el plazo establecido, por la gran distancia, la grave dificultad de las comunicaciones, una catástrofe, el aislamiento y otro hecho extraordinario similar, el juez podrá fijar un plazo distinto, acorde con las circunstancias, por resolución fundada y bajo su responsabilidad.

(307) Es la referencia a los presupuestos de la prisión preventiva.

La detención es en flagrancia, cuando el sujeto está cometiendo el delito o hecho punible, o cuando es perseguido inmediatamente de cometido el acto ilícito, siempre en esta institución lo que se busca establecer con precisión es la inmediatez, pues cuando esta es inexistente o se convierte en algo vacuo o ambiguo, la coerción personal debe ser solicitada al juez para que la dicte. La parte legitimada no solo es la policía, pues el CPPMI también legitima a cualquier ciudadano a aprehender a una persona, pero la debe poner a disposición de la autoridad policial. En el NCPP también se ha reflejado la figura del arresto ciudadano que busca reglamentar lo que ya en la práctica existía, pero de forma cruel e incivilizada porque las detenciones realizadas por comunidades de personas terminaban a veces con la entrega del presunto delincuente, pero previamente golpeado duramente por sus captores, y en el peor de los casos asesinados, violando derechos fundamentales básicos. Otro presupuesto para legitimar la detención de una persona es cuando esta se haya fugado o tenga una orden de detención vigente. Así se dice en los artículos respectivos del CPPMI.

> "**201. Otros casos de aprehensión**. El deber y la facultad previstos en el artículo anterior se extenderán a la aprehensión de aquel cuya detención haya sido ordenada o de quien se fugué del establecimiento donde cumple su condena o prisión preventiva.
>
> En estos casos el aprehendido será puesto inmediatamente a disposición de la autoridad que ordenó su detención de la encargada de su custodia".

I. Caracteres en el NCPP

Las medidas de coerción tienen como característica una ejecución coercitiva, limita el ejercicio de derechos fundamentales de las personas, y básicamente se concentran en derechos personales como la libertad, el secreto de las comunicaciones, domicilio, entre otros y las reales que se dirigen contra el acervo patrimonial de los investigados, los que pueden ser embargados como finalidad reparativa o incautados para fines de prueba.

El NCPP establece los principios y finalidad de las medidas de coerción. Como una premisa básica se tiene que la restricción de derechos fundamentales reconocidos por la Constitución y los Tratados relativos a Derechos Humanos ratificados por el Perú, solo podrá hacerse dentro de un proceso penal, si está prevista por la Ley y con las garantías previstas en ella (art. 253.1). De allí que si existiese otra medida fuera de lo normado por la ley procesal es violatoria de la seguridad jurídica.

Se consagra el principio de legalidad, ya que debe existir una autorización legal para aplicar una medida restrictiva respetando el principio de proporcionalidad y siempre que, en la medida y exigencia necesaria, existan suficientes elementos de convicción, que básicamente está compuesto por datos recogidos por el Ministerio Público en sus indagaciones (art. 253.2).

Por otro lado, determina que la limitación de un derecho fundamental solo tendrá lugar cuando fuese indispensable, en la medida y por el tiempo estrictamente necesario. La necesidad debe responder a lo que se quiere con la medida limitativa, desde una perspectiva instrumental. La finalidad es prevenir, por ejemplo, que el investigado huya de la investigación, oculte los bienes, genere fraudulentamente una insolvencia. Las medidas deben ser necesarias para impedir la obstaculización de la averiguación de la verdad y evitar el peligro de que la persona continúe cometiendo otros delitos, estimado como reiteración delictiva (art. 253.3).

II. Trámitación

El procedimiento del NCPP implica que la medida de coerción debe estar especialmente motivada, o justificada con razones, esto es que no pueden dictarse arbitrariamente. La petición la realiza un sujeto procesal legitimado.

El artículo 254 del NCPP establece que el auto judicial deberá contener, bajo sanción de nulidad:

- La descripción sumaria del hecho, con la indicación de las normas legales que se consideren transgredidas. Esto es el hecho imputado al sujeto contra quien va a recaer las medidas de coerción y la calificación jurídica.

- La exposición de las específicas finalidades perseguidas y de los elementos de convicción que justifican en concreto la medida dispuesta, con cita de la norma procesal aplicable. La decisión debe establecerse claramente para que se dicte la medida de coerción, además agregar, cuáles son los datos que la justifican y la norma adjetiva que la sustenta.

- La fijación del término de duración de la medida, en los supuestos previstos por la Ley, y de los controles y garantías de su correcta ejecución. Aquí se plasma una de las características de las medidas de coerción, su temporalidad.

III. Legitimidad

La parte legitimada para solicitar al juez medidas cautelares es el fiscal; sin embargo, se le reconoce al agraviado constituido en actor civil legitimidad para realizar la petición de embargo o ministración provisional de posesión aplicable esto último, por ejemplo en los delitos de Usurpación (art. 255 del NCPP).

La solicitud del sujeto procesal legitimado, o el requerimiento fiscal, indicarán las razones en que se fundamenta el pedido y, cuando corresponda, acompañará los actos de investigación o elementos de convicción pertinentes. Bajo la regla de variabilidad, los autos judiciales que autorizaron las medidas son reformables a pedido de parte o de oficio cuando se advierta que hay cambios en los supuestos que motivaron su imposición o rechazo.

Tratándose de medidas de carácter personal, corresponde al Ministerio Público y al imputado solicitar al juez la reforma, revocatoria o sustitución. La petición debe ser resuelta previa audiencia con citación de las partes, en el plazo de tres días.

Se ha previsto que ante la infracción de una medida cautelar impuesta por el juez, este determinará, de oficio o a solicitud de la parte legitimada, la sustitución o la acumulación con otra medida más grave, teniendo en consideración la entidad, los motivos y las circunstancias de la trasgresión, así como la entidad del delito imputado (art. 256). Esto se da en la medida en que los mandatos judiciales están para ser cumplidos en los términos que se han establecido.

IV. Impugnación

Previendo el derecho a la doble instancia, el NCPP ha establecido la facultad de las partes legitimadas para interponer medios impugnatorios contra los autos que impongan, desestimen, reformen, sustituyan o acumulen las medidas cautelares. Pueden impugnar el Ministerio Público y el imputado, este último quien es el afectado por la restricción de derechos. Se limita al actor civil y al tercero civil en el sentido de que solo pueden recurrir respecto de las medidas patrimoniales que afecten su derecho vinculado al tema indemnizatorio (art. 257).

En el trámite de imposición de una medida cautelar ante el juez de la investigación preparatoria y en el procedimiento recursal, los demás sujetos procesales podrán intervenir presentando informes escritos o formulando cualquier requerimiento, luego de iniciado el trámite. Esta intervención procederá siempre que se estime que no peligre la finalidad de la medida, básicamente de aseguramiento.

Capítulo II
Medidas de coerción personal

I. La detención policial

En las reglas del Procedimiento Criminal de Puerto Rico, se faculta a un funcionario de orden público para realizar un arresto sin orden judicial:

> "**Regla 11. ARRESTO POR UN FUNCIONARIO DEL ORDEN PÚBLICO**
>
> Un funcionario del orden público podrá hacer un arresto sin la orden correspondiente:
>
> a) Cuando tuviere motivos fundados para creer que la persona que va a ser arrestada ha cometido un delito en su presencia. En este caso deberá hacerse el arresto inmediatamente o dentro de un término razonable después de la comisión del delito. De lo contrario el funcionario deberá solicitar que se expida una orden de arresto.
>
> b) Cuando la persona arrestada hubiese cometido un delito grave (*felony*), aunque no en su presencia.
>
> c) Cuando tuviere motivos fundados para creer que la persona que va a ser arrestada ha cometido un delito grave (*felony*), independientemente de que dicho delito se hubiere cometido o no en realidad".

Las situaciones comprenden delito en flagrancia, pero le dan mayores facultades a la policía cuando se trata de delitos muy graves o *felony*. El arrestado tiene derechos en esta intervención policial, tal como se detalla en la regla 13.

> "**Regla 13. ARRESTO; INFORMACIÓN AL REALIZARLO**
>
> La persona que hiciere el arresto deberá informar a la persona que va a ser arrestada de su intención de arrestarla, de la causa del arresto y de su autoridad para hacerlo, excepto cuando la persona que hiciere el arresto tuviere motivos fundados para creer que la persona a ser

> arrestada está cometiendo o tratando de cometer un delito, o cuando se persiguiere a la persona arrestada inmediatamente después de haberlo cometido o luego de una fuga, o cuando la persona ofreciere resistencia antes de que el funcionario pudiere informarle, o cuando surgiere el peligro de que no pudiere hacerse el arresto si se ofreciere la información".

La policía en el caso peruano tiene una habilitación constitucional para intervenir a los ciudadanos, la que se encuentra consagrada en el artículo 2. f. que a la letra dice: "Nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito".

En el CPP chileno, se dice al respecto siguiendo la regla de detención en flagrancia en su artículo 125 que señala los supuestos de detención:

> "Ninguna persona podrá ser detenida sino por orden de funcionario público expresamente facultado por la ley y después que dicha orden le fuere intimada en forma legal, a menos que fuere sorprendida en delito flagrante y, en este caso, para el único objeto de ser conducida ante la autoridad que correspondiere".

Este precepto ha sido recogido en el NCPP que señala que la policía detendrá sin mandato judicial a quien sorprenda en caso de flagrante delito (art. 259.1 del NCPP). El incumplimiento de este requisito trae como consecuencia una actuación arbitraria de la policía, pero algo peor que las indagaciones que puedan hacerse luego de la detención arbitraria serían nulas y las invalidaría. De allí que se debe ser celoso cuando se emplea esta facultad, pues el afectado podría interponer un hábeas corpus además de las responsabilidades disciplinarias, civiles o penales. Generalmente en el Perú, la policía es quejada en inspectoría cuando realiza estos procedimientos de intervención personal ilegales.

Una actuación policial respetuosa de los derechos fundamentales es una garantía de los futuros actos de investigación que se hagan. En la realidad se dan casos en que la persona es citada y en la delegación policial es detenida o contra su voluntad es llevada a una comisaría, se le toma su declaración, se realizan diversas diligencias y es peor cuando esto es avalado por el Ministerio Público que viola el principio de legalidad y objetividad.

1. La flagrancia en el NCPP

Como un referente de flagrancia tenemos al CPP de Chile que dice lo siguiente:

"Artículo 130.- Situación de flagrancia. Se entenderá que se encuentra en situación de flagrancia:

a) El que actualmente se encontrare cometiendo el delito;

b) El que acabare de cometerlo;

c) El que huyere del lugar de comisión del delito y fuere designado por el ofendido u otra persona como autor o cómplice;

d) El que, en un tiempo inmediato a la perpetración de un delito, fuere encontrado con objetos procedentes de aquel o con señales, en sí mismo o en sus vestidos, que permitieren sospechar su participación en él, o con las armas o instrumentos que hubieren sido empleados para cometerlo; y,

e) El que las víctimas de un delito que reclamen auxilio, o testigos presenciales, señalaren como autor o cómplice de un delito que se hubiere cometido en un tiempo inmediato.

Para los efectos de lo establecido en las letras d) y e) se entenderá por tiempo inmediato todo aquel que transcurra entre la comisión del hecho y la captura del imputado, siempre que no hubieren transcurrido más de doce horas".

De la lectura de esta disposición procesal chilena, vemos que ellos manejan mayores supuestos que en la legislación peruana, de la que se debería emplear para poder optimizar las líneas de flagrancia del NCPP (art. 259)[308] que en su versión actualizada opera bajo los siguientes supuestos:

(308) **Artículo 259.- Detención Policial (Ley Nº 29569, del 25 agosto de 2010)**

La Policía Nacional del Perú detiene, sin mandato judicial, a quien sorprenda en flagrante delito. Existe flagrancia cuando:

1. El agente es descubierto en la realización del hecho punible.

2. El agente acaba de cometer el hecho punible y es descubierto.

3. El agente ha huido y ha sido identificado durante o inmediatamente después de la perpetración del hecho punible, sea por el agraviado o por otra persona que haya presenciado el hecho, o por medio audiovisual, dispositivos o equipos con cuya tecnología se haya registrado su imagen, y es encontrado dentro de las veinticuatro (24) horas de producido el hecho punible.

4. El agente es encontrado dentro de las veinticuatro (24) horas después de la perpetración del delito con efectos o instrumentos procedentes de aquel o que hubieren sido empleados para cometerlo o con señales en sí mismo o en su vestido que indiquen su probable autoría o participación en el hecho delictuoso".

- La persona es descubierta en la realización del hecho punible, conocido coloquialmente con "las manos en la masa". Alguien que está arrebatando una cartera a la víctima, y es intervenida durante la ejecución.

- El agente acaba de cometer el hecho punible y es descubierto. Cuando se dice acaba, quiere decir que el agente ya consumó el hecho delictivo, y luego de esto es detenido, lo que se denomina una especie de cuasi flagrancia.

- El sujeto luego de consumado el delito, huye pero es identificado por cualquier persona incluyendo el agraviado o ha sido registrado por medios audiovisuales, y se le encuentra dentro de las 24 horas, que es el límite legal de proyección de la flagrancia que no debe ser violada por los agentes policiales porque caerían en una situación de ilegalidad.

- El presunto delincuente es encontrado dentro del límite temporal de 24 horas con evidencias materiales de haber cometido el delito.

En la anterior versión del artículo 259 del NCPP, según la Ley N° 29372 publicada el 9 junio de 2009, si una persona era detenida en flagrancia, pero el hecho revestía la calidad de falta o delito leve con pena no mayor a 2 años de privación de libertad, posterior a su interrogatorio y los actos de investigación necesarios, se podía disponer una medida menos restrictiva o su libertad (art. 259.3). Esta era una facultad legal de la policía que podía dejarlo en libertad con el compromiso de que se presente cuando sea llamado. Creemos que de acuerdo con las facultades que tiene la policía, la única alternativa que tenía era dejarlo en libertad porque no podría darle una suerte de comparecencia con reglas, ya que esa facultad solo la tiene el órgano jurisdiccional.

La limitación temporal de 24 horas que fue derogada por la Ley N° 29372, fue retomada por la modificatoria actual de la Ley Nº 29569. A diferencia del Código Procesal chileno, en el procedimiento peruano la Ley N° 29372 se refería vagamente a un término de inmediatez, pero sin límite fijo. Para los chilenos, la flagrancia opera hasta las 12 horas. Actualmente, se ha subsanado ese defecto y se ha establecido que el límite es de 24 horas, lo que impide que esto quede al arbitrio de la policía, lo que puede conllevar en distorsiones del procedimiento y el fantasma de prueba prohibida.

Los cambios en las reglas de la detención de flagrancia motivaron que se establezcan directivas. Originalmente, tenemos la Directiva Nº 1560-2006-IN de 28 junio de 2006 para la Policía Nacional de Huaura que estableció el protocolo de intervención de la siguiente forma:

"**VII. DISPOSICIONES ESPECÍFICAS**

A. DETENCIÓN EN CASO DE FLAGRANCIA

Ninguna persona podrá ser detenida sino por mandato judicial o por la autoridad policial en caso de flagrante delito.

Frente a un delito flagrante, el Policía debe proceder a actuar rápidamente, ponderando por sí mismo los hechos, sin necesidad de consulta o autorización del fiscal.

1. DETENCIÓN POLICIAL

a. La policía detendrá, sin mandato judicial, a quien sorprenda en flagrante delito. Existe flagrancia cuando la realización del hecho punible es actual y, en esas circunstancias, el autor es descubierto, o cuando es perseguido y capturado inmediatamente de haber realizado el acto punible o cuando es sorprendido con objetos o huellas que revelen que acaba de ejecutarlo.

b. Si se tratase de una falta o de un delito sancionado con una pena no mayor de 2 años de privación de libertad, luego de los interrogatorios de identificación y demás actos de investigación urgentes, el Jefe de la Dependencia Policial correspondiente o quien haga sus veces, podrá ordenar una medida menos restrictiva o su libertad".

Como es de apreciarse en esta directiva no se establecían cuáles serían las medidas restrictivas, pues como hemos afirmado, la policía no tenía mayores facultades para dictar medidas, salvo dejar al investigado en libertad.

Acorde con los cambios legislativos de la flagrancia, tenemos el protocolo vigente para la intervención de un presunto delincuente en esa situación que debe ser internalizado por los intervinientes en el sistema judicial que vamos a reseñar en la parte pertinente.

PROTOCOLO DE INTERVENCIÓN EN FLAGRANCIA Y GARANTÍA DE DERECHOS

"Alcance

Establecer el procedimiento a seguir por la Policía Nacional del Perú en el marco de las intervenciones realizadas en flagrancia delictiva, así como los procedimientos específicos que deben realizarse durante la investigación luego de producida tal intervención.

f. Procedimiento

Nombre del procedimiento: Detención en flagrancia delictiva

Base legal:

Constitución Política: Arts. 2.24.f, 139.14.

Código Procesal Penal: Arts. IX Título Preliminar, 61.2, 67.1, 68.1.h, 71.f, 71.2.a, 84.8, 210.1, 259, 263, 264.1.

Ley de la PNP (DL. 1148): Art. 11.1.

Documentos a elaborar y denominación: Acta de intervención en flagrancia.

Responsable Procedimiento Intervención en el lugar de los hechos

Policía Nacional del Perú

1. Cuando el efectivo policial advierta a través de sus sentidos que está ante un hecho que configura flagrancia delictiva, procederá a la detención de la o las personas que se encontraren en el lugar.

2. Realizar el registro personal del detenido e incautar las especies relacionadas con el delito, iniciando el Procedimiento de Cadena de Custodia(309).

3. Comunicar al detenido el motivo de su detención e informarle que tiene derecho a:

- Conocer los cargos formulados en su contra y, en caso de detención, a que se le exprese la causa o motivo de dicha medida, entregándole la orden de detención girada en su contra, cuando corresponda.

- Designar a la persona o institución a la que debe comunicarse su detención y que dicha comunicación se haga en forma inmediata.

- Ser asistido desde los actos iniciales de investigación por un Abogado Defensor.

(309) Reglamento de la Cadena de Custodia de Elementos Materiales, Evidencias y Administración de Bienes Incautados, aprobado por Resolución N° 729-2006-MP-FN.

- Abstenerse de declarar; y, si acepta hacerlo, a que su abogado defensor esté presente en su declaración y en todas las diligencias en que se requiere su presencia.

- Que no se emplee en su contra medios coactivos, intimidatorios o contrarios a su dignidad, ni a ser sometido a técnicas o métodos que induzcan o alteren su libre voluntad o a sufrir una restricción no autorizada ni permitida por Ley; y,

- Ser examinado por un médico legista o en su defecto por otro profesional de la salud, cuando su estado de salud así lo requiera.

(Artículo 71. 2 del CPP).

4. El cumplimiento de lo prescrito anteriormente (derechos) deberá constar el acta.

5. El efectivo policial deberá comunicar en forma inmediata la detención al fiscal que corresponda.

6. Las actas se deberán levantar en el lugar de los hechos; excepcionalmente se elaborarán o continuarán su elaboración en la dependencia policial, dejando constancia de las razones que conllevaron a estos dos supuestos.

Responsable Procedimiento Actos en la dependencia policial

Policía Nacional del Perú

7. El efectivo policial deberá poner a los detenidos a disposición de la Comisaría del sector y/o Unidad Especializada, conjuntamente con las respectivas actas levantadas y evidencias.

8. El responsable de la Comisaría o Unidad Especializada deberá verificar la conformidad de las actas y evidencias puestas a disposición.

9. En caso de no haberse comunicado la detención al fiscal de Turno por motivos razonables, el efectivo policial de la Comisaría o Unidad Especializada responsable del detenido deberá hacerlo en forma inmediata.

10. El efectivo policial responsable del detenido deberá notificar su detención (papeleta de detención) indicando lugar, fecha y hora de la detención en flagrancia, asimismo facilitará todos los medios que

disponga para que el detenido pueda comunicar su situación a persona o institución que designe.

11. Inmediatamente, se debe registrar la detención en el cuaderno de detenidos en la Comisaría o Unidad, consignando el lugar, fecha y hora de la detención en flagrancia delictiva.

Ministerio Público y Policía Nacional

12. El fiscal y el efectivo policial deberán permitir que el detenido se entreviste con su abogado defensor, una vez constituido en la dependencia policial, en forma inmediata (art. 84, inciso 8).

13. El fiscal y el efectivo policial deberán permitir al abogado defensor del detenido acceder a toda la información y documentación que sea necesaria para la preparación de su defensa.

14. El fiscal y el efectivo policial solo podrán tomar la declaración del detenido cuando esté presente su abogado defensor (art. 71, inciso d)".

Estos protocolos aprobados con la participación del Ministerio de Justicia, Ministerio Público y Policía Nacional es un esfuerzo para uniformizar procedimientos antes dispersos y con sustento constitucional y legal, los que deben ser divulgados para conocimiento de la ciudadanía. La Ley N° 30076 trajo la obligación legal de trabajar estos protocolos.

II. Arresto ciudadano

Es una institución por la que un ciudadano ante flagrancia delictiva puede privar de su libertad al presunto autor para ponerlo a disposición de la autoridad policial.

El arresto ciudadano fue puesto en vigencia a nivel nacional por la Ley N° 29732 de tal forma que se institucionalizó una figura que en la práctica ya estaba instalada aunque en sus versiones más violentas. Solo recordemos las detenciones en caso de robos o hurtos por las personas de una localidad que podían llegar a un linchamiento con resultado fatal o sino el detenido muy golpeado era entregado a la policía. Esos comportamientos poco arreglados a una sociedad civilizada en los marcos de un arresto ciudadano tienen que evitarse, pues la regla es bastante clara, los ciudadanos están facultados para detener al presunto delincuente, pero inmediatamente tienen que ponerlo a disposición de la policía.

En el Derecho Procesal chileno, se desarrolla esta institución así:

> "Artículo 129. Detención en caso de flagrancia.
>
> Cualquier persona podrá detener a quien sorprendiere en delito flagrante, debiendo entregar inmediatamente al aprehendido a la policía, al Ministerio Público o a la autoridad judicial más próxima".

La regla es clara, que haya situación de flagrancia y que el intervenido detenido o arrestado sea entregado a la policía, Fiscalía o Poder Judicial inmediatamente. Esta misma línea es seguida por el Código Procesal Penal de Colombia que en su artículo 302 dice que cualquier ciudadano puede detener a alguien cuando ha cometido delito flagrante y debe ponerlo en el término de la distancia a la autoridad policial. Este término nos parece más apropiado porque establece una racionalidad desde la detención hasta ponerlo en manos de la policía porque en el camino pueden darse dificultades para hallar al destinario del arrestado.

El artículo 287 del Código Procesal Penal argentino faculta a los ciudadanos a practicar la detención precisándose a su vez que el intervenido debe ser entregado inmediatamente a la autoridad judicial o policial. En México, en el artículo 16 de su Constitución Política se establece que en los casos de delito flagrante, cualquier persona puede detener al inculpado poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad inmediata; es decir, que aquí hay una habilitación constitucional a diferencia del modelo peruano que expresamente solo lo establece para la policía.

El artículo 235 segundo párrafo del Código Procesal Penal de Costa Rica, dice que en caso de flagrancia, cualquier persona podrá practicar la aprehensión e impedir que el hecho produzca consecuencias. La persona aprehendida será entregada inmediatamente a la autoridad más cercana. Siempre en la línea de inmediatez en cuanto a la entrega.

Las reglas de procedimiento criminal de Puerto Rico también tienen regulado el arresto ciudadano de la siguiente manera:

> "**Regla 12. ARRESTO POR PERSONA PARTICULAR**
>
> Una persona particular podrá arrestar a otra:
>
> (a) Por un delito cometido o que se hubiere intentado cometer en su presencia. En este caso deberá hacerse el arresto inmediatamente.

(b) Cuando en realidad se hubiere cometido un delito grave (*felony*) y dicha persona tuviere motivos fundados para creer que la persona arrestada lo cometió".

El detenido por un ciudadano tiene que haber cometido el delito en flagrancia o intentando cometer (tentativa) con el requisito que el que arresta debe estar presente en la escena del crimen. Establece una excepción de la presencia cuando estime que el arrestado ha cometido un delito grave y tiene motivos suficientes para inferir que es autor del delito. Por ejemplo, encontrar a la persona cerca al cadáver con el arma en la mano.

Como regla general la persona debe advertir a quien va a arrestar su intención de hacerlo, la causa y su autoridad como ciudadano. Esto cuando la persona va a permitir ser detenida, lo que es inusual porque generalmente quien ha cometido un delito trata de huir de la escena. Esto ha sido previsto por la regla 13 que habilita al ciudadano a intervenir en flagrancia.

"**Regla 13. ARRESTO; INFORMACIÓN AL REALIZARLO**

La persona que hiciere el arresto deberá informar a la persona que va a ser arrestada de su intención de arrestarla, de la causa del arresto y de su autoridad para hacerlo, excepto cuando la persona que hiciere el arresto tuviere motivos fundados para creer que la persona a ser arrestada está cometiendo o tratando de cometer un delito, o cuando se persiguiere a la persona arrestada inmediatamente después de haberlo cometido o luego de una fuga, o cuando la persona ofreciere resistencia antes de que el funcionario pudiere informarle, o cuando surgiere el peligro de que no pudiere hacerse el arresto si se ofreciere la información".

La regla autoriza la detención ciudadana cuando el implicado está huyendo después de haber cometido el hecho delictivo u ofrece resistencia o si hay evidencia que el imputado aproveche que se le está informando los motivos de su arresto y huya del lugar.

En Europa, con la Ley de Enjuiciamiento Criminal de España, se encuentra regulado el arresto ciudadano de la siguiente manera:

"Artículo 490.

Cualquier persona puede detener:

1. Al que intentare cometer un delito, en el momento de ir a cometerlo.

2. Al delincuente *in fraganti*.

3. Al que se fugare del establecimiento penal en que se halle extinguiendo condena.

4. Al que se fugare de la cárcel en que estuviere esperando su traslación al establecimiento penal o lugar en que deba cumplir la condena que se le hubiese impuesto por sentencia firme.

5. Al que se fugare al ser conducido al establecimiento o lugar mencionado en el número anterior.

6. Al que se fugare estando detenido o preso por causa pendiente.

7. Al procesado o condenado que estuviere en rebeldía.

Artículo 491.

El particular que detuviere a otro justificará, si este lo exigiere, haber obrado en virtud de motivos racionalmente suficientes para creer que el detenido se hallaba comprendido en alguno de los casos del artículo anterior".

En la legislación española se le da una mayor variedad de supuestos para que el ciudadano proceda a aprehender a una persona, incluso adelantando se la consumación del delito, pues dice que se puede detener en el momento de ir a cometerlo, que es la figura de la tentativa. También faculta al ciudadano a detener a quien se ha fugado, para rehuir de una condena o a un reo contumaz, trasladando funciones propias de la policía a la ciudadanía.

En el NCPP los supuestos para el arresto ciudadano son los mismos cuando detiene la policía, esto es flagrancia (art. 260.1). No contempla la gama de supuestos de la Ley chilena ni la española, solo la flagrancia.

La persona que ha realizado la intervención debe entregar inmediatamente al arrestado y las cosas que constituyan el cuerpo del delito a la policía más cercana. La norma es bastante precisa respecto del tiempo de detención, pues se define como entrega inmediata el tiempo que demanda al ciudadano el dirigirse a la dependencia policial más cercana o al Policía que encuentre cerca del lugar.

Fija como regla que en ningún caso el arresto autoriza a encerrar o mantener privada de su libertad en un lugar público o privado hasta su entrega a la autoridad policial. De aquí podemos examinar el denominado término de

la distancia que fija una regla flexible para la entrega del arrestado de la policía porque podría darse el caso de que no haya autoridad policial cerca. ¿Qué debe hacer el ciudadano, mantenerlo o dejarlo en libertad? ¿Y si es un delito grave, por ejemplo la violación de un menor? ¿Y el detenido es puesto en un lugar? ¿El arresto ciudadano quedaría viciado? Dentro de una ponderación de derechos y en el caso en concreto, estimamos que no.

La policía cuando reciba un sujeto arrestado por un ciudadano, redactará un acta donde hará constar la entrega y las circunstancias de la intervención, de tal forma que se garanticen también los derechos del intervenido.

La Directiva Nº 1560-2006-IN de la PNP fija lo siguiente respecto del arresto desde una perspectiva de ejecución:

> "2. ARRESTO CIUDADANO
>
> Toda persona arrestada en estado de flagrante delito por cualquier ciudadano, deberá ser entregado inmediatamente a la PNP más cercana conjuntamente con las cosas que constituyan el cuerpo del delito. Se entiende por entrega inmediata el lapso de tiempo que demanda el dirigirse a la dependencia policial más cercana o al miembro policial que se halle por inmediaciones del lugar. En ningún caso, el arresto ciudadano autoriza a encerrar o a mantener privado de su libertad, sea en un lugar público o privado hasta su entrega a la autoridad policial. La policía redactará un acta donde se haga constar la entrega y las demás circunstancias de la intervención".

La intervención de la ciudadanía como excepción, en la seguridad pública tiene habilitación legal y constitucional; pero es necesario que se difunda el procedimiento, sus límites y garantías, para que no haya distorsión de sus fines. El arresto ciudadano sin supuesto de flagrancia, o la detención de una persona que presuntamente ha cometido un delito y antes de ser entregada es golpeada o torturada por la población, es algo que se debe evitar.

III. Detención preliminar judicial

La detención preliminar implica hacerlo durante el estadio de diligencias previas cuando no existe investigación preparatoria formalizada. En el NCPP, sin embargo, esta detención en el escenario donde el Ministerio Público actúa con un control judicial menos intenso que la de fase preparatoria, la detención siempre queda reservada a la regla de jurisdiccionalidad. En el caso del modelo

costarricense, tenemos que el fiscal está empoderado para realizar restricción de derechos fundamentales bajo los siguientes supuestos y límites:

> "**Artículo 237.- Detención**
>
> El Ministerio Público podrá ordenar que una persona sea detenida, cuando:
>
> **a)** Sea necesaria la presencia del imputado y existan indicios comprobados para sostener, razonablemente, que es autor de un delito o partícipe en él, y que puede ocultarse, fugarse o ausentarse del lugar.
>
> **b)** En el primer momento de la investigación sea imposible individualizar a los imputados y a los testigos y deba procederse con urgencia para no perjudicar la investigación, a fin de evitar que los presentes se alejen del lugar, se comuniquen entre sí y que se modifique el estado de las cosas y de los lugares.
>
> **c)** Para la investigación de un delito, sea necesaria la concurrencia de cualquier persona.
>
> La detención no podrá superar las veinticuatro horas. Si el Ministerio Público estima que la persona debe quedar detenida por más tiempo, la pondrá inmediatamente a la orden del tribunal del procedimiento preparatorio y le solicitará ordenar la prisión preventiva o aplicar cualquier otra medida sustitutiva. En caso contrario, ordenará su libertad".

En este caso se privilegia la necesidad y urgencia, pues el fiscal puede directamente, sin mediar orden judicial, detener a una persona siempre que esto no sobrepase las 24 horas, pues al término tendrá que ponerlo a disposición de un tribunal.

En el caso peruano, la justificación de la detención de un investigado debe tener un enlace o una conexión con la necesidad de la protección de las fuentes de prueba, como evitar la alteración de estas, aunque el NCPP se ha orientado sustentarlo más en evitar la fuga del imputado.

Es el juez de la investigación preparatoria, quien a solicitud del fiscal, sin trámite alguno y con la obligatoriedad de tener a la vista las actuaciones realizadas hasta entonces, puede dictar mandato de detención preliminar que tiene que estar debidamente motivado.

La detención preliminar se dará si es que no hay flagrancia delictiva que elimina la posibilidad de que la policía actúe directamente, puesto que tiene que mediar orden judicial.

Un primer conjunto de requisitos es que existan razones plausibles (*fumus boni iure*) que permitan considerar que presuntamente una persona ha cometido un delito sancionado con pena privativa de libertad superior a cuatro años y que por las circunstancias del caso puede desprenderse cierta posibilidad de fuga.

- Si el sorprendido en flagrante delito logre evitar su detención.
- Si el detenido se fugare de un centro de detención preliminar.

Es obligación del juez motivar el auto de detención, pues constituye una obligación constitucional. Debe contener la identificación del requerido, los hechos imputados, la calificación jurídica con mención de las normas aplicables que pueden ser sustantivas o procesales (art. 262). La garantía de motivación es para que el afectado pueda en principio conocer las razones de su detención, y para ejercitar su derecho a impugnar.

1. Ejecución de la orden judicial

La ejecución del mandato de detención debe contemplar que el imputado se encuentre individualizado con: nombres y apellidos completos, edad, sexo, lugar, y fecha de nacimiento. Esto es para evitar la detención de personas homónimas, lo que constituiría una detención arbitraria y es pasible de sanción disciplinaria para la autoridad que expide una orden con deficiencias (art. 261.2).

El mandato de detención se otorga en un contexto de urgencia por lo que la orden deberá ser puesta en conocimiento de la policía de inmediato por escrito u bajo cargo, que deberá ejecutarla a la brevedad posible conforme al plan que hayan elaborado para su ejecución. En estos casos también se dispone que se oficie a la Interpol - filial local para que esta persona pueda ser detenida si sale a otros países.

Ante una situación de urgencia, es decir, se tiene ubicado al investigado el juez podrá ordenar el cumplimiento de detención por correo electrónico, facsímil, telefónicamente o cualquier otro medio de comunicación que garantice la veracidad del mandato. En cualquiera de estas comunicaciones se debe consignar los datos de identidad personal del requerido para que no quede duda respecto del requerido.

La orden de detención no puede ser permanente por lo que se ha fijado un plazo de caducidad. Tendrían que ser renovadas por el juez a petición del fiscal para que puedan ser ejecutadas. Como excepción se tiene que en delitos graves como terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas no caducarán hasta la efectiva detención de los requisitoriados (art. 262.4). La razón es que responden a la política criminal del Estado que los considera de alta gravedad.

La Directiva Nº 1560-2006-IN establece al respecto de la detención preliminar lo siguiente:

"**B. DETENCIÓN POR MANDATO JUDICIAL**

La Policía Nacional del Perú tiene la obligación de practicar la detención de una persona por mandato judicial, debiendo poner al detenido a disposición del órgano jurisdiccional que lo requiere.

1. El investigador una vez recibido el mandato judicial de detención procederá de la siguiente manera:

a. Lectura del mandato judicial para el policía con la finalidad de:

1) Extraer la información relacionada con los antecedentes del procesado, las circunstancias del hecho.

2) Analizar el grado de participación (autor, coautor, cómplice) y determinar la peligrosidad del procesado, para así planear la ejecución de la orden.

3) Conocer la situación jurídica del procesado y la finalidad del requerimiento (captura para **indagatoria**, detención **preventiva**, cumplimiento de sentencia condenatoria por delito que tenga pena de prisión, etc.).

b. Ejecución de la detención

1) Verificar la identificación de la persona por detener con la información consignada en la orden de detención.

2) Informar en forma clara y concisa sus derechos al detenido.

3) Trasladar al detenido con las respectivas medidas de seguridad a la Unidad Policial correspondiente.

4) Comunicar al fiscal inmediatamente.

Elaborar el informe por medio del cual se deja al detenido a disposición de la autoridad que ordenó su detención.

c. Consideraciones adicionales para la detención

En los casos en que la Policía considere conveniente de manera previa a la detención, sin dilatar la misma, podrá realizar las acciones necesarias para su planificación".

Se puede constatar que la policía de acuerdo con el ordenamiento legal y constitucional se impone un conjunto de obligaciones para actuar no solo con eficacia, sino garantizando los derechos sobre quienes pesa una intervención. La pulcritud en la intervención es lo que debe ser celosamente protegido.

IV. Deberes de la policía durante la detención

La detención siendo una intervención grave en el derecho fundamental del investigado, no le quita ser considerado como sujeto de derecho bajo presunción de inocencia, por lo que la policía debe garantizarle la protección de otros derechos a efectos para que pueda ejercitar su defensa. Así, lo establece con claridad el artículo 263 del NCPP(310).

La Directiva Nº 1560-2006-IN abordaba desde la perspectiva policial el procedimiento de la ejecución de la detención en flagrancia o por orden judicial y los derechos que se le reconocen dentro de esos marcos de la siguiente manera:

(310) **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.

"3. PROCEDIMIENTO POLICIAL

a. EN EL LUGAR DE LA INTERVENCIÓN:

1) Cuando el personal policial se encuentre frente a un delito en situación flagrante, deberá intervenir de manera inmediata realizando las diligencias de urgencia e imprescindibles para impedir sus consecuencias, individualizar a sus autores y participes, reunir y asegurar los elementos de prueba que puedan servir para la aplicación de la ley penal.

En este caso, se actuarán las diligencias preliminares, en la escena del delito.

En caso de proceder a la detención de una persona, el personal policial deberá hacerle conocer que tiene derecho a:

a) A ser informado del motivo de su detención.

b) A ser asistido por un abogado defensor de su elección o de Oficio.

c) A guardar silencio".

La policía en esta directiva tenía el deber de evaluar y determinar correctamente si la persona se encontraba en una situación de flagrancia para realizar la detención. Un arbitrario procedimiento de detención viciaba los actos de investigación de la policía. En la Directiva Nº 1560-2006-IN se fija criterios para identificar las situaciones de flagrancia así:

"(2) Para efectos de la flagrancia debe tenerse en cuenta las situaciones siguientes:

a) El que es sorprendido cometiendo el delito.

El Policía frente a esta situación delictiva podrá actuar de inmediato, pues habrá presenciado por sí mismo o al menos parcialmente la comisión del hecho.

b) El que acaba de cometer el delito.

El Policía frente a esta situación delictiva está ante la presencia de un individuo que recién acaba de consumar el delito, pudiendo actuar de inmediato.

c) El causante de un ilícito penal, que en un tiempo inmediato a la perpetración del hecho, es encontrado con objetos procedentes de aquel o con huellas en sí mismo o en su vestimenta, que permitan sospechar su participación en él, o con las armas o instrumentos que hayan sido empleados para cometerlo".

En esta no se consideraba que el límite temporal era 24 horas porque la legislación procesal no lo contemplaba. Una vez que la persona era detenida y trasladada a la dependencia policial se le daba lectura de sus derechos, aunque estimamos que debería hacerse inmediatamente durante la intervención como se estila en el modelo norteamericano.

La directiva desarrolló más ampliamente información sobre los derechos del detenido en concordancia de lo dispuesto por el artículo 263.2 y 71 del NCPP de la siguiente forma:

"b. EN LA DEPENDENCIA POLICIAL:

(1) Lectura de la Cartilla de Derechos del Detenido y suscripción del Acta correspondiente.

El Personal Policial debe informar al detenido de sus derechos ciudadanos de conformidad a la cartilla de derechos siguiente:

a) Conocer los cargos formulados en su contra y, en caso de detención, a que se le exprese la causa o motivo de dicha medida, entregándole la orden de detención en su contra, cuando corresponda.

b) Designar a la persona o institución a la que debe comunicarse su detención y que dicha comunicación se haga en forma inmediata.

c) Ser asistido desde los actos iniciales de investigación por un Abogado Defensor.

d) Abstenerse de declarar y si acepta hacerlo, a que su Abogado Defensor esté presente en su declaración y en todas las diligencias en que se requiere su presencia.

e) Que no **se emplee** en **su** contra medios coactivos, intimidatorios **o contrarios a su** dignidad, ni a ser sometido a técnicas **o métodos** que induzcan o alteren su libre voluntad, o a sufrir una restricción no autorizada ni permitida por ley, y,

f) Ser examinado por un médico legista o en su defecto por otro profesional de la salud, cuando su estado de salud así lo requiera".

La diligencia de lectura de derechos al detenido deberá documentarse en un acta.

Otro de los deberes que impone el NCPP es que tanto en los casos de delito flagrante y arresto ciudadano luego de informar el motivo de la detención la policía debe comunicar inmediatamente el hecho al Ministerio Público de tal forma que este asuma competencia y realice un primer control de legalidad de la actuación policial. Esta comunicación es importante, pues cuando se hace esto a destiempo; por ejemplo, luego de cinco horas, teniendo la tecnología para hacerlo como correo electrónico, telefonía o fax, la actuación policial se tiñe de clandestinidad creando las condiciones para que se invaliden los actos de investigación. La demora debe tener implicancias disciplinarias.

El NCPP fija que en los casos de delitos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas la policía además informará al juez (art. 263.1). Las razones para que solo sean estos delitos no se desarrolla en la norma y tendría sentido si es el juez de Turno lleva un registro de estas intervenciones ante la eventualidad de realizar un control de la detención, por lo que consideramos que la comunicación debe hacerse para todos los delitos.

1. Derecho comparado y detención

En el Código Procesal Penal de Costa Rica, se enumeran en el artículo 82 los derechos del imputado o investigado en situación de detención, así:

"La policía judicial, el Ministerio Público y los jueces, según corresponda, harán saber al imputado, de manera inmediata y comprensible, que tiene los siguientes derechos:

a) Conocer la causa o el motivo de su privación de libertad y el funcionario que la ordené, exhibiéndole, según corresponda, la orden emitida en su contra.

b) Tener una comunicación inmediata y efectiva con la persona, asociación, agrupación o entidad a la que desee comunicar su captura.

c) Ser asistido, desde el primer acto del procedimiento, por el defensor que designe él, sus parientes o la agrupación a la que se comunicó su captura y, en defecto de este, por un defensor público.

d) Presentarse o ser presentado al Ministerio Público o al tribunal, para ser informado y enterarse de los hechos que se le imputan.

e) Abstenerse de declarar y si acepta hacerlo, de que su defensor esté presente en el momento de rendir su declaración y en otras diligencias en las cuales se requiera su presencia.

f) No ser sometido a técnicas ni métodos que induzcan o alteren su libre voluntad o atenten contra su dignidad.

g) No se utilicen, en su contra, medios que impidan su libre movimiento en el lugar y durante la realización de un acto procesal, sin perjuicio de las medidas de vigilancia que, en casos especiales, estime ordenar el tribunal o el Ministerio Público".

Estas referencias del Derecho Procesal costarricense de la que hay que nutrirnos, máxime si viene de un país en el que se ha internalizado el respeto por los derechos humanos. Es de resaltar la obligación de informar al imputado las razones de su detención o de abstenerse a declarar, y en todo caso hacerlo cuando está presente su abogado.

Una vieja práctica policial en Perú son las declaraciones de imputados sin presencia de abogado, consignándose en el acta que la persona estaba conforme de declarar sin su abogado, quitándole esta garantía que nos parece esencial del debido proceso. Lo peor es que el fiscal que si bien tiene el título de defensor de la legalidad en nuestro sistema es parte o sujeto procesal, por lo que su presencia consideramos no puede convalidar la declaración sin presencia de abogado defensor. Sabemos que esto es complicado por la falta de recursos del imputado, o dependiendo del momento, no poder contar con abogado de su elección; de allí que cabe potenciar el sistema de abogados del Ministerio de Justicia para que coadyuven a evitar la indefensión.

2. Deberes de los funcionarios durante la ejecución de la detención por mandato judicial

El NCPP prevé que se informe al detenido del delito atribuido y la autoridad que ha ordenado su detención. Siendo más simples, las razones de la detención, la que debe constar en una resolución o auto debidamente motivado, que debe entregársele al detenido para que pueda tomar conocimiento de los hechos y realice los descargos que sean necesarios. La policía debe comunicar de la detención a la Fiscalía, aunque esto es innecesario si es que en la ejecución han intervenido fiscales.

La policía debe poner al detenido inmediatamente a disposición del juez de Turno. El juez, tratándose de la detención sin flagrancia o el sorprendido en flagrante delito que logró evitar su detención(311), debe examinar al imputado, con la asistencia de su defensa privada o de oficio con la finalidad de verificar su identidad y garantizar el cumplimiento de sus derechos fundamentales (art. 261.2). La puesta inmediata a la autoridad judicial del detenido evita que se produzcan prácticas corruptas aprovechándose que no hay un ente fiscalizador de la actividad policial.

Concluida la verificación lo pondrá a disposición del fiscal y lo ingresará en el centro de detención policial o transitoria que le corresponda.

3. Plazo de detención

La limitación de la libertad personal debe estar sujeta a plazos, pues sino se convertiría en arbitraria y susceptible de interponerse un hábeas corpus contra la autoridad responsable. De allí que es necesario que la policía observe escrupulosamente el plazo.

La detención policial en flagrancia o la detención preliminar judicial durarán 24 horas y al finalizar el plazo el fiscal decidirá si ordena la libertad del detenido o si, comunicando al juez la continuación de las investigaciones, solicita la convalidación de la detención, prisión preventiva u otra medida alternativa (art. 264.1 del NCPP).

Si el fiscal requiere la prisión preventiva del imputado, la detención preliminar se mantiene hasta la realización de la audiencia en el plazo de cuarenta y ocho horas. En el fondo es una ampliación de la detención bajo mandato legal (art. 264.3).

El plazo tratándose de delitos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas será de 15 días como máximo. En la investigación el fiscal se cuidará de respetar el plazo razonable distinto al plazo máximo que será el tiempo prudencial para realizar las investigaciones que le permitan formalizar la investigación preparatoria.

El juez penal en su rol de garante del respeto de los derechos fundamentales podrá adoptar las siguientes medidas:

(311) Supuestos descritos en los literales a) y b) del numeral 1 del artículo 261 del NCPP.

- Constituirse, a requerimiento del detenido, al lugar donde se encuentra el detenido y averiguar los motivos de la privación de la libertad(312), el avance de las investigaciones que puedan ser el sustento para el control del plazo razonable y el estado de su salud. Esto nos parece de la mayor importancia puesto que se trata de preservar derechos de todo investigado, como al debido proceso, el plazo razonable y su integridad personal.

- Si el juez advierte la afectación indebida del derecho de defensa, como podría ser la ausencia de abogado defensor (que en las dependencias policiales a veces no se respeta), o de vicios que perjudiquen gravemente el éxito de las investigaciones(313), pondrá dichas irregularidades en conocimiento del fiscal del caso, y que ni impide comunicar lo mismo al fiscal Superior competente de tal forma que se puedan realizar las correcciones de inmediato. El fiscal está obligado a informar al juez las medidas adoptadas.

- Podrá disponer el inmediato reconocimiento médico-legal del detenido, siempre y cuando el fiscal no lo hubiera ordenado. También puede autorizar en cualquier momento su reconocimiento por médico particular. Este examen debe sustentarse en indicios de afectación de la integridad física del detenido, o si este, sus familiares o defensa lo han solicitado, pues de lo contrario sería una formalidad que recarga el departamento de pericias de la Fiscalía.

Generalmente cuando las investigaciones tienen impacto nacional es necesario que el detenido sea trasladado para las indagaciones, como el reconocimiento de inmuebles, o de instrumentos vinculados a los ilícitos. El fiscal mediante requerimiento fundamentado solicitará que el juez autorice el traslado siempre que 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 de 24 horas (salvo se haya convalidado hasta 7 días la detención) o dentro de los 15 días en los casos de TID, terrorismo y espionaje. La orden de traslado se pondrá en conocimiento del fiscal y del juez del lugar de destino. En esto es clave la coordinación con las autoridades policiales para fines de resguardo, y evitar el peligro de fuga.

(312) Esto es innecesario si es el mismo juez que ha dictado la detención preliminar.
(313) Esta sería una especie de rol preventivo hacia el fiscal para que evite la configuración de prueba ilícita y que expulsada del proceso penal afecte la posibilidad de presentar una sólida acusación.

V. Detención preliminar incomunicada

1. Antecedentes

La detención incomunicada es tratada como incontaminación en el CPPMI, y tiene su razón en la protección de fuentes de prueba o que el detenido aun en esas condiciones pueda afectar o perturbar la indagación de la verdad. Se fija como plazo máximo 48 horas, y se le faculta al fiscal de por sí incomunicar por un plazo de 6 horas antes de solicitar una prisión judicial. Así lo establece el artículo 214 del CPPMI:

> "214. Incontaminación. El juez de la instrucción o el tribunal competente podrá ordenar la incomunicación del imputado privado de libertad, por un plazo máximo de cuarenta y ocho horas, solo cuando existan motivos graves para temer que el imputado, de otra manera, obstaculizará la averiguación de la verdad; esos motivos constarán en la decisión. Sin embargo, inmediatamente antes de comenzar su declaración o antes de la realización de cualquier acto que requiera su intervención personal.
>
> El Ministerio Público podrá disponer la incomunicación del aprehendido solo por el plazo necesario para gestionar el orden judicial, el cual no excederá de seis horas; rige también, el artículo 75, inc. 6[(314)].
>
> Se permitirá al incomunicado el uso de libros, recado de escribir y demás objetos que pidiere, con tal de que no puedan servir de medio para eludir la incomunicación; podrá también realizar actos civiles impostergables que no disminuyan su solvencia ni perjudiquen la investigación".

Esta incomunicación, como puede verse del último párrafo, no impide que pueda tener acceso a libros o realice actos civiles que no perjudiquen la investigación. Sin embargo, vemos que aquí no se dice nada sobre el derecho a ser asistido por un abogado en esas condiciones. El Código Procesal

(314) Artículo 75.5 CPPMI. Atribuciones y deberes del personal policial. Clausurar locales en los casos previstos por el artículo 168; aprehender al imputado o arrestar personas en los casos y formas que este Código autoriza, con la obligación de consignar inmediatamente a los detenidos ante el juez de la instrucción y dar aviso al Ministerio Público, disponiendo su incomunicación cuando concurran los requisitos del 214, por el plazo de seis horas, que no podrá prolongarse sin disposición expresa del juez de la instrucción; excepcionalmente, cuando concurran las circunstancias del artículo 47, regirá el procedimiento que allí se indica, y la incomunicación podrá durar el tiempo indispensable para que la autoridad policial se ponga en contacto con el juez, dejándose constancia expresa del inconveniente.

de Costa Rica subsana esta deficiencia del CPPMI, ya que sí permite que el incomunicado pueda tener contacto con su abogado como se señala en el artículo 261 que dice:

> "ARTÍCULO 261. Incomunicación.
>
> El tribunal podrá ordenar la incomunicación del imputado en resolución fundada, hasta por diez días consecutivos, cuando previamente haya dispuesto la prisión preventiva y existan motivos que se harán constar en la resolución, para estimar que se pondrá de acuerdo con sus cómplices u obstaculizará de otro modo la investigación.
>
> La incomunicación no impedirá que el imputado se comunique con su defensor inmediatamente antes de rendir su declaración o antes de realizar cualquier acto que requiera su intervención personal.
>
> El Ministerio Público y la policía judicial podrán disponer la incomunicación del aprehendido solo por el plazo necesario para gestionar la orden judicial, el cual no podrá exceder de seis horas".

La limitación es que se dispone que se comunique con abogado inmediatamente antes que realice cualquier acto de intervención personal como una declaración; es decir, podría ser detenido e incomunicado por unos días mientras que el Ministerio Público realiza otros actos de investigación donde no sea necesaria la declaración del imputado. Aquí también se le dan facultades tanto a la policía como Fiscalía para que incomunique hasta 6 horas mientras solicita una orden de detención judicial.

En el Código Procesal de Chile también existe la detención con incomunicación así:

> "Artículo 151.- Prohibición de comunicaciones. El tribunal podrá, a petición del fiscal, restringir o prohibir las comunicaciones del detenido o preso hasta por un máximo de diez días, cuando considerare que ello resulta necesario para el exitoso desarrollo de la investigación. En todo caso esta facultad no podrá restringir el acceso del imputado a su abogado en los términos del artículo 94, letra f), ni al propio tribunal. Tampoco se podrá restringir su acceso a una apropiada atención médica.
>
> El tribunal deberá instruir a la autoridad encargada del recinto en que el imputado se encontrare acerca del modo de llevar a efecto la

medida, el que en ningún caso podrá consistir en el encierro en celdas de castigo".

El modelo chileno prevé la incomunicación pero con un conjunto de derechos como el acceso a abogado, el examen médico y también fija un plazo que es de 10 días, similar al caso peruano, aunque en el nuestro hay la posibilidad de la ampliación por lo que el régimen chileno es menos restrictivo que el nuestro. También establece que la incomunicación no implica que el investigado sea llevado a celdas de castigo porque esto distorsionaría la medida restrictiva.

En la Ley de Enjuiciamiento Criminal de España, la incomunicación es regulada de la siguiente manera:

"Artículo 509.

1. El Juez de Instrucción o tribunal podrá acordar excepcionalmente la detención o prisión incomunicadas para evitar que se sustraigan a la acción de la justicia personas supuestamente implicadas en los hechos investigados, que estas puedan actuar contra bienes jurídicos de la víctima, que se oculten, alteren o destruyan pruebas relacionadas con su comisión, o que se cometan nuevos hechos delictivos.

2. La incomunicación durará el tiempo estrictamente necesario para practicar con urgencia diligencias tendentes a evitar los peligros a que se refiere el apartado anterior. La incomunicación no podrá extenderse más allá de cinco días. En los casos en que la prisión se acuerde en causa por alguno de los delitos a que se refiere el artículo 384 bis u otros delitos cometidos concertadamente y de forma organizada por dos o más personas, la incomunicación podrá prorrogarse por otro plazo no superior a cinco días. No obstante, en estos mismos casos, el juez o tribunal que conozca de la causa podrá mandar que vuelva a quedar incomunicado el preso, aun después de haber sido puesto en comunicación, siempre que el desenvolvimiento ulterior de la investigación o de la causa ofreciese méritos para ello. Esta segunda incomunicación no excederá en ningún caso de tres días.

3. El auto en el que sea acordada la incomunicación o, en su caso, su prórroga deberá expresar los motivos por los que haya sido adoptada la medida.

Artículo 510.

1. El incomunicado podrá asistir con las precauciones debidas a las diligencias en que le dé intervención esta Ley cuando su presencia no pueda desvirtuar el objeto de la incomunicación.

2. Se permitirá al preso contar con los efectos que él se proporcione siempre y cuando a juicio de juez o tribunal no frustren los fines de la incomunicación.

3. El preso no podrá realizar ni recibir comunicación alguna. No obstante, el juez o tribunal podrá autorizar comunicaciones que no frustren la finalidad de la prisión incomunicada y adoptará, en su caso, las medidas oportunas.

4. El preso sometido a incomunicación que así lo solicite tendrá derecho a ser reconocido por un segundo médico forense designado por el juez o tribunal competente para conocer de los hechos".

Esta forma de incomunicación ha sido cuestionada duramente por Amnistía Internacional mediante pronunciamientos porque estiman que hay en este procedimiento violaciones graves de derechos humanos. Veamos cuál es la postura de Amnistía en el siguiente comunicado:

> "Detención en régimen de incomunicación: lo que los ojos no ven(315)
>
> España debe poner fin a la práctica de la detención en régimen de incomunicación, que viola los derechos de las personas privadas de su libertad, ha manifestado Amnistía Internacional en un informe publicado hoy (…). Es inadmisible que en la España actual una persona detenida por cualquier razón desaparezca durante días, como tragada por un agujero negro –ha manifestado Nicola Duckworth, directora del Programa para Europa y Asia Central de Amnistía Internacional–.
>
> Esta falta de transparencia puede utilizarse para ocultar violaciones de derechos humanos. (…). Es hora de poner fin a la detención en régimen de incomunicación, Amnistía Internacional ilustra cómo España mantiene uno de los regímenes de detención más estrictos de Europa,

(315) Véase: <https://www.es.amnesty.org/noticias/noticias/articulo/detencion-en-regimen-de-incomunicacion-lo-que-los-ojos-no-ven/>. [Fecha de consulta 13 de febrero de 2015].

con el que incumple las obligaciones que ha contraído en virtud del derecho internacional de los derechos humanos.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal de España permite mantener a una persona recluida en régimen de incomunicación hasta 5 días en todos los casos y hasta 13 si es sospechosa de delitos de terrorismo. Este periodo de 13 días se compone de una fase de hasta 5 días de incomunicación bajo custodia policial, que puede prorrogarse otros cinco días de incomunicación en prisión provisional. Además, en cualquier momento de la instrucción el juez puede imponer tres días más de detención en régimen de incomunicación.

'Durante su detención en régimen de incomunicación, la persona no puede hablar con un abogado ni con un médico de su elección –ha añadido Nicola Duckworth–.

Su familia vive con la angustia de no saber lo que le ha ocurrido, y muchas personas detenidas en régimen de incomunicación afirman haber sido sometidas a tortura o malos tratos, aunque raras veces se investigan tales denuncias'.

'La detención en régimen de incomunicación niega a la persona sometida a ella el derecho a un juicio justo. Tal régimen puede constituir en sí mismo trato cruel, inhumano o degradante. No se ajusta a las normas internacionales de derechos humanos'.

Diversas organizaciones internacionales han expresado reiteradamente su preocupación por el riesgo de tortura y otros malos tratos que entraña la detención en régimen de incomunicación. Tal fue lo ocurrido en el caso de Mohamed Mrabet Farsi, detenido por cargos de terrorismo el 10 de enero de 2006 en su casa, cerca de la ciudad de Barcelona. Durante su detención en régimen de incomunicación no pudo llamar a su abogado.

Según ha contado a Amnistía Internacional, fue torturado y maltratado, pero tanto el médico que lo examinó como el juez de instrucción hicieron caso omiso de sus quejas. El Gobierno español ha justificado el uso de la detención en régimen de incomunicación aduciendo razones de seguridad nacional y pública. 'La detención en régimen de incomunicación deber relegarse al pasado –ha señalado Nicola Duckworth–'.

Ningún otro país de la Unión Europea conserva un régimen de detención con restricciones tan severas de los derechos de la persona detenida".

La incomunicación es una restricción que es aplicada en Europa principalmente en casos de terrorismo. Si en España se usaba durante las actividades de la organización vasca ETA, luego se extendió ante los grupos yihadistas que han cometido graves atentados en diversos países de la unión europea. Aun así, Amnistía Internacional ha instado a las autoridades a realizar lo siguiente:

- Abolir la legislación que hace posible la detención en régimen de incomunicación.

- Permitir a toda persona detenida hablar con un abogado confidencialmente y sin que se hallen presentes agentes de policía.

- Permitir a toda persona detenida contar con un abogado de su elección, que esté presente durante su interrogatorio.

- Permitir que toda persona detenida sea examinada por un médico de su elección.

- Permitir a toda persona detenida comunicar a su familia su detención y el lugar donde se encuentra.

- Hacer obligatorio en todos los casos el uso de sistemas de grabación de vídeo y audio en los lugares donde pueda haber detenidos, excepto si con ello se puede violar su derecho a consultar en privado con su abogado o su médico.

- Realizar con prontitud investigaciones exhaustivas e imparciales sobre todas las denuncias de tortura y otros malos tratos formuladas por personas detenidas(316).

La legislación española de incomunicación es bastante dura y también en su oportunidad fue observada por la Relatoría de Derechos Humanos de Naciones Unidas(317) el 2004 que estimó que esta no debía implicar la consecución de torturas, tratos inhumanos o tratos degradantes, y que era obligación del Estado español asegurar las garantías eficaces a favor de los incomunicados.

(316) Ídem.

(317) Theo Van Boven, Relator de Naciones Unidas propuso que se garantice el derecho de acceso a un abogado, incluido el derecho a consultar un abogado en privado; el derecho a ser examinado por un médico de su elección; el derecho a informar a sus familiares del hecho y del lugar de su detención, todo esto sin perjuicio de eliminar el régimen de incomunicación que favorece la perpetración de las prácticas de tortura, tratos inhumanos y tratos degradantes. Obviamente la supresión no ha sido aceptada por el Estado español.

En la judicatura española, básicamente a iniciativa del exjuez Baltasar Garzón se estableció un procedimiento que tomará en cuenta las críticas a esta restricción y aunque valga verdades fueron iniciativas individuales. Esto se condensó en un modelo de autojudicial. En la parte considerativa se establecía el fundamento jurídico de la restricción en **el artículo 520-bis, 2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y además el contenido de los artículos 506, 520 y 527 de la misma. Por otro lado, se sustentó sus límites en la Constitución y la normativa internacional de derechos humanos**,

> "La incomunicación de los detenidos es una medida excepcional y restrictiva de los derechos de defensa del detenido por lo que las medidas de control deben extremarse, de conformidad con lo dispuesto en la Constitución española para evitar cualquier posibilidad de malos tratos, inhumanos o degradantes (arts. 10.2 y 96.1 de la CE), y los tratados internacionales de los que España es parte (art. 13 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1.950, reglas 31 y 32 de las Reglas mínimas para el Tratamiento de los Reclusos (aprobadas por el Consejo Económico y Social en resoluciones de 1.957 y 1.977), artículo 7 y artículo 10.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1.966; artículo 2 de la declaración contra la tortura de 1.975; el artículo 5 del Código de la conducta para Funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley de 1.979; los artículos 2.1 y 4 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1.984, entre otros. Lo anterior no se hace porque este Juzgado tenga sospecha de tortura o malos tratos, sino para prevenir la propia acción de los funcionarios y los derechos de los detenidos".

Garzón en su modelo de auto alrededor de la orden de incomunicación se disponía que la policía grabe en medios audiovisuales el lugar de detención y condiciones del mismo, del detenido durante toda la restricción, Que sea reconocido por un médico forense. Que la policía dé cuenta al Juzgado de Instrucción cualquier incidencia que se produzca durante la detención del imputado, cada 12 horas. Comunicar a la familia del detenido del lugar de detención y traslado que se produzcan.

La crítica a esta era que se salía del texto expreso de los artículos 509 y 510 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y que si bien constamos que esta normativa es violatoria de los derechos humanos básicamente en lo que respecta al derecho a ser asistido por un abogado, el camino era la aplicación del control difuso, y en mediano plazo el planteamiento de modificar la legislación

para ponerla acorde con los parámetros internacionales de protección de los derechos humanos.

2. Incomunicación y Corte Interamericana

El uso de la incomunicación de detenidos durante los regímenes dictatoriales, en América Latina fue moneda corriente durante los años 70 y 80, y aun con la legalidad reconocida de esa medida extrema, algunos casos fueron ventilados ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos de la que hay jurisprudencia que establecen orientaciones con la finalidad de proteger a los investigados.

Tenemos que la CIDH en el Informe N° 66/11 Caso 11992 - 2001 estimó que si bien la incomunicación es una medida excepcional y cuyo fin es que se entorpezca la investigación, el detenido debe contar con las garantías mínimas de defensa y revisión de legalidad de la detención, además del derecho a un recurso eficaz y sencillo como pilar de un Estado de Derecho. El hábeas corpus en esta línea no solo tiene como fin garantizar la libertad e integridad personal, sino prevenir la desaparición o indeterminación del lugar de detención y en última instancia en asegurar la vida del investigado. Restricciones, pero con derechos en ese escenario. No se deja en indefensión al afectado.

La CIDH también ha considerado en este caso que la constatación de que una persona ha sido incomunicada por un largo periodo, permite concluir que ha sido sometida a tratos inhumanos, violando el artículo 5.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

La incomunicación de un detenido no debe ser absoluta, total. La CIDH en el caso: Bulacio vs. Argentina –procedimiento ante la Comisión; solución amistosa y reconocimiento de responsabilidad por parte del Estado argentino; procedimiento ante la Corte; 2003– ha estimado que si bien la incomunicación es excepcional, esto no debe afectar un derecho mínimo de información. La Corte ha señalado:

> "Este tribunal ha destacado que la incomunicación del detenido debe ser excepcional, porque causa a este sufrimientos morales y perturbaciones psíquicas, ya que lo coloca en una situación de particular vulnerabilidad y acrecienta el riesgo de agresión y arbitrariedad en las cárceles, y porque pone en peligro la puntual observancia del debido proceso legal. El detenido como su custodia legal tienen derecho a ser informados de los motivos y razones de su detención cuando esta se produce (...)".

En el caso: Suárez Rosero vs. Ecuador, la Corte al tener presente el límite máximo establecido en la Constitución ecuatoriana(318) sostuvo:

> "La incomunicación es una medida excepcional que tiene como propósito impedir que se entorpezca la investigación de los hechos. Dicho aislamiento debe estar limitado al periodo de tiempo determinado expresamente por la ley. Aún en ese caso el Estado está obligado a asegurar al detenido el ejercicio de las garantías mínimas e inderogables establecidas en la Convención y, concretamente, el derecho a cuestionar la legalidad de la detención y la garantía del acceso, durante su aislamiento, a una defensa efectiva".

En los considerandos 90 y 91 del fallo Suárez Rosero(319) vs. Ecuador la Corte sostuvo que la incomunicación puede llegar a ser equivalente a tratos crueles, inhumanos o degradantes y es violatoria del artículo 5.2 Convención Americana de Derechos Humanos:

> "Una de las razones por las cuales la incomunicación es concebida como un instrumento excepcional es por los graves efectos que tiene sobre el detenido. En efecto, el aislamiento del mundo exterior produce en cualquier persona sufrimientos morales y perturbaciones psíquicas, la coloca en una situación de particular vulnerabilidad y acrecienta el riesgo de agresión y arbitrariedad en las cárceles. La sola constatación de que la víctima fue privada durante 36 días de toda comunicación con el mundo exterior y particularmente con su familia, le permite a la Corte concluir que el señor Suárez Rosero fue sometido a tratos crueles, inhumanos y degradantes (...)"(320).

(318) Artículo 22.19, inciso h que dice: "(…) nadie será privado de su libertad, sino en virtud de orden escrita de autoridad competente, en los casos, por el tiempo y con las formalidades prescritas por la ley salvo delito flagrante, en cuyo caso tampoco podrá mantenérsele sin fórmula de juicio por más de veinticuatro horas. En cualquiera de los casos, no podrá ser incomunicado por más de veinticuatro horas".

(319) El señor Rafael Iván Suárez Rosero fue arrestado a las dos y treinta horas del 23 de junio de 1992 por agentes de la Policía Nacional del Ecuador, en el marco de la operación policíaca "Ciclón", cuyo objetivo era "desarticular a una de las más grandes organizaciones del narcotráfico internacional", en virtud de una orden policial emitida a raíz de una denuncia hecha por residentes del sector de Zámbiza, en la ciudad de Quito, quienes manifestaron que los ocupantes de un vehículo "Trooper" se encontraban incinerando lo que, en apariencia, era droga. Fue detenido sin orden emitida por autoridad competente y sin haber sido sorprendido en flagrante delito. El día de su detención, el señor Suárez Rosero rindió declaración y no estuvo presente un abogado defensor. Durante el periodo total de su incomunicación, del 23 de junio hasta el 28 de julio de 1992, no se permitió al señor Suárez Rosero recibir visitas de su familia o comunicarse con un abogado.

(320) Ministerio de la Defensa Pública. Provincia del Chubut. Argentina. <http://www.defensachubut.gov.ar/?q=node/2195>. [Consultado el 16 de febrero de 2015].

La incomunicación también ha sido examinada por la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos que ha considerado que es de aplicación a esta situación extrema de una persona los Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión. (Asamblea General. Resolución Nº 43/173) como los siguientes:

> "Principio 15. A reserva de las excepciones consignadas en el párrafo 4 del principio 16 y el párrafo 3 del principio 18, no se mantendrá a la persona presa o detenida incomunicada del mundo exterior, en particular de su familia o su abogado, por más de algunos días.
>
> 16.4. La autoridad competente hará o permitirá que se hagan sin demora las notificaciones a que se hace referencia en el presente principio. Sin embargo, la autoridad competente podrá retrasar una notificación por un periodo razonable en los casos en que las necesidades excepcionales de la investigación así lo requieran.
>
> 18.4. El derecho de la persona detenida o presa a ser visitada por su abogado y a consultarlo y comunicarse con él, sin demora y sin censura, y en régimen de absoluta confidencialidad, no podrá suspenderse ni restringirse, salvo en circunstancias excepcionales que serán determinadas por la ley o los reglamentos dictados conforme a derecho, cuando un juez u otra autoridad lo considere indispensable para mantener la seguridad y el orden".

Como hemos visto tenemos un marco jurisprudencial del sistema interamericano y además recomendaciones de las Naciones Unidas que establecen las condiciones en las que se da la incomunicación y los límites de esta restricción de derechos, lo que nos va a permitir que bajo ese prisma se puede observar la aplicación de esto en nuestro país.

VI. La detención incomunicada en Perú

1. Antecedentes legales

La Constitución de 1979 establecía la incomunicación en el artículo 2 inciso 20 apartado i) de la siguiente forma: Nadie puede ser incomunicado, sino en caso indispensable para el esclarecimiento de un delito y en la forma y el tiempo previsto por la ley. La autoridad está obligada a señalar sin dilación el lugar donde se halla la persona detenida, bajo responsabilidad. La Constitución de 1993 ha seguido la misma orientación en el artículo 2 inciso 24

apartado **g** que dice que nadie puede ser incomunicado, sino en caso indispensable para el esclarecimiento de un delito en la forma y tiempo previsto por la ley. La autoridad está obligada bajo responsabilidad a señalar, sin dilación y por escrito, el lugar donde se halla la persona detenida. La diferencia entre ambas es que la autoridad debe informar por escrito, esto es que se debe documentar la información respecto de la persona detenida.

Sin embargo, ya el Código de Procedimientos de 1940 regulaba la incomunicación aunque luego de dictado el auto de apertura de instrucción en artículo 133.

La detención preliminar incomunicada en el NCPP fija delitos graves como supuesto para la aplicación de esta restricción como terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas, o por un delito sancionado con pena superior a los seis años. En estos casos, el fiscal podrá solicitar al juez que decrete la incomunicación del investigado por un plazo no mayor de 10 días y que no exceda el plazo legal de detención. El fundamento es evitar la perturbación de fuentes de prueba en las modalidades que van desde destrucción de prueba instrumental, documental hasta la amenaza o asesinato de testigos. También evitar que el incomunicado alerte a sus cómplices para que estos rehúyan la investigación criminal.

Se ha previsto que por la urgencia el juez, sin trámite se pronunciará sobre la petición solicitada motivando su aceptación o denegación (art. 265.1).

La incomunicación no impide las conferencias en privado entre el abogado defensor y el detenido que no requiere autorización previa ni pueden ser prohibidas. Esta es una diferencia sustancial con la legislación española y ecuatoriana que prevé una incomunicación absoluta con abogado y que ha tenido duros cuestionamientos por Amnistía Internacional. La Fiscalía puede tener una hipótesis que el abogado no está siguiendo una conducta neutra, sino que es parte de la actividad criminal, lo que debe ser claramente identificado con evidencia para que el juez evite el contacto entre el incomunicado con esta persona que ya no sería abogado, sino sospechoso de vinculación criminal. Como este es un tema sensible ya que está de por medio el derecho de defensa, se deben tener datos objetivos para incorporar a este abogado en la investigación. Si esto no es así se debe privilegiar la comunicación cliente abogado.

2. Incomunicación en prisión preventiva

Como referencia tenemos en el derecho comparado al Código Procesal Penal de Chile que establece en su artículo 151 que el tribunal podrá, a petición

del fiscal, restringir o prohibir las comunicaciones del detenido o preso hasta por un máximo de diez días, cuando considerare que ello resulta necesario para el exitoso desarrollo de la investigación. Sin embargo, esta facultad no podrá restringir el acceso del imputado a su abogado ni al propio tribunal. La incomunicación no es motivo para restringir su acceso a una apropiada atención médica. El tribunal está obligado a instruir a la autoridad encargada del recinto en que el imputado se encontrare acerca del modo de llevar a efecto la medida, el que en ningún caso podrá consistir en el encierro en celdas de castigo. La racionalidad de esta prohibición es el éxito en las investigaciones fiscales, por lo que deberá ser debidamente justificada ya que se trata una restricción dentro de una mayor como lo es la prisión preventiva.

La aplicación de esta medida cautelar en el NCPP tiene como elemento previo que el fiscal haya formalizado la investigación preparatoria, es decir, se encuentra sometido a control jurisdiccional.

La incomunicación como dijimos antes, está prevista en el Código de Procedimientos Penales, pues el artículo 133 establece que el juez instructor, cuando fuere indispensable para los fines investigatorios, mantendrá en incomunicación al inculpado, aún después de prestada la instructiva, sin que pueda prolongarse esa medida por más de diez días. ¿Cuáles son estos fines? Pues a la luz del propio procedimiento 1940 son el reunir la prueba de la realización del delito, determinar las circunstancias de su perpetración, precisar la forma de participación que hayan tenido los autores y cómplices, etc. Siendo en todo caso finalidades genéricas que podrían sustentar cualquier medida cautelar. El fin específico lo podemos inferir del artículo 134 del Código de Procedimientos Penales, cuando se dice que en caso de incomunicación el abogado defensor del imputado deberá prometer o jurar no llevar mensaje de ninguna especie entre el inculpado o cualquier otra persona, aunque sea de su familia; es decir, mantenerlo incomunicado, tiene como fin evitar la modificación del mundo exterior del sujeto investigado a partir de disposiciones que este realice, como podría ser la eliminación de fuentes de prueba.

El nexo entre investigado y abogado nos lleva a afirmar que a pesar de la antigüedad de este Código de Procedimientos Penales, es más garantista que la legislación española ya que el régimen de incomunicación no impide las conferencias entre el inculpado y su defensor. La limitación es que las entrevistas no tienen la privacidad necesaria, ya que se hacen en presencia del juez instructor, quien se reserva la facultad de denegar la conferencia si así lo estima. La restricción de incomunicación debe ser justificada y el juez instructor dará aviso de esta medida a la Sala Superior.

La incomunicación en prisión preventiva en el NCPP se fija sobre el supuesto de establecimiento de un delito grave, pero no se destaca cuáles son los parámetros del mismo por lo que ese vacío puede ser llenado sistemáticamente con el supuesto de detención preliminar incomunicada, esto es para delitos de TID, espionaje, terrorismo o que tengan pena mayor a seis años (art. 298). Salvo una gaseosa finalidad de "establecimiento de un delito grave" no se desarrolla el *fumus comissi delicti ni el periculum in mora*. El plazo no excederá de 10 días y en la línea de tutelar el derecho de defensa el investigado puede conferenciar en privado con su abogado defensor sin autorización previa. No podrán prohibirse estas entrevistas.

El juez dictará un auto motivado sin trámite alguno y puesto en conocimiento a la Sala Penal puesto que esta es una restricción de urgencia. La defensa puede impugnar la resolución en el plazo de un día. Se concederá el recurso sin efecto suspensivo y el juez elevará los actuados a la Sala Penal, que resolverá previa vista de la causa que la convocará 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 por la naturaleza excepcional de la medida. Observamos que el trámite formal previsto es sumarísimo.

El NCPP en esta restricción de incomunicación establece algunos derechos de los que puede gozar el detenido, que como hemos resaltado es de mayor garantía que la legislación española.

- El incomunicado podrá leer libros, diarios, revistas.
- Puede escuchar noticias de libre circulación y difusión.
- Recibirá sin obstáculos la ración alimenticia que le es enviada (art. 281 del NCPP).

El plazo de la incomunicación fijado en el auto vence automáticamente (art. 282). El plazo es de caducidad, por lo que si se mantiene al intervenido más días de los aprobados por el juez estamos ante la violación de derechos vinculados a la libertad individual, lo que amerita un control de plazos o un hábeas corpus.

VII. La convalidación

La convalidación de la detención se interpreta como una prolongación de la restricción del derecho a la libertad. El término no es el más adecuado, porque en su acepción original convalidar significa validar un acto con vicios.

En el derecho comparado rastreamos esta institución en El Salvador, que con base en su Constitución de 1948 se le otorgó a la policía judicial la adopción de medidas provisionales en casos excepcionales de necesidad y de urgencia, determinados en forma taxativa por la ley. Las medidas extraordinarias deberán ser comunicadas a la autoridad judicial, dentro de las 48 horas sucesivas a la captura, para que el juez las convalide dentro de las 48 horas subsiguientes. Faltando dicha convalidación, las medidas pierden eficacia y quedan anuladas (art. 13.3 de la Constitución salvadoreña). Todo acto que limite la libertad, deberá ser sustentado por su respectiva motivación judicial (art. 13.2 de la Constitución).

El Código Procesal Penal de El Salvador que entró en vigencia el 24 de octubre de 1989, aprobado con base en el Decreto Ejecutivo del 16/02/1987 creó el juez para las investigaciones preliminares, que no realiza investigaciones, sino tiene una función de garantías para el imputado y de control de las actuaciones del Ministerio Público. Dentro de las 48 horas posteriores al arresto, el Ministerio Público, si no ordena la liberación del detenido, necesita de la convalidación de parte del juez a cuya jurisdicción pertenece el lugar en que se ha ocasionado el arresto. Cuando falte dicha convalidación, el arresto se vuelve ineficaz. Dentro de las 48 horas subsiguientes, el juez determina y preside la audiencia de convalidación, en Cámara de Consejo, con la participación necesaria del defensor del arrestado.

La convalidación tiene como finalidad, verificar la legitimidad de la actuación de la autoridad, que ha procedido al arresto, sin embargo, no legitima el seguimiento de la detención. Para tal finalidad, en los casos que lo ameritan, el juez, por solicitud del Ministerio Público, autoriza la aplicación de las medidas preventivas.

En el referido Código Procesal salvadoreño se establece que además de la existencia de indicios graves de culpabilidad, o *fumus comissi delicti*, es necesaria la presencia de una de las siguientes situaciones específicas para que se admitan las medidas cautelares (art. 274):

a) Peligro concreto para la adquisición o la conservación de la prueba;

b) Peligro concreto de fuga del indiciado;

c) Peligro concreto de que el indiciado realice delitos graves, con uso de armas o de otros medios de violencia personal en contra del orden constituido; peligro concreto de que se realicen delitos graves de parte del crimen organizado; peligro concreto de que se cometan delitos análogos o similares al que se está persiguiendo.

Excepcionalmente, en situaciones de urgencia, la orden de detención puede ser expedida por el fiscal interviniente con previa comunicación al juez que controla la investigación penal preparatoria, debiendo ser sometida después de cumplida en un plazo de doce (12) horas a la convalidación del juez.

1. Antecedentes en la legislación nacional

El procedimiento de convalidación que aún está vigente, en el contexto del Código de Procedimientos Penales de 1940 se sujeta a esta regla, es decir, que se mantendrá la detención preliminar si no hay un cambio sustantivo que favorezca al imputado y que modifique la apariencia de derecho y el riesgo de fuga o perturbación de la actividad de investigación.

El instituto de la convalidación de la detención fue incorporado en la Ley Nº 27934 que regula la Intervención de la policía y el Ministerio Público en la Investigación Preliminar del Delito por el Decreto Legislativo Nº 989, publicado el 22 julio de 2007. Allí se estableció que la convalidación se aplicaba a delitos perpetrados por organizaciones criminales y los delitos de secuestro, extorsión y trata de personas, siendo legitimado el fiscal quien puede solicitar la prórroga hasta un plazo de siete (7) días naturales cuando se daban los supuestos de flagrancia delictiva o el sorprendido en flagrante delito haya evitado su detención; y la existencia de razones para considerar que una persona ha cometido cualquiera de los delitos vinculados a organizaciones criminales y por las circunstancias del caso, pueda existir peligro de fuga.

Quedaban excluidos en tráfico ilícito de drogas, terrorismo y espionaje. Para estos últimos delitos, si antes del vencimiento del plazo, el fiscal decide otorgar la libertad, esta solo se hará efectiva cuando el fiscal Superior haya absuelto la consulta, dentro del plazo de veinticuatro (24) horas de elevados los actuados pertinentes, los mismos que serán remitidos inmediatamente se expida la libertad, entre la fecha de la detención y la consulta del fiscal Superior no pudiendo pasar los 15 días toda vez que esta se convertía en arbitraria por la morosidad fiscal (art. 2a).

Si se daba la flagrancia y dentro del plazo de detención esto es 24 horas, el fiscal en caso de solicitar la prórroga debe poner al detenido a disposición del juez Penal de Turno, para que este en audiencia, verifique la identidad del imputado, con la asistencia de su abogado defensor o el de oficio, y está obligado a dictar en el día el auto si procede o no la convalidación. Si declaraba por la procedencia dispone el retorno del detenido al centro de detención policial que corresponda a disposición del Fiscal y sino dispone que continúe la investigación con el imputado en la calidad de citado.

Cuando no hay flagrancia (esto es que haya sido detenido por orden judicial) el juez debe resolver la solicitud del fiscal en el día de recibida siguiendo el trámite anterior (art. 2b).

Hay una exigencia de motivación de auto de convalidación que debe contener obligatoriamente los datos del imputado, la exposición breve de los hechos objeto de imputación, los fundamentos de hecho y de derecho, las circunstancias del caso concreto de las que pueda desprenderse peligro de fuga, y la mención expresa de las normas legales aplicables (art. 2C).

La convalidación no implica que el imputado queda librado al arbitrio, del fiscal y la policía, ya que en este escenario el juez tiene facultades para garantizar los derechos del imputado pudiendo adoptar las siguientes medidas:

- Constituirse, a requerimiento del detenido, al lugar donde se halle y **averiguar el avance de las investigaciones y el estado de su salud**.

  Si advierte afectación indebida del derecho de defensa o de irregularidades que perjudiquen gravemente el éxito de las investigaciones (la posibilidad de prueba prohibida) comunicará sus impresiones al fiscal encargado para que corrija en un plazo no mayor de 24 informando al juez de las acciones adoptadas. Si no lo hace el juez pondrá en conocimiento al fiscal Superior competente, para que proceda con arreglo a sus atribuciones.

- Disponer de oficio o a pedido del detenido, su abogado o cualquier familiar el inmediato reconocimiento médico legal de aquel, en el término de la distancia, siempre y cuando el fiscal no lo hubiera ordenado para verificar si se encuentra en buen estado de salud.

- Autorizar el traslado del detenido de un lugar a otro de la República, para fines de investigación dentro del plazo de convalidación (art. 2e).

Vencido el plazo de convalidación, el fiscal puede presentar la denuncia ante el juez como disponer la libertad del detenido. Esto último tiene sentido toda vez que si no hay evidencias, o *fumus comissi delicti* no tiene sentido que se mantenga su detención, y peor por encima del plazo de convalidación (art. 2f).

El auto de convalidación puede ser apelado en el día de dictado, y el juez elevará los actuados al superior que previa vista de causa dentro de las 48 horas de recibido podrá resolver en el día o al día siguiente. Contabilizando los días tenemos que reduciendo los plazos para resolver se consumirán necesariamente

4 días, por lo que el órgano jurisdiccional tiene que adecuarse a esta necesidad de urgencia (art. 2h).

VIII. Convalidación en el NCPP

1. Presupuestos materiales

La convalidación de la detención opera en todos los delitos salvo terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas. Vencido el plazo de detención preliminar el fiscal (si considera que subsisten los motivos que determinaron la detención) pondrá al investigado ante el Juez presentando un requerimiento de convalidación. Si no va a solicitar la prórroga tendrá que disponer la inmediata libertad del detenido (art. 266.1 del NCPP).

Tiene sentido que no se consideren los delitos de TID, espionaje y terrorismo porque estos poseen un plazo de 15 días para poder realizar las investigaciones urgentes y necesarias. Vencido el plazo de 15 días el fiscal solicitará de ser el caso la medida de prisión preventiva u otra alternativa prevista en el NCPP.

Aunque en la ley de terrorismo, se estableció que el juez podía extender el plazo de detención hasta por 15 días más y se consideró que era inconstitucional porque la carta política no lo contemplaba. Suponemos que con la convalidación se tendría que decir lo mismo puesto que la Constitución expresamente no dice que se puede ampliar la detención hasta un máximo de 7 días, pero existe la disposición constitucional en el artículo 2.24. b. No se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo en los casos previstos por la ley, y esta ha permitido la convalidación.

2. Audiencia de convalidación

El mismo día del requerimiento el juez debe realizar una audiencia con asistencia del fiscal, del imputado y de su defensor, y luego de oír a las partes, teniendo a la vista las actuaciones proporcionadas por el Ministerio Público, decidirá en ese mismo acto mediante resolución motivada lo que corresponda (art. 266.2). La audiencia permite el uso de la oralidad como herramienta comunicativa y además el contradictorio porque los sujetos procesales expondrán sus fundamentos, el fiscal porque se debe prorrogar la detención y la defensa lo contrario.

El plazo es de 7 días naturales. Vencido el plazo de la prorroga el fiscal pondrá al detenido a disposición del juez quien decidirá si dicta mandato de prisión preventiva o comparecencia, simple o restrictiva. El auto es apelable en el plazo de 1 día y el recurso concedido no suspende la ejecución del auto impugnado (art. 267.1). Elevado los actuados la Sala Superior fijará vista y resolverá dentro de las 48 horas.

Consideramos que la convalidación ha venido con fuerza para desterrar una antigua práctica ilegal que hacía la policía cuando trataba de conseguir más tiempo para poder concluir una investigación con el detenido (el atestado y hoy informe policial) y que era "sembrarle" drogas para poder tener el plazo máximo que establece la Constitución para estos delitos. Si bien el plazo para convalidar es de 7 días, este debe ser regulado por el juez de acuerdo con las urgencias de la investigación fiscal, sino debe ser denegada.

Capítulo III
La prisión preventiva

I. Antecedentes

La prisión preventiva como medida cautelar es la que más problemas ha generado en la judicatura porque tiene impacto en la opinión pública y los medios de comunicación que tienen la idea que esta tiene fines sancionatorios y no instrumentales. Incluso de los precursores de la aplicación excepcional a veces cuando es un caso grave sucumben e ingresan a una "justificación ponderativa" de la aprehensión, también en la línea de fin sancionatorio.

Antes de ingresar al NCPP analizaremos como enfoca el CPPMI la prisión preventiva y cuál ha sido su influencia en nuestra legislación procesal actual.

El CPPMI establece los presupuestos básicos para que se pueda ordenar la prisión cautelar de una persona así:

> "**202. Prisión preventiva**. Se podrá ordenar la prisión, después de oído el imputado, cuando medien los siguientes requisitos:
>
> 1) La existencia de elementos de convicción suficientes para sostener, razonablemente, que el imputado es, con probabilidad, autor de un hecho punible o participe en el (procesamiento);
>
> 2) La existencia de una presunción razonable, por apreciación de las circunstancias del caso particular, acerca de que el imputado no se someterá al procedimiento (peligro de fuga) u obstaculizara la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización).
>
> No se podrá ordenar la prisión preventiva en los delitos de acción privada, en aquellos que no tengan previsto pena privativa de libertad o cuando, en el caso concreto, no se espera una pena privativa de libertad que deba ejecutarse. En estos casos, solo se aplicarán las

> medidas previstas en los incisos 3 al 7 del artículo 209[321], salvo lo dispuesto en el artículo 379.
>
> El auto que autoriza la prisión preventiva deberá fundar expresamente cada uno de los presupuestos que la motivan".

El artículo 202 del CPPMI establece como presupuesto suficiencia probatoria o suficientes elementos de vinculación que vinculen al imputado como autor o partícipe, y la presunción razonable de datos objetivos que el sujeto huirá u obstaculizará la averiguación de la verdad. Esto nos hace recordar que en la doctrina procesal se le agrega una finalidad como es asegurar la imposición de la pena, postura con la que estamos en desacuerdo, puesto que va en contra de la finalidad instrumental de las medidas cautelares, y además porque esto nos descarrila por la prisión como pena anticipada.

El CPPMI establece pautas para poder concluir si hay o no periculum en mora en sus dos variantes. Primero veamos sobre el peligro de fuga:

> "**203. Peligro de fuga**. Para decidir acerca del peligro de fuga se tendrá en cuenta, especialmente, las siguientes circunstancias:
>
> 1) Arraigo en el país, 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 pena que se espera como resultado del procedimiento;
>
> 3) La importancia del daño resarcible y la actitud que el imputado adopta, voluntariamente, frente a él;

(321) **Artículo 209. Sustitución.** Siempre que el peligro de fuga o de obstaculización para la averiguación de la verdad pueda razonablemente evitarse por aplicación de otra medida menos gravosa para el imputado, el juez o tribunal competente de oficio, preferirá imponerle a él, en lugar de la prisión, alguna de las alternativas siguientes:

3) La obligación de presentarse periódicamente ante el tribunal o la autoridad que él designe.
4) La prohibición de salir del país, de la localidad, en la cual reside o del ámbito territorial que fije el tribunal, sin autorización.
5) La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o de visitar ciertos lugares.
6) La prohibición de comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afecte el derecho de defensa.
7) La prestación de una caución económica adecuada, por el propio imputado o por otra persona, mediante depósito de dinero, valores, constitución de prenda o hipoteca, embargo o entrega de bienes, o la fianza de una o más personas idóneas.

4) El comportamiento del imputado durante el procedimiento en otro procedimiento anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse a la persecución penal".

Ahora veamos sobre el peligro de obstaculización que pautas establece el CPPMI para sustentar la prisión preventiva.

"**204. Peligro de obstaculización**. Para decidir acerca del peligro de obstaculización para la averiguación de la verdad se tendrá en cuenta, especialmente, la grave sospecha de que el imputado;

1) Destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificara 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".

Un primer dato es que se pueda tener datos para poder inferir que el investigado afectara fuentes de prueba, las destruirá o modificará, o las falsificará; por ejemplo, tratar de quemar libros contables en una investigación de lavado de activos.

Un segundo supuesto es que el investigado realizará diversas acciones o influirá (lo que hay que tenerlo como una intervención directa) para que coimputados o testigos informen falsamente o se comporten en forma reticente. En el Perú vemos los casos de amenazas de testigos o presentación de testimonios falsos en delitos bastante graves como homicidios o secuestros.

Por último, en la línea de perturbación de fuentes de prueba, el investigado tiene una capacidad persuasiva para que otros puedan realizar comportamientos en contra de una investigación criminal, afectando la labor fiscal lo que también amerita aplicar la prisión preventiva como medida de aseguramiento.

La decisión de prisión preventiva la tiene el juez de instrucción, como el modelo de 1940 y también el NCPP, pues se sigue la regla de jurisdiccionalidad el que deberá estar motivado o justificado máxime si es una afectación grave de la libertad personal. Así lo establece el artículo respectivo del CPPMI.

"**205. Competencia, forma y contenido de la decisión**. El auto será dictado por el juez de la instrucción, durante el procedimiento preparatorio, o por el tribunal competente, y deberá contener:

1) Los datos personales del imputado o, si se ignoran, los que sirvan para identificarlo;

2) Una sucinta enunciación del hecho o hechos que se le atribuyen;

3) Los fundamentos;

4) El dispositivo, con cita de las disposiciones penales aplicables".

El auto debe identificar al imputado, se entiende con sus datos formales como el registro de identidad, pero hay veces que estos no lo tienen o los modifican de tal forma que la identificación física puede ser de gran ayuda para cumplir este requisito. Sobre el sujeto debe recaer una imputación un hecho o hechos en los que ha tenido una presunta conducta delictiva, el sustento de esta imputación, lo que se denomina elementos de convicción y además las disposiciones jurídicas.

El CPPMI amplía los supuestos para dictar detención preventiva en los casos en que el investigado se encuentre oculto, lo que debe entenderse como manifestación de peligro procesal en su forma de fuga.

> "**206. Orden de detención**. En los casos en que el imputado se oculte o se halle en la situación prevista en el artículo 39, el juez de la instrucción aún sin la declaración previa del imputado, podrá ordenar su detención, siempre que existan los presupuestos del artículo 202 y conforme al artículo 205; cuando el imputado compareciere, lo oirá y ordenará su prisión preventiva, si correspondiere.
>
> Si ya hubiese sido dictada la prisión preventiva, bastara remitirse a ella y expresar el motivo que provoca la necesidad actual del encarcelamiento".

También se ha previsto la detención cuando el investigado se encuentre en situación de rebeldía, instituto que es desarrollado en el artículo 39[322] del CPPMI. Una vez que es detenido conforme al artículo 207 del CPPMI tiene el derecho a ser informado acerca del hecho imputado y de la autoridad que ha dispuesto su detención, además prevé que esta comunicación debe hacerse a un pariente o a una persona de su confianza, de tal forma que conozcan cuál es la situación jurídica del aprehendido y puedan organizar su defensa.

(322) **Artículo 39. Rebeldía CPPMI.** Será declarado rebelde el imputado que, sin grave impedimento, no compareciere a una citación, o se fugare del establecimiento o lugar en donde estuviere detenido o no obedeciere a una orden de aprehensión emitida por la persona competente o se ausentare, sin licencia del Ministerio Público o del Tribunal, del lugar denunciado o asignado para rendir.

Las medidas cautelares están sujetas a revisión para agravarlas o dejarlas sin efectos, como dar por finalizada la detención preventiva bajo ciertos presupuestos que observamos a continuación:

> "**Artículo 208: Cesación del encarcelamiento**. La privación de libertad finalizará:
>
> 1) Cuando nuevos elementos de juicio demuestren que no concurren los motivos que la fundaron o tornen conveniente su sustitución por otra medida;
>
> 2) Cuando su duración supere o equivalga a la condena que se espera, considerando, incluso, la posible aplicación de reglas penales relativas a la remisión de la pena o la libertad anticipada;
>
> 3) Cuando su duración exceda de un año; pero si se hubiere dictado sentencia condenatoria, podrá durar tres meses más.
>
> El tribunal de casación, a pedido del Tribunal o del Ministerio Público, podrá autorizar que en el plazo de un año se prolongue hasta otro año más, fijando el tiempo concreto de las prórrogas. En ese caso podrá indicar las medidas necesarias para acelerar el trámite de procedimiento y quedará a su cargo el examen de la prisión.
>
> Vencido el plazo del inciso 3, No se podrá ordenar una medida de coerción salvo la citación, pero, para asegurar la realización del debate, o la realización de un acto particular, para comprobar la sospecha de fuga o para impedir la obstaculización de la averiguación de la verdad, se podrá ordenar su nueva detención por un plazo que no exceda el tiempo absolutamente necesario para cumplir la finalidad de la disposición".

Un primer supuesto es cuando nuevos elementos de juicio determinen que se han modificado los pilares que sustentaron la prisión. Esto va a favor del detenido y permite que cese su encarcelamiento o se sustituya la medida de aseguramiento por otra menos grave.

Como segundo aspecto tenemos la temporalidad de la medida pues si esta supera el tiempo de la probable condena puede dejarse sin efecto; y uno tercero cuando supere el año, y si se dictó sentencia se debe computar tres meses más.

También la norma prevé la posibilidad que vencido el año se prorrogue un año más la detención por tribunal competente. Si se venció el plazo del inciso

3 que sería de 15 meses, se dejara en libertad al sentenciado y solo se fijara una comparecencia, es decir quedara bajo citación. Sin embargo, si obstaculiza el debate, o intenta fugar nuevamente, se le puede imponer la medida de prisión preventiva.

La prisión preventiva, que consideramos como una medida excepcional, puede ser sustituida por otra menos grave con la que se cumpla la finalidad de la limitación de derechos, que el proceso judicial avance sin complicaciones. Las medidas con las que se puede sustituir son las siguientes:

> "**209. Sustitución**. Siempre que el peligro de fuga o de obstaculización para la averiguación de la verdad pueda razonablemente evitarse por aplicación de otra medida menos gravosa para el imputado, el juez o tribunal competente de oficio, preferirá imponerle a él, en lugar de la prisión, alguna de las alternativas siguientes:
>
> 1) Arresto domiciliario, en su propio domicilio o en custodia de otra persona, sin vigilancia alguna o con la que el tribunal disponga.
>
> 2) La obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada, quien informará periódicamente al tribunal.
>
> 3) La obligación de presentarse periódicamente ante el tribunal o la autoridad que él designe.
>
> 4) La prohibición de salir del país, de la localidad, en la cual reside o del ámbito territorial que fije el tribunal, sin autorización.
>
> 5) La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o de visitar ciertos lugares.
>
> 6) La prohibición de comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afecte el derecho de defensa.
>
> 7) La prestación de una caución económica adecuada, por el propio imputado o por otra persona, mediante depósito de dinero, valores, constitución de prenda o hipoteca, embargo o entrega de bienes, o la fianza de una o más personas idóneas.
>
> El tribunal podrá imponer una sola de estas alternativas o combinar varias de ellas, según resulte adecuado el caso, y ordenará las medidas y las comunicaciones necesarias para garantizar su cumplimiento, en ningún caso se utilizarán estas medidas desnaturalizando

su finalidad o se impondrán medidas cuyo cumplimiento fuere imposible; en especial, no se impondrá una caución económica, cuando el estado de pobreza o la carencia de medios del imputado tornen imposible la prestación de la caución.

Podrá también prescindir de toda medida de coerción, cuando la simple promesa del imputado de someterse al procedimiento baste para eliminar el peligro de fuga o de obstaculización para la averiguación de la verdad".

Como podemos verificar, este es un antecedente directo del artículo 143(323) del Código Procesal Penal de 1991 que con otros, entraron en vigencia justamente en cuanto a la prisión, prorroga, y comparecencia restringida, incluyendo el arresto domiciliario. Si se ha sustituido la prisión por una menos grave el procedimiento de ejecución y los apercibimientos son documentados así:

"**210. Acta**. Previo a la ejecución de estas medidas, se elaborará, actas, en la cual se constará:

1) La notificación al imputado;

2) La identificación de las personas que intervengan en la ejecución de la medida y la aceptación de la función o de la obligación que les ha sido asignada;

3) El domicilio real que denuncien todos ellos, indicación de las circunstancias que pudieran imponerle la ausencia de él por más de un día;

(323) **Artículo 143**.- Mandato de comparecencia.- Se dictará mandato de comparecencia cuando no corresponda la medida de detención. También podrá imponerse comparecencia con la restricción prevista en el inciso 1), tratándose de imputados mayores de 65 años que adolezcan de una enfermedad grave o de incapacidad física, siempre que el peligro de fuga o de perturbación de la actividad probatoria pueda evitarse razonablemente.

El juez podrá imponer algunas de las alternativas siguientes: 1. La detención domiciliaria del inculpado, en su propio domicilio o en custodia de otra persona, de la autoridad policial o sin ella, impartiéndose las órdenes necesarias. 2. La obligación de someterse al cuidado y vigilancia de una persona o institución determinada, quien informará periódicamente en los plazos designados. 3. 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. 4. La prohibición de comunicarse con personas determinadas o con la víctima, siempre que ello no afecte el derecho de defensa. 5. La prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellas personas que determine el juez. 6. La prestación de una caución económica, si las posibilidades del imputado lo permiten (también se prevé el impedimento de salida del país).

4) La constitución de un domicilio especial para recibir notificaciones, dentro del radio del tribunal;

5) La promesa formal del imputado de presentarse a las citaciones que sean practicadas.

En el acta de la institución a todos sobre las consecuencias de la incomparecencia del imputado".

Como puede verse aparte de la notificación del investigado y de las personas que contribuirán en la ejecución de la medida sustituta, con sus domicilios reales y también en el radio urbano, hay una declaración formal de presentarse ante la autoridad competente las veces que sea llamado, y además y esto es importante para evitar reclamo posterior, las consecuencias ante el incumplimiento de las obligaciones a las que se ha sometido a cambio de variar su situación de detención.

Otro aspecto que nos parece importante y ha sido recogida en la legislación procesal peruana es sobre la caución o fianza. El CPPMI dice lo siguiente sobre esta garantía:

"**211. Cauciones**. El tribunal, cuando corresponda, fijará el importe y la clase de caución sobre la idoneidad del fiador, según libre apreciación de las circunstancias del caso, atendiendo siempre a la finalidad establecida en el artículo 209. A pedido del tribunal, el fiador justificará su solvencia.

Cuando la caución prestada por otra persona, ella asumirá solidariamente con el imputado la obligación de pagar, sin beneficio de exclusión, la suma que el tribunal haya fijado.

El imputado y el fiador podrán sustituir la caución por otra equivalente, previa autorización del tribunal".

La caución tiene la naturaleza de garantía real que viene aparejada a una medida cautelar y que puede ser ejecutada a favor del Estado en caso de incumplimiento siempre atendiendo a la finalidad del artículo 209 del CPPMI la aplicación de una medida menos gravosa que la detención que se otorga siempre que el peligro de fuga o de obstaculización para la averiguación de la verdad pueda razonablemente evitarse. La fijación de una caución es una forma de desincentivar el peligro porque el investigado puede perder el bien que ha dejado en garantía. El siguiente artículo establece los supuestos para que se ejecute la caución y sus presupuestos.

> "**212. Ejecución de las cauciones**. En los casos del artículo 39 o cuando el imputado de sustrajere a la ejecución de la pena, se fijará un plazo no menor de cinco días para que comparezca o cumpla la condena impuesta. De ello se notificará el imputado y al fiador, advirtiéndoles que, si aquel no comparece, o no cumple la condena impuesta, o no justifica estar impedido por fuerzo mayor, la caución se ejecutará el término de plazo.
>
> Vencido el plazo, el tribunal dispondrá, según el caso, la venta de los bienes que integran la caución por intermedio de una institución bancaria oficial o el embargo y ejecución inmediata, por la misma vía, de los bienes del fiador.
>
> La suma líquida de la caución será transferida a la institución de ayuda pos penitenciaria local".

En principio la pérdida de la caución se da cuando el procesado no acude a los llamados y se convierte en rebelde conforme lo dispuesto por el artículo 39[(324)] o se sustrae a la ejecución de pena, se entiende de prisión. Se le otorga un plazo notificándose a él y a su fiador si existiese. Si no se pone a derecho se dispondrá la venta de los bienes, o el dinero; además de las acciones sobre los bienes del fiador. Lo obtenido se entrega a la autoridad penitenciaria. Puede darse el caso inverso, es decir que se devuelva la caución al afectado, lo que se realizara si se cumple lo establecido en el artículo 213 del CPPMI.

> "**213. Cancelación**. La caución será cancelada y devueltos los bienes afectados a la garantía, siempre que no hubieren sido ejecutados con anterioridad:
>
> 1) Cuando el imputado fuere constituido en prisión.
>
> 2) Cuando se revoque la decisión de constituir cauciones, sean o no reemplazadas por otra medida.
>
> 3) Cuando, por sentencia firme, se absuelva o se sobresea al imputado.
>
> 4) Cuando comience la ejecución de la pena de libertad o ella no deba ejecutarse.
>
> 5) Con el pago íntegro de la multa".

(324) **Artículo 39 del CPPMI primer párrafo: Rebeldía.** Será declarado rebelde el imputado que, sin grave impedimento, no compareciere a una citación, o se fugare del establecimiento o lugar en donde estuviere detenido o no obedeciere a una orden de aprehensión emitida por la persona competente o se ausentare, sin licencia del ministerio público o del tribunal, del lugar denunciado o asignado para rendir.

Si la caución fue para garantizar la medida menos restrictiva y se decide revocar la misma y disponer detención la caución deberá ser devuelta. Se entiende que esto es fuera de la ejecución de caución con apercibimiento previo. Cuando el tribunal de alzada o el mismo juez que la dicto estiman que se puede cancelar por otra. Si el acusado es absuelto o se sobresee la causa tiene derecho a que se le devuelva la caución. Si es que hay ejecución de pena pero en libertad o esta pena no debe ejecutarse (Pena privativa de libertad suspendida por reglas de conducta) y si se impuso una pena pecuniaria como la multa, que ha sido cancelada. En este último supuesto estimamos que la norma permite que la caución ya no sea garantía para la medida cautelar distinta a la prisión preventiva si no para garantizar la ejecución de la pena pecuniaria.

II. Aspectos doctrinales

Claus Roxin quien tiene no solo trabajos de dogmática penal sino procesal estima que la finalidad de la prisión preventiva es asegurar el proceso de conocimiento o la ejecución de la pena. Y que sirve a tres objetivos: 1) asegurar la presencia del imputado en el procedimiento penal, 2) garantizar una investigación de los hechos en forma debida por la fiscalía y 3) asegurar la ejecución de la pena(325).

Desde nuestro particular punto de vista y de una óptica instrumental estimamos que la finalidad se concentra en que el procesado se sujete al procedimiento, ya que no hay juicio en ausencia y se garantice a la fiscalía como representante de la sociedad en la investigación del delito. Poner la ejecución de la pena por delante de estos dos nos pueden conllevar justamente a que se conceptúe la prisión preventiva como una pena adelantada.

En la doctrina española Ascencio Mellado dice que la prisión preventiva constituye 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 imponerse. No puede asignarse a esta medida una naturaleza tal que la haga devenir en una medida de seguridad o, incluso, en una pena anticipada(326). Ascencio hace referencia al aseguramiento del desarrollo del proceso penal y también el cumplimiento de la pena futura, es decir, una perspectiva procesal y una sustantiva, de esta

(325) ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. P. Traducción de la 25ª edición alemana por Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor. Revisada por Julio B.J. Maier. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 257.
(326) ASCENCIO MELLADO, José María. "La regulación preventiva en el Código Procesal Penal del Perú". En el libro: *El nuevo proceso penal*. Estudios Fundamentales. Palestra, Lima, 2005, p. 493.

última consideramos que no debe dársele la relevancia, sino a los fines de aseguramiento. Cuando se indica que no puede devenir en una pena anticipada lo que sería violatoria de la presunción de inocencia, creemos que es debido a que esta medida está limitada por reglas de legalidad, proporcionalidad, provisionalidad, temporalidad y variabilidad, de tal forma que aun en esta situación de restricción el detenido tenga garantías.

En la doctrina nacional, Peña Cabrera dice que la prisión preventiva no puede perseguir objetivos del Derecho Penal material sino únicamente fines de aseguramiento y de la ejecución(327). De lo que se trata es distinguir las medidas de cautela separando las de aseguramiento de las fuentes de prueba y del proceso, dejando definida la condena la función de aseguramiento de la ejecución. Un poco complicado porque se cambia la forma de concebir la medida cautelar de prisión preventiva.

III. En el Derecho comparado

1. En el Derecho colombiano

La legislación procesal penal también está vinculada a la política criminal estatal y Colombia no es la excepción. Un país atacado por el narcotráfico y el terrorismo ha tenido que endurecerla de tal forma que responda a su propia realidad. Esto lo afirmamos porque en el modelo colombiano por ley se le ha extendido a la Fiscalía facultades coercitivas por encima de la regla de jurisdiccionalidad, tan cara al derecho procesal. A pesar de que se le reconoce al bien jurídico libertad de una relevancia constitucional como lo que sigue:

> "**Artículo 295. Afirmación de la libertad**. Las disposiciones de este código que autorizan preventivamente la privación o restricción de la libertad del imputado tienen carácter excepcional; solo podrán ser interpretadas restrictivamente y su aplicación debe ser necesaria, adecuada, proporcional y razonable frente a los contenidos constitucionales".

Apreciamos que el legislador colombiano, dentro de un amplio reconocimiento de la libertad personal, estima que la restricción de este derecho fundamental es de carácter excepcional, aunque le agrega otra justificación que es de la protección de la comunidad, esto es lo que se conoce como evitar

(327) PEÑA CABRERA, Alonso. *La prisión preventiva en el marco de la política criminal de "seguridad ciudadana". Presupuestos para la aplicación conforme a la Ley N° 30076. Las medidas cautelares en el proceso penal*. Gaceta Jurídica. Lima, 2013, p. 13.

reiteración delictiva, lo que estaría operando en una conducta futura. Lo razonable nos parece cuando se trata de tutelar a las víctimas ante la eventualidad que el investigado actúe contra ellas, entonces esto tiene sindéresis con la perturbación de fuentes de prueba.

> "**Artículo 296**. Finalidad de la restricción de la libertad. La libertad personal podrá ser afectada dentro de la actuación cuando sea necesaria para evitar la obstrucción de la justicia, o para asegurar la comparecencia del imputado al proceso, la protección de la comunidad y de las víctimas, o para el cumplimiento de la pena".

Las exigencias y requisitos formales para el requerimiento de prisión preventiva se encuentran reguladas en el artículo 297 que a la letra dice:

> "**Artículo 297**. Requisitos generales. Para la captura se requerirá orden escrita proferida por un juez de control de garantías con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley.
>
> El fiscal que dirija la investigación solicitará la orden al juez correspondiente, acompañado de la policía judicial que presentará los elementos materiales probatorios, evidencia física o la información pertinente, en la cual se fundamentará la medida. El juez de control de garantías podrá interrogar directamente a los testigos, peritos y funcionarios de la policía judicial y, luego de escuchar los argumentos del fiscal, decidirá de plano.
>
> Capturada la persona será puesta a disposición de un juez de control de garantías en el plazo máximo de treinta y seis (36) horas para que efectúe la audiencia de control de legalidad, ordene la cancelación de la orden de captura y disponga lo pertinente con relación al aprehendido.
>
> Parágrafo. Salvo los casos de captura en flagrancia, o de la captura excepcional dispuesta por la Fiscalía General de la Nación, con arreglo a lo establecido en este Código, el indiciado, imputado o acusado no podrá ser privado de su libertad ni restringido en ella, sin previa orden emanada del juez de control de garantías".

El procedimiento es *inaudita altera parte*, pues el Juez de Garantías solo escuchara al fiscal, evaluará los elementos de convicción que le presente, evidencia material e incluso puede interrogar los testigos que sean parte del sustento probatorio de la solicitud, y decidirá de plano. Luego que la persona es aprehendida dentro de 36 horas el juez realizar una audiencia de control de legalidad, y se entiende que aquí si podrá escuchar al detenido, y resolverá

incluso cancelando la orden de captura. Fuera de los supuestos de flagrancia y captura excepcional dispuesta por la Fiscalía, el imputado solo puede ser detenido por orden del juez. Esta es una de las diferencias con el modelo peruano de prisión preventiva, puesto que el fiscal no tiene de por si poderes para encarcelar a un investigado.

El contenido del mandamiento judicial de detención será por escrito, y allí deberá indicarse los motivos de la captura y demás requisitos que enumera el artículo 298:

> "**Artículo 298. Contenido y vigencia**. El mandamiento escrito expedido por el juez correspondiente indicará de forma clara y sucinta los motivos de la captura, el nombre y los datos que permitan individualizar al indiciado o imputado, cuya captura se ordena, el número de radicación de la investigación adelantada por la policía judicial y el fiscal que dirige la investigación. Copia de la orden de captura reposará en el despacho del juez que la ordenó.
>
> La orden de captura tendrá una vigencia máxima de seis (6) meses, pero podrá prorrogarse tantas veces como resulte necesario, a petición del fiscal correspondiente, quien estará obligado a comunicar la prórroga al organismo de policía judicial encargado de hacerla efectiva.
>
> Parágrafo. La persona capturada durante la etapa de juzgamiento será puesta a disposición de un juez de control de garantías en el plazo máximo de treinta y seis (36) horas para que efectúe la audiencia de control de legalidad, ordene la cancelación de la orden de captura y disponga lo pertinente con relación al aprehendido".

El imputado sobre el que se ha dispuesto la captura deberá estar debidamente identificado, y la orden tiene una vigencia de seis meses como el modelo peruano, aunque aquí tenemos excepciones en los casos de tráfico de drogas y terrorismo[328], pues para estos delitos la orden es permanente. La orden

(328) Esta previsión se encuentra en el artículo 136 del Código Procesal Penal de 1991 que entró en vigencia parcialmente, aplicándose al Código de Procedimientos Penales de 1940 y dice: "El mandato de detención será motivado, con expresión de los fundamentos de hecho y de derecho que los sustenten. El oficio mediante el cual se dispone la ejecución de la detención deberá contener los datos de identidad personal del requerido. 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 narcotráfico y terrorismo no caducarán hasta la detención y juzgamiento de los requisitoriados". (Modificado por el Decreto Ley Nº 25660, publicado el 13/08/1992).

puede prorrogarse una vez vencido los seis meses a petición de la fiscalía, en el modelo peruano el juez de instrucción realiza la prorroga sin petición fiscal. Cuando la persona es aprehendida se realizará una audiencia de legalidad por el juez dentro de las 36 horas, y este procedimiento no está previsto salvo en los casos de detención preliminar. En prisión preventiva la audiencia solo tiene sentido cuando se realiza el reexamen de la medida cautelar.

En la ejecución de la orden de detención, el Código Procesal Penal de Colombia, según el artículo 299, dispone que una vez que el juez dicte la orden el funcionario judicial la enviará inmediatamente a la Fiscalía General de la Nación para que disponga el organismo de la policía que será el encargado de realizar la detención, y se registre en el sistema de información que se lleve para el efecto. Algo así como el sistema de requisitorias de la PNP peruana. Además este sistema deberá llevar a cabo el control de vigencia para comunicarse a la autoridad competente, y en este caso sería el Ministerio Público, pues en el modelo colombiano se ha previsto que la renovación de las órdenes sea a petición del fiscal.

Facultad de captura de la Fiscalía colombiana

Como hemos dicho, la Fiscalía de Colombia, en un plano excepcional, tiene facultades para detener a un investigado. En el modelo peruano esto no existe y la pregunta es si podría extenderse esta facultad al fiscal. Si es en una situación excepcional estimamos que sí sería posible darle la restricción de libertad al fiscal, pero con un inmediato control judicial cuando sea posible. Esta situación sui géneris está regulada por el siguiente artículo del Código Procesal Penal de Colombia.

> "**Artículo 300**. Captura sin orden judicial. En los eventos en que proceda la detención preventiva, el Fiscal General de la Nación o su delegado podrá proferir excepcionalmente órdenes de captura cuando en desarrollo de la investigación tenga motivos fundados para inferir que determinada persona ha participado en la conducta investigada, no sea posible obtener inmediatamente orden judicial, y concurra al menos una de las siguientes causales:
>
> 1. Cuando exista riesgo de que la persona evada la acción de la justicia.
>
> 2. Cuando represente peligro para la comunidad u obstruya la investigación.

> En estos casos, el capturado será puesto a disposición del juez de control de garantías inmediatamente a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas, para que en audiencia resuelva lo pertinente".

En principio observamos que no cualquier fiscal da la orden, sino la máxima autoridad que sería el Fiscal General, equivalente al Fiscal de la Nación, y se sustenta cuando se tenga motivos para concluir que el investigado ha participado en un ilícito, no sea posible obtener inmediatamente una orden judicial y se dé copulativamente con riesgo de fuga, peligro a la comunidad o perturbe las fuentes de prueba.

Tanto el sistema procesal colombiano como peruano está pasando por un proceso de reforma por lo que en las ciudades más importantes operan los jueces de garantía o investigación preparatoria con turnos las 24 horas del día por lo que en este caso estando el juez a disposición del fiscal para examinar el requerimiento fiscal es imposible otorgarle esta facultad excepcional al Ministerio Público. La situación hipotética puede ser en zonas alejadas, la selva por ejemplo donde si bien hay órganos jurisdiccionales, el acceso para tramitar una petición de prisión del Ministerio Público podría llegar muy tarde por dificultades geográficas, y la demora podría ser aprovechada por el investigado para huir o afectar las fuentes de prueba.

2. Prisión preventiva en Costa Rica

El Código Procesal Penal de Costa Rica tiene una línea de supuestos para imponer la medida cautelar de aprehensión, pero también algunas diferencias que, desde nuestra óptica, podrían ser violatorias de derechos fundamentales. Los requisitos se configuran de la siguiente forma:

> "**Artículo 237. Detención**
>
> El Ministerio Público podrá ordenar que una persona sea detenida, cuando:
>
> a) Sea necesaria la presencia del imputado y existan indicios comprobados para sostener, razonablemente, que es autor de un delito o partícipe en él, y que puede ocultarse, fugarse o ausentarse del lugar.
>
> b) En el primer momento de la investigación sea imposible individualizar a los imputados y a los testigos y deba procederse con urgencia para no perjudicar la investigación, a fin de evitar que

los presentes se alejen del lugar, se comuniquen entre sí y que se modifique el estado de las cosas y de los lugares.

c) Para la investigación de un delito, sea necesaria la concurrencia de cualquier persona.

La detención no podrá superar las veinticuatro horas. Si el Ministerio Público estima que la persona debe quedar detenida por más tiempo, la pondrá inmediatamente a la orden del tribunal del procedimiento preparatorio y le solicitará ordenar la prisión preventiva o aplicar cualquier otra medida sustitutiva. En caso contrario, ordenará su libertad".

La diferencia es que el Fiscal de por sí tiene facultades para poder detener a una persona, debiendo justificar esta decisión con base en *fumus comissi delicti* basado en elementos o datos objetivo que lo vinculen con un hecho delictivo, y periculum in mora como riesgo de fuga.

El otro fuera de elementos de juicio que vinculen a personas con hechos delictivos es la imposibilidad de individualizarlos y separarlos de los testigos. Es decir aquí la medida es más lata y podría devenir en arbitraria. Es decir es una detención para fines de individualización, se alejen del lugar y modifiquen la escena criminal. Entonces una persona absolutamente inocente como lo sería un testigo podría ser detenido arbitrariamente, algo inadmisible en el caso peruano.

Si precisar la necesidad o urgencia le da facultad al fiscal para detener a una persona, y fija un plazo de 24 horas. Pasado el plazo y si requiere mayor tiempo, solicitará al juez que dicte prisión preventiva u otro que la sustituya. Si no realiza el requerimiento tiene que dejarla en libertad.

El trámite del requerimiento fiscal de prisión preventiva se encuentra regulado como sigue:

"**Artículo 238. Aplicación de la prisión preventiva**(329)

La prisión preventiva solo podrá ser acordada conforme a las disposiciones de este Código, mediante resolución judicial fundada, en los límites indispensables para asegurar el descubrimiento de la verdad y la actuación de la Ley. Cuando el Ministerio Público estime que procede la prisión preventiva, solicitará al juez correspondiente que

(329) Modificado por el artículo 16 de la Ley N° 8720 del 4 de marzo de 2009, publicada en *La Gaceta* N° 77 del 22 de abril de 2009.

convoque a una audiencia oral, en la que se discutirá sobre la procedencia o no de esa medida. Si la persona se encontrare detenida, la solicitud de audiencia deberá pedirse dentro de las veinticuatro horas, contadas desde que el encausado se puso a la orden del juez; la audiencia deberá celebrarse dentro de las cuarenta y ocho horas y la resolución deberá ser dictada dentro de ese plazo.

Corresponde al Ministerio Público y la defensa del imputado, aportar la prueba en la que fundamente sus peticiones.

Terminada la audiencia, el juez resolverá sobre lo solicitado. Si contare con medios de grabación, el respaldo de ellos será suficiente para acreditar la existencia de la celebración de la audiencia y de lo resuelto.

Se ejecutará del modo que perjudique lo menos posible a los afectados. La privación de libertad, durante el procedimiento, deberá ser proporcional a la pena que pueda imponerse en el caso".

La determinación si se dicta prisión o no se realiza aplicando la oralidad en audiencia tal como se hace en el NCPP, que permite que el juez tenga en directo las argumentaciones de las partes y los elementos de convicción para decidir objetivamente. El juez dictará la prisión si estima que concurra lo siguiente:

"**Artículo 239. Procedencia de la prisión preventiva**

El tribunal ordenará la prisión preventiva del imputado, siempre que concurran las siguientes circunstancias:

a) Existan elementos de convicción suficientes para sostener, razonablemente, que el imputado es, con probabilidad, autor de un hecho punible o partícipe en él.

b) Exista una presunción razonable, por apreciación de las circunstancias del caso particular, acerca de que aquel no se someterá al procedimiento (peligro de fuga); obstaculizará la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización); o continuará la actividad delictiva.

c) El delito que se le atribuya esté reprimido con pena privativa de libertad.

d) Exista peligro para la víctima, la persona denunciante o el testigo. Cuando la víctima se encuentre en situación de riesgo, el juez tomará en cuenta la necesidad de ordenar esta medida, especialmente en

el marco de la investigación de delitos atribuibles a una persona con quien la víctima mantenga o haya mantenido una relación de matrimonio, en unión de hecho declarada o no"[330].

También hay una especie de prisión preventiva reforzada basada en delitos graves como violaciones sexuales, tráfico de drogas, robos, y situación de reincidencia o crimen organizado.

"**Artículo 239 bis. Otras causales de prisión preventiva**

Previa valoración y resolución fundada, el tribunal también podrá ordenar la prisión preventiva del imputado, cuando se produzca cualquiera de las siguientes causales, el delito esté sancionado con pena de prisión y se cumpla el presupuesto establecido en el artículo 37 de la Constitución Política:

a) Cuando haya flagrancia en delitos contra la vida, delitos sexuales y delitos contra la propiedad en los que medie violencia contra las personas o fuerza sobre las cosas, y en delitos relacionados con estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, legitimación de capitales y actividades conexas.

b) El hecho punible sea realizado presumiblemente por quien haya sido sometido al menos en dos ocasiones, a procesos penales en los que medie violencia contra las personas o fuerza sobre las cosas, en los cuales se hayan formulado acusación y solicitud de apertura a juicio por parte del Ministerio Público, aunque estos no se encuentren concluidos.

c) Cuando se trate de personas reincidentes en la comisión de hechos delictivos en los que medie violencia contra las personas o fuerza sobre las cosas.

d) Se trate de delincuencia organizada".

El sistema costarricense establece criterios valorativos para determinar si hay peligro de fuga y peligro de obstaculización, algunos de los cuales se han reflejado en la legislación nacional.

(330) Adicionado el inciso d) del artículo 239 por el artículo 45 de la Ley N° 8589 de 25 de abril de 2007, publicada en *La Gaceta* N° 103 del 30 de mayo de 2007.

"**Artículo 240.- Peligro de fuga**

Para decidir acerca del peligro de fuga se tendrán en cuenta, especialmente, las siguientes circunstancias:

a) Arraigo en el país, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia, de sus negocios o trabajo y las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto. La falsedad, la falta de información o de actualización del domicilio del imputado constituirá presunción de fuga.

b) La pena que podría llegarse a imponer en el caso.

c) La magnitud del daño causado.

d) El comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro proceso anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse a la persecución penal.

Artículo 241.- Peligro de obstaculización

Para decidir acerca del peligro de obstaculización para averiguar la verdad se tendrá en cuenta, especialmente, la grave sospecha de que el imputado:

a) Destruirá, modificará, ocultará o falsificará elementos de prueba.

b) Influirá para que coimputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente, o inducirá a otros a realizar tales comportamientos.

El motivo solo podrá fundar la prisión hasta la conclusión del debate".

La decisión de ordenar una prisión se plasmará en un auto que deberá estar debidamente justificado y deberá contener lo siguiente:

"**Artículo 243. Resolución que acuerda la prisión preventiva**

La prisión preventiva solo podrá decretarse por resolución debidamente fundamentada, en la cual se expresen cada uno de los presupuestos que la motivan. El auto deberá contener:

a) Los datos personales del imputado o los que sirvan para identificarlo.

b) Una sucinta enunciación del hecho o hechos que se le atribuyen.

c) La indicación de las razones por las cuales el tribunal estima que los presupuestos que motivan la medida concurren en el caso.

d) La cita de las disposiciones penales aplicables.

e) La fecha en que vence el plazo máximo de privación de libertad".

3. En el sistema procesal penal chileno

La prisión tiene un tratamiento excepcional que se constata en la regla establecida en el siguiente artículo:

> "Artículo 139.- Procedencia de la prisión preventiva. Toda persona tiene derecho a la libertad personal y a la seguridad individual.
>
> La prisión preventiva procederá cuando las demás medidas cautelares personales fueren estimadas por el juez como insuficientes para asegurar las finalidades del procedimiento, la seguridad del ofendido o de la sociedad".

Es decir, se aplica si es que otras medidas cautelares ni puede garantizar que el imputado estará sometido al proceso. El juez podrá dictar la prisión si se da los supuestos de suficiencia probatoria y riesgo procesal.

> "Artículo 140.- Requisitos para ordenar la prisión preventiva. Una vez formalizada la investigación, el tribunal, a petición del Ministerio Público o del querellante, podrá decretar la prisión preventiva del imputado siempre que el solicitante acreditare que se cumplen los siguientes requisitos:
>
> a) Que existen antecedentes que justificaren la existencia del delito que se investigare;
>
> b) Que existen antecedentes que permitieren presumir fundadamente que el imputado ha tenido participación en el delito como autor, cómplice o encubridor, y
>
> c) Que existen antecedentes calificados que permitieren al tribunal considerar que la prisión preventiva es indispensable para el éxito de diligencias precisas y determinadas de la investigación, o que la libertad del imputado es peligrosa para la seguridad de la sociedad o del ofendido, o que existe peligro de que el imputado se dé a la fuga, conforme a las disposiciones de los incisos siguientes.

> Se entenderá especialmente que la prisión preventiva es indispensable para el éxito de la investigación cuando existiere sospecha grave y fundada de que el imputado pudiere obstaculizar la investigación mediante la destrucción, modificación, ocultación o falsificación de elementos de prueba; o cuando pudiere inducir a coimputados, testigos, peritos o terceros para que informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente.
>
> Para estimar si la libertad del imputado resulta o no peligrosa para la seguridad de la sociedad, el tribunal deberá considerar especialmente alguna de las siguientes circunstancias: la gravedad de la pena asignada al delito; el número de delitos que se le imputare y el carácter de los mismos; la existencia de procesos pendientes, y el hecho de haber actuado en grupo o pandilla.
>
> Se entenderá especialmente que la libertad del imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad, cuando los delitos imputados tengan asignada pena de crimen en la ley que los consagra; cuando el imputado hubiere sido condenado con anterioridad por delito al que la ley señale igual o mayor pena, sea que la hubiere cumplido efectivamente o no; cuando se encontrare sujeto a alguna medida cautelar personal, en libertad condicional o gozando de alguno de los beneficios alternativos a la ejecución de las pena privativas o restrictivas de libertad contemplados en la ley.
>
> Se entenderá que la seguridad del ofendido se encuentra en peligro por la libertad del imputado cuando existieren antecedentes calificados que permitieren presumir que este realizará atentados en contra de aquel, o en contra de su familia o de sus bienes".

En el sistema chileno se justifica la prisión también en el peligro hacia la sociedad, pues estiman que estando en libertad va a provocar actos en contra de bienes jurídicos colectivos. También evalúan su comportamiento anterior como procesado, o reincidente, o en caso de perturbación de fuentes de prueba, que el imputado destruirá, modificará estas. La seguridad del ofendido es parte del supuesto para dictar la medida cautelar. Vemos que en el sistema chileno hay elementos internos propios originados por el delito para dictar la prisión, sumado a elementos extraprocesales como la alarma a la sociedad. Es de señalar que este supuesto también es seguido en el derecho argentino que considera como uno de los supuestos para la prisión preventiva. El artículo 284 de CPP de la provincia de la Pampa declara que podrá denegarse la excarcelación: "(…) cuando se trate de delitos cometidos: 1.- Por pluralidad de intervinientes

y en forma organizada. 2.- Valiéndose de la intervención o participación de uno o más menores de dieciocho (18) años de edad. 3.- **Cuando la naturaleza del hecho delictivo apareje alarma o peligro social**; y 4.- Cuando el hecho se haya cometido en relación a bienes que se encuentren en situación de desprotección o impedido de la vigilancia activa de su propietario y/o guardador y/o cuidador (…)". Frente a esto sin embargo se señala en la doctrina que en otras provincias argentinas, ya han avanzado hacia modelos de regulación en un "paradigma cautelar", asumiendo que la medida solo puede legitimarse en tanto ella sirva a los fines de preservar el objeto del proceso penal. Por tanto, la única posibilidad de dictarla es a partir de la constatación en el caso concreto de "riesgos para el proceso", para la investigación o bien para la "realización de la pretensión punitiva". En estas legislaciones se requiere la acreditación del "supuesto material" a partir de los elementos colectados en la investigación que permitan "sostener su probable autoría o participación punible en el hecho investigado", que la pena a cumplir sea de cumplimiento efectivo y que las circunstancias del caso hagan presumir peligro de fuga o entorpecimiento de la investigación(331).

Retomando el modelo chileno, siendo la prisión una medida excepcional, frente a un requerimiento del Ministerio Público el o de particular el juez puede rechazar la petición:

> "Artículo 141. Improcedencia de la prisión preventiva. No se podrá ordenar la prisión preventiva:
>
> a) Cuando el delito imputado estuviere sancionado únicamente con penas pecuniarias o privativas de derechos;
>
> b) Cuando se tratare de delitos de acción privada, y
>
> c) Cuando el imputado se encontrare cumpliendo efectivamente una pena privativa de libertad. Si por cualquier motivo fuere a cesar el cumplimiento efectivo de la pena y el fiscal o el querellante estimaren necesaria la prisión preventiva o alguna de las medidas previstas en el Párrafo 6º, podrá solicitarlas anticipadamente, de conformidad a las disposiciones de este Párrafo, a fin de que, si el tribunal acogiere la solicitud, la medida se aplique al imputado en cuanto cese el cumplimiento efectivo de la pena, sin solución de continuidad.

(331) SCHIAPPA PIETRA, Luis A. *Prisión Preventiva y Reforma Procesal Penal en América Latina: Evaluación y Perspectivas* (volumen 2). Santiago de Chile, 2011, p. 37.

> Podrá en todo caso decretarse la prisión preventiva en los eventos previstos en el inciso anterior, cuando el imputado hubiere incumplido alguna de las medidas cautelares previstas en el Párrafo 6° de este Título o cuando el tribunal considerare que el imputado pudiere incumplir con su obligación de permanecer en el lugar del juicio hasta su término y presentarse a los actos del procedimiento como a la ejecución de la sentencia, inmediatamente que fuere requerido o citado de conformidad a los artículos 33 y 123. Se decretará también la prisión preventiva del imputado que no asistiere a la audiencia del juicio oral, resolución que se dictará en la misma audiencia, a petición del fiscal o del querellante".

La petición de prisión preventiva podrá hacerse verbalmente en la audiencia de formalización de la investigación, en la audiencia de preparación del juicio oral o en la audiencia del juicio oral (art. 142). También en cualquier etapa de la investigación preparatoria, respecto del imputado contra quien se hubiere formalizado. Si fuese asi el juez fijará una audiencia para la resolución de la solicitud, citando a ella al imputado, su defensor y a los demás intervinientes. En el sistema chileno se estima que la presencia del imputado y su defensor constituyen un requisito de validez de la audiencia en que se resolviere la solicitud de prisión preventiva. En el sistema peruano se ha relativizado la presencia del imputado que fue citado pero no asiste, pudiendo llevarse a cabo con el abogado defensor.

Una vez expuestos los fundamentos de la solicitud de prisión por quien la hubiere presentado, el tribunal oirá al defensor, a los demás intervinientes si estuvieren presentes y quisieren hacer uso de la palabra y al imputado. Concluida la audiencia se el tribunal se pronunciará sobre la prisión preventiva por medio de una resolución fundada, en la cual expresará claramente los antecedentes calificados que justificaren la decisión(332) (art. 143). La decisión es impugnable si fue dictada en audiencia (art. 149). No será obstáculo para el recurso si el juez hubiese decretado medidas distintas establecidas en el artículo 155 que son:

(332) Artículo 154.- Orden Judicial. Toda orden de prisión preventiva o de detención será expedida por escrito por el tribunal y contendrá:

a) El nombre y apellidos de la persona que debiere ser detenida o aprehendida o, en su defecto, las circunstancias que la individualizaren o determinaren;

b) El motivo de la prisión o detención, y

c) La indicación de ser conducido de inmediato ante el tribunal, al establecimiento penitenciario o lugar público de prisión o detención que determinará, o de permanecer en su residencia, según correspondiere.

"**Artículo 155**.- Enumeración y aplicación de otras medidas cautelares personales. Para garantizar el éxito de las diligencias de investigación o la seguridad de la sociedad, proteger al ofendido o asegurar la comparecencia del imputado a las actuaciones del procedimiento o ejecución de la sentencia, después de formalizada la investigación el tribunal, a petición del fiscal, del querellante o la víctima, podrá imponer al imputado una o más de las siguientes medidas:

a) La privación de libertad, total o parcial, en su casa o en la que el propio imputado señalare, si aquella se encontrare fuera de la ciudad asiento del tribunal;

b) La sujeción a la vigilancia de una persona o institución determinada, las que informarán periódicamente al juez;

c) La obligación de presentarse periódicamente ante el juez o ante la autoridad que él designare;

d) La prohibición de salir del país, de la localidad en la cual residiere o del ámbito territorial que fijare el tribunal;

e) La prohibición de asistir a determinadas reuniones, recintos o espectáculos públicos, o de visitar determinados lugares;

f) La prohibición de comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afectare el derecho a defensa, y

g) La prohibición de aproximarse al ofendido o su familia y, en su caso, la obligación de abandonar el hogar que compartiere con aquel.

El tribunal podrá imponer una o más de estas medidas según resultare adecuado al caso y ordenará las actuaciones y comunicaciones necesarias para garantizar su cumplimiento".

Si se apeló la prisión preventiva y el imputado está incurso en delitos establecidos en los artículos 141, 142, 361, 362, 365 bis, 390, 391, 433, 436 y 440 del Código Penal chileno, y los que tengan pena de crimen, el imputado no podrá ser puesto en libertad mientras no se encuentre ejecutoriada la resolución que negare o revocare la prisión preventiva, siempre que el imputado no haya sido puesto a disposición del tribunal en calidad de detenido. El recurso de apelación interpuesto en audiencia, gozará de preferencia para su vista y fallo y será agregado extraordinariamente a la tabla el mismo día de su ingreso

al tribunal de alzada, o a más tardar a la del día siguiente hábil. En los casos en que no sea aplicable la regla anterior estando pendiente el recurso contra la resolución que dispone la libertad, para impedir la posible fuga del imputado la Corte de Apelaciones respectiva tendrá la facultad de decretar una orden de no innovar, desde luego y sin esperar la vista del recurso de apelación del fiscal o del querellante.

La ejecución de la prisión preventiva corre a cargo del tribunal que la dictó (art. 150). Tiene la obligación de supervisar, y conocer de las solicitudes y presentaciones realizadas con ocasión de la ejecución de la medida.

La prisión preventiva se ejecutará en establecimientos especiales, diferentes de los que se utilizaren para los condenados o, al menos, en lugares absolutamente separados de los destinados para estos últimos. Obviamente esto depende de cómo es el diseño del sistema penitenciario.

El modelo chileno dice que el imputado será tratado en todo momento como inocente y que la prisión preventiva se cumplirá de manera tal que no adquiera las características de una pena, ni provoque otras limitaciones que las necesarias para evitar la fuga y para garantizar la seguridad de los demás internos y de las personas que cumplieren funciones o por cualquier motivo se encontraren en el recinto. Esta es una declaración lírica porque si fuese absolutamente inocente la persona no debería estar en prisión, ya con esta medida está siendo tratado de forma no tan inocente.

El Tribunal deberá adoptar y disponer las medidas necesarias para la protección de la integridad física del imputado, en especial aquellas destinadas a la separación de los jóvenes y no reincidentes respecto de la población penitenciaria de mayor peligrosidad. Excepcionalmente, el tribunal podrá conceder al imputado permiso de salida durante el día o por un periodo determinado, siempre que se asegure convenientemente que no se vulnerarán los objetivos de la prisión preventiva, salvo que este incurso en los delitos establecidos en los artículos 141, 142, 361, 362, 365 bis, 390, 391, 433, 436 y 440 del Código Penal chileno, y de los sancionados con pena de crimen, el tribunal no podrá otorgar el permiso señalado sino por resolución fundada y por el tiempo estrictamente necesario para el cumplimiento de los fines del citado permiso.

Si el interno tiene otras restricciones dispuestas por la autoridad penitenciaria deberá ser inmediatamente comunicada al tribunal, con sus fundamentos. Este podrá dejarla sin efecto si la considerare ilegal o abusiva, convocando –si lo estimare necesario– a una audiencia para su examen.

La existencia de un juez de ejecución de esta medida en el caso peruano podría evitar que los internos acudan a acciones de garantías, que sería en todo caso excepcional.

La regla de temporalidad de las medidas de prisión se acogen en el sistema chile de allí que establezca los criterios para poder fijarlos y levantarlos si fuese el caso. En principio el tribunal, de oficio o a petición de cualquiera de los intervinientes, decretará la terminación de la prisión preventiva cuando no subsistieren los motivos que la hubieren justificado (art. 152). Si la duración de la prisión preventiva hubiere alcanzado la mitad de la pena privativa de libertad que se pudiere esperar en el evento de dictarse sentencia condenatoria, o de la que se hubiere impuesto existiendo recursos pendientes, el tribunal citará de oficio a una audiencia, con el fin de considerar su cesación o prolongación. En el caso peruano, si se constata este supuesto, se dispondrá la libertad del imputado.

Si se hubiese dictado absolución o sobreseimiento, el tribunal deberá poner término a la prisión preventiva aun cuando dichas resoluciones no se encontraren ejecutoriadas. Se podrá disponer algunas restricciones en libertad para asegurar la presencia del imputado, pues puede estar pendiente un recurso de apelación (art. 153).

4. España y la prisión provisional

La Ley de Enjuiciamiento Criminal establece que el juez puede decretar la prisión provisional cuando objetivamente sea necesaria y no existan otras medidas menos gravosas para el derecho a la libertad a través de las cuales puedan alcanzarse los mismos fines que con la prisión provisional (art. 502). El juez tendrá en cuenta para adoptar la prisión provisional la repercusión que esta medida pueda tener en el imputado, considerando sus circunstancias y las del hecho objeto de las actuaciones, así como la entidad de la pena que pudiera ser impuesta. No podrá decretarse si cuando de las investigaciones practicadas se infiera que el hecho no es constitutivo de delito o que el mismo se cometió concurriendo una causa de justificación. Aquí vemos que existe una valoración que incide en el elemento de la tipicidad y antijuridicidad.

Los presupuestos para la procedencia son que el delito investigado sea sancionado con pena mayor a dos años, o si el imputado tuviere antecedentes penales no cancelados ni susceptibles de cancelación derivados de condena por delito doloso (art. 503). En delitos leves no puede haber prisión preventiva similar al modelo peruano que prevé que no se puede dar prisión a una persona si el delito tiene como pena probable menor a 4 años.

En cuanto al *fumus comissi delicti*, se tiene que deben existir motivos suficientes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra quien se haya de dictar el auto de prisión. Esto se refiere a los elementos de convicción ofrecidos por la fiscalía que la persona es presunto autor o participe del hecho imputado.

En cuanto al peligro procesal en su forma de riesgo de fuga se tiene que la prisión provisional tiene como finalidad:

a) Asegurar la presencia del imputado en el proceso cuando pueda inferirse racionalmente un riesgo de fuga. Para valorar la existencia de este peligro se atenderá conjuntamente a la naturaleza del hecho, a la gravedad de la pena que pudiera imponerse al imputado, a la situación familiar, laboral y económica de este, así como a la inminencia de la celebración del juicio oral, en particular en aquellos supuestos en los que procede incoar el procedimiento para el enjuiciamiento rápido.

b) Cuando a la vista de los antecedentes que resulten de las actuaciones, hubieran sido dictadas al menos dos requisitorias para su llamamiento y busca por cualquier órgano judicial en los dos años anteriores (art. 504).

En cuanto al peligro de perturbación probatoria se configura cuando el imputado razonablemente realizar acciones para ocultar, alterar o destruir las prueba relevantes para el enjuiciamiento en los casos en que exista un peligro fundado y concreto.

No se puede acordar la prisión provisional por cuando pretenda inferirse dicho peligro únicamente del ejercicio del derecho de defensa o de falta de colaboración del imputado en el curso de la investigación. El investigado no está obligado a colaborar para que lo acusen.

La determinación de existencia del peligro de perturbación se atenderá a la capacidad del imputado para acceder por sí o a través de terceros a las fuentes de prueba o para influir sobre otros imputados, testigos o peritos o quienes pudieran serlo. Los datos a recibirse deben ser los más objetivos posibles, y no basta que se presenten suposiciones lo que conllevaría a una prisión arbitraria.

En el sistema modelo español se consideran otras razones extraprocesales como evitar que el imputado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima, o que cometa otros hechos delictivo*s,* lo que se conoce como evitación de reiteración delictiva y dentro de lo que se conoce como Derecho Penal del enemigo, que busca atacar previamente a las fuentes de peligro.

Otros elementos para valorar la existencia del riesgo son las circunstancias del hecho, así como a la gravedad de los delitos que se pudieran cometer, debiendo entenderse que la gravedad está unida a suficiencia probatoria.

Para dictar la prisión cautelar, se consideran los antecedentes del imputado y demás datos o circunstancias que aporte la Policía Judicial o resulten de las actuaciones, de los que pueda racionalmente inferirse que el imputado viene actuando concertadamente con otra u otras personas de forma organizada para la comisión de hechos delictivos o realiza sus actividades delictivas con habitualidad. La pertenencia a una organización criminal se evalúa partir de la potencialidad que tiene esta para realizar actos de perturbación probatoria.

La medida cautelar de prisión es temporal por lo que se fijan los plazos de tal forma que la afectación a la libertad personal no sea indeterminada. Estos son los plazos contemplados por la legislación procesal española:

> "**Duración**
>
> Durará el tiempo imprescindible para alcanzar cualquiera de los fines y en tanto subsistan los motivos que justificaron su adopción.
>
> Su duración no podrá exceder de un año si el delito tuviere señalada pena privativa de libertad igual o inferior a tres años, o de dos años si la pena privativa de libertad señalada para el delito fuera superior a tres años.
>
> Cuando concurrieren circunstancias que hicieran prever que la causa no podrá ser juzgada en aquellos plazos, el juez o tribunal podrá acordar mediante auto una sola prórroga de hasta dos años si el delito tuviera señalada pena privativa de libertad superior a tres años, o de hasta seis meses si el delito tuviera señalada pena igual o inferior a tres años.
>
> Si fuere condenado el imputado, la prisión provisional podrá prorrogarse hasta el límite de la mitad de la pena efectivamente impuesta en la sentencia, cuando esta hubiere sido recurrida.
>
> Para el cómputo de los plazos establecidos en este artículo, se tendrá en cuenta el tiempo que el imputado hubiere estado detenido o sometido a prisión provisional por la misma causa.
>
> Se excluirá, sin embargo, de aquel cómputo el tiempo en que la causa sufriere dilaciones no imputables a la Administración de Justicia.

Prevención

Cuando la medida de prisión provisional acordada exceda de las dos terceras partes de su duración máxima, el juez o tribunal que conozca de la causa y el ministerio fiscal comunicarán respectivamente esta circunstancia al presidente de la sala de gobierno y al fiscal-jefe del tribunal correspondiente, con la finalidad de que se adopten las medidas precisas para imprimir a las actuaciones la máxima celeridad. A estos efectos, la tramitación del procedimiento gozará de preferencia respecto de todos los demás" (art. 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

La prisión no durará más de un año si la pena probable a imponer no supera los tres años y dos años si hay prognosis que superara los tres años. Si hay causas que determinen que el proceso durará más tiempo se establece que la prorroga podrá ser de 6 meses para delitos menores a 3 y 2 años si son mayores a 3 años. No indica cuáles serían estos supuestos, como la legislación peruana que si se sustenta en la complejidad del caso, cantidad de imputados. Lo que sí es similar al caso peruano es que los actos maliciosos y dilatorios realizados por estos para impedir el avance del proceso judicial no serán computados.

Cuando hay condena y esta ha sido apelada, el plazo se corre hasta el 50 por ciento de la pena impuesta, criterio que fue tomado por el Código Procesal Penal de 1991(333). Por último establece una regla de prevención cuando la prisión preventiva ha pasado dos tercios del plazo legal, sin haberse emitido sentencia por lo que se dispone que el tratamiento sea preferente.

5. Alemania

El Código Procesal Penal alemán en los artículos 112 y 113 fija como presupuesto sospecha vehemente con respecto de la comisión del hecho punible, es decir debe darse un alto grado de probabilidad que el imputado es presunto autor del delito, y que están presente elementos de punibilidad, y perseguibilidad. Además debe existir un motivo de detención específico, como lo es el peligro de fuga o circunstancias que permitan apreciar que el imputado destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falseará medios de prueba; influirá de manera desleal con coimputados, testigos, peritos; o inducirá a otros a que lo hagan, por lo que dificultará la investigación de la verdad. Según la doctrina procesal alemana, estos peligros deben fundarse en causas determinadas y respecto

(333) Último párrafo del artículo 137 del CPP de 1991: Una vez condenado en primera instancia el inculpado, la detención se prolongará hasta la mitad de la pena impuesta, cuando esta hubiera sido recurrida.

al silencio o la negativa del imputado a colaborar no pueden ser invocados al peligro de entorpecimiento(334). Error manifiesto en algunos jueces peruanos que estiman el peligro procesal en la falta de colaboración del imputado.

En el Derecho alemán, la gravedad del hecho originalmente se limitaba a delitos de asesinato, homicidio, genocidio, delitos dolosos cometidos con sustancias explosivas, protección de agrupación terrorista. Un enfoque superficial manifiesta conllevó al peligro que bastaba la presencia de estos delitos para que se dictara prisión preventiva, por lo que tratando de interpretarlo conforme a la constitución alemana el tribunal constitucional federal alemán ha establecido que de todas formas debe evaluarse si existe periculum in mora en cuanto a la intensidad del peligro de fuga o de entorpecimiento(335). La legislación alemana contempla como otro supuesto el de "reiteración delictiva" que en 1964 fue aplicado a delitos sexuales y a partir de 1972 en los delitos que conforme a la experiencia se cometían en serie, es decir castigaba en función de probabilidades futuras, empleando factores extraprocesales para dictar prisión preventiva.

6. El arresto en el procedimiento penal de Puerto Rico. Un acercamiento al modelo anglosajón

Las Reglas de Procedimiento Criminal de Puerto Rico fueron adoptadas por el Tribunal Supremo el 5 de febrero de 1963, y sometidas a la Asamblea Legislativa al comienzo de la Tercera Sesión Ordinaria (1963) y Enmendadas por la Ley Nº 87 aprobada en 26 de junio de 1963 y que rige desde ese año. Estas reglas nos permiten acercan a un modelo acusatorio de raigambre anglosajona.

Las medidas cautelares están sometidas a la regla de jurisdiccionalidad, pues solo los jueces o magistrados, pueden limitar los derechos fundamentales de las personas. Para tal efecto en la siguiente regla se define quiénes son magistrados, así:

> "**Regla 3. MAGISTRADOS**
>
> Un magistrado es un funcionario con autoridad para dictar una orden de arresto contra una persona a quien se le imputa un delito. Son magistrados los jueces del Tribunal Supremo, los jueces del Tribunal Superior, los jueces del Tribunal de Distrito y los jueces de paz".

(334) ROXIN, Claus. Ob. cit., p. 261.
(335) Ídem.

Aquí se define la soberanía que tiene el magistrado para dictar órdenes de arresto, la misma que es definida en la siguiente regla:

> "**Regla 4**
>
> Un arresto es el acto de poner a una persona bajo custodia en los casos y del modo que la ley autoriza. Podrá hacerse por un funcionario del orden público o por una persona particular. El arresto se hará por medio de la restricción efectiva de la libertad de la persona o sometiendo a dicha persona a la custodia de un funcionario. El arrestado no habrá de estar sujeto a más restricciones que las necesarias para su arresto y detención, y tendrá derecho a que su abogado o su familiar más cercano lo visite y se comunique con él".

El arresto es poner a una persona bajo custodia en la forma que la ley autoriza, no en cualquier asunto, sino lo que está determinado por ley. Puede ser ejecutada por un funcionario o un ciudadano. Reconociendo que en el escenario de restricción de derechos el arrestado puede tener acceso a un abogado y a un familiar cercano para que lo visite y mantenga comunicación.

La forma de sustentar la petición de arresto de un imputado es plantear una denuncia, la misma que es desarrollada en cuanto a sus caracteres así:

> "**Regla 5. LA DENUNCIA**
>
> La denuncia es un escrito firmado y jurado que imputa la comisión de un delito a una o a varias personas. Cualquier persona que tuviere conocimiento personal de los hechos que constituyen el delito imputado en la denuncia tendrá capacidad para ser el denunciante. Los fiscales y los miembros de la Policía Estatal en todos los casos y otros funcionarios y empleados públicos en los casos relacionados con el desempeño de sus deberes y funciones podrán, sin embargo, firmar y jurar denuncias cuando los hechos constitutivos del delito les consten por información y creencia (Enmendada en el 1987, Nº 29, artículo 1, efectiva 60 días después de 19 de junio de 1987)".

Es por escrito teniendo la calidad de una declaración jurada en la que se imputa de la comisión de delito a una o varias personas. Cualquier persona que conozca la existencia de un delito está legitimada para ser denunciante. Esta facultad la tiene policías o fiscales cuando conozcan hechos delictivos por información a la que hayan accedido. La denuncia puede ser la base de un arresto por la regla 6.

"**Regla 6. ORDEN DE ARRESTO A BASE DE UNA DENUNCIA**

a) Expedición de la orden. Si de la denuncia jurada o de la declaración o declaraciones juradas sometidas con la denuncia o del examen bajo juramento del denunciante o sus testigos, si algunos, constare que hay causa probable para creer que se ha cometido el delito por la persona o personas contra quienes se imputa, el magistrado expedirá la orden para el arresto de dichas personas, con excepción de lo dispuesto en la Regla 7(a). La determinación de causa probable podrá estar fundada total o parcialmente en una declaración por información o creencia con suficiente garantía circunstancial de confiabilidad. Cuando hubiere más de una persona afectada, el magistrado podrá expedir una orden de arresto para cada una de ellas. El magistrado hará constar en la denuncia los nombres de las personas examinadas por él para determinar causa probable.

   El magistrado podrá también determinar causa probable para creer que se ha cometido un delito sin necesidad de que se presente ante él una denuncia cuando haya examinado bajo juramento a algún testigo o testigos que tuvieren conocimiento personal del hecho delictivo. En tales casos, el magistrado, además de la expedición de la orden de arresto o citación, deberá levantar un acta concisa y breve en la que exponga los hechos del delito por el cual determina causa probable, la fecha, hora y sitio donde se cometieron, el delito imputado y el nombre y dirección del testigo o testigos examinados por él bajo juramento para determinar causa probable.

   En esta determinación de causa probable el imputado tendrá derecho a estar asistido de abogado, a contrainterrogar a los testigos en su contra y a ofrecer prueba en su favor.

   Cualquier magistrado podrá expedir una orden de arresto contra una persona a quien se le imputa la comisión de un delito, aun cuando la sala donde actúe el magistrado no tenga competencia para la celebración del juicio contra el imputado. En tal caso, luego de expedir la orden de arresto y de cumplir con los trámites preliminares que se establecen en estas reglas, el magistrado ordenará que se transfiera el caso a la sala correspondiente para la continuación del proceso criminal.

b) Forma y requisitos de la orden de arresto. La orden de arresto se expedirá por escrito a nombre de El Pueblo de Puerto Rico bajo la firma y el título oficial del magistrado que la expidiere, dirigida

para su ejecución y diligenciamiento a uno, varios o a cualquier funcionario del orden público. Ordenará el arresto de la persona o personas a quienes se les imputare el delito y que una vez arrestadas se les conduzca sin dilación innecesaria ante un magistrado, según se dispone en la Regla 22(a). La orden deberá además, describir el delito imputado y deberá especificar el nombre de la persona o personas a ser arrestadas y, si los nombres son desconocidos, designará a dichas personas mediante la descripción más adecuada posible que las identifique con razonable certeza. La orden deberá expresar también la fecha y el sitio de su expedición y el monto de la fianza fijada por el magistrado que la expidió.

c) Si de la denuncia jurada o de la declaración o declaraciones juradas sometidas con la misma o del examen bajo juramento del denunciante o sus testigos, si algunos, el magistrado determinare la inexistencia de causa probable, no podrá presentarse denuncia o acusación de clase alguna. En tal caso o cuando la determinación de causa probable fuere por un delito inferior o distinto a aquel que el fiscal entendiere procedente, este podrá someter el asunto nuevamente con la misma o con otra prueba a un magistrado de categoría superior del Tribunal de Primera Instancia. El magistrado, una vez tenga ante sí dicha solicitud, podrá prontamente expedir u ordenar al secretario del tribunal que expida citación tanto al imputado como a los testigos de cargo anunciados, las cuales serán diligenciadas por los alguaciles del tribunal o sus delegados (Enmendada en el 1966; 1986, ley 80; 1987, ley 29; 1990, ley 26)".

La posibilidad que el arresto sea sustituido por otras medidas menos graves puede implicar que se imponga fianza o caución como una forma de aseguramiento, las que se encuentran reguladas en la regla que sigue:

"**Regla 6.1 FIANZA HASTA QUE SE DICTE SENTENCIA; CUANDO SE EXIGIRA**

Las personas arrestadas por delito no serán restringidas innecesariamente de su libertad antes de mediar fallo condenatorio.

a) En casos menos graves. En todo caso menos grave en que no hubiere derecho a juicio por jurado, a excepción de los delitos de agresión agravada en su modalidad de menos grave, privación ilegal de custodia en su modalidad menos grave, acometimiento u opresión por funcionario público, compeler a acto propio de su cargo, intrusión en la tranquilidad personal, entrada en heredad ajena, entrada ilegal,

usurpación, daños, restricción de libertad, amenazas, duelo, alteración a la paz, alarma falsa, nuevo arresto o encarcelamiento de persona excarcelada, justicia por sí mismo, perversión de menores, fuga en su modalidad de menos grave, escalamiento, posesión de herramientas para escalar, posesión ilegal de explosivos y delitos menos graves de carácter violento, tipificados en leyes especiales, no será necesaria la prestación de fianza, imposición de condiciones o una determinación de fianza diferida para permanecer en libertad provisional hasta que se dicte sentencia. Se considerarán de carácter violento, cualesquiera delitos cuya comisión envuelva el uso, intento de uso o amenaza de uso de fuerza física contra la persona o contra la propiedad. En el caso de los delitos menos graves exceptuados, el magistrado deberá imponer fianza, solo si el fiscal así lo solicita, tomando en consideración los criterios que establece la Regla 218(b). En todo caso en que motu proprio, o a solicitud del Ministerio Fiscal, el magistrado determine que existen circunstancias de orden o interés público podrá imponer condiciones de conformidad con la Regla 218(c).

El fiscal solicitará la prestación de una fianza o la imposición de condiciones de conformidad con la Regla 218 en todo caso en que la persona arrestada haya sido convicta anteriormente por cualquier delito grave, o en tres (3) delitos menos graves, o cuando se trate de un no domiciliado en Puerto Rico.

b) En casos graves o menos graves en que hubiere derecho a juicio por jurado. En todo caso grave o menos grave en que hubiere derecho a juicio por jurado, el magistrado exigirá la prestación de fianza al acusado para permanecer en libertad provisional hasta que se dicte sentencia. Disponiéndose, que en caso de todo imputado de delito que se haya sometido voluntariamente a la supervisión de la Oficina de Servicios con Antelación al Juicio, el magistrado podrá permitirle a este permanecer en libertad provisional bajo su propio reconocimiento, bajo custodia de tercero, bajo fianza diferida o bajo cualesquiera condiciones estime pertinentes imponer. El tribunal podrá imponer motu proprio, o a solicitud del Ministerio Fiscal, condiciones de conformidad con la Regla 218(c).

c) En cualquier momento en que las circunstancias lo justifiquen el magistrado o el tribunal podrá exigir la prestación de una fianza, revocar o modificar una determinación de libertad bajo propio reconocimiento o bajo custodia de tercero, revocar o modificar una

concesión de libertad bajo fianza diferida, o imponer condiciones, así como revocar o modificar condiciones previamente impuestas, de conformidad con la Regla 218(c) antes del fallo condenatorio a cualquier persona que se encontrare en libertad haya o no prestado fianza.

d) Si la persona a quien se ha dejado en libertad sin la prestación de fianza no compareciere, y se le detuviere fuera de Puerto Rico, se considerará que ha renunciado a impugnar su extradición.

e) No se admitirá fianza ni se hará una determinación de libertad bajo propio reconocimiento, libertad bajo custodia de tercero ni de fianza diferida con relación a imputados que se encuentran fuera de la jurisdicción de Puerto Rico. Tampoco se impondrán condiciones ni se admitirá fianza ni se hará determinación de libertad bajo propio reconocimiento, libertad bajo custodia de tercero ni de fianza diferida con relación a un imputado que no haya sido arrestado o comparecido ante un magistrado para ser informado del delito o los delitos por los cuales ha sido denunciado o acusado de acuerdo a los procedimientos establecidos en la Regla 22.

f) En los casos de aquellos imputados de delito que se hayan sometido voluntariamente a la supervisión de la Oficina de Servicios con Antelación al Juicio, el magistrado requerirá la evaluación, informe y recomendaciones de dicha Oficina sobre tales imputados antes de hacer una determinación sobre la fianza o hacer una determinación de fianza diferida, libertad bajo propio reconocimiento o libertad bajo custodia de tercero (Adicionada en el 1966, ley 100; 1984, ley 5; 1986, ley 39; 1989, ley 30; 1993, ley 105; 1994, ley 82; 1995, ley 230; 1995, ley 245)".

Como alternativa al arresto se puede disponer que el imputado sea citado si estima que hay elementos objetivos que va a asistir a la audiencia que sea llamado.

"**Regla 7. CITACIÓN POR UN MAGISTRADO O FUNCIONARIO DEL ORDEN PÚBLICO**

a) Citación. Se podrá expedir una citación en lugar de una orden de arresto si el magistrado ante quien se presentare la denuncia o que haya examinado a algún testigo que tenga conocimiento personal de los hechos, tuviere motivos fundados para creer que la persona va a comparecer al ser citada, o si la persona fuere una corporación. Se

podrá expedir más de una citación basada en un solo delito imputado. En aquellos casos en que un funcionario del orden público pudiere arrestar sin orden de un magistrado, dicho agente, si se tratare de un delito menos grave (*misdemeanor*), podrá citar por escrito y bajo su firma a la persona para que comparezca ante un magistrado, en vez de arrestarla. La citación informará a la persona que si no compareciere se expedirá una orden de arresto en su contra.

Cualquier magistrado podrá expedir una citación contra una persona a quien se le imputa la comisión de un delito aun cuando la sala donde actúe el magistrado no tenga competencia para la celebración del juicio contra el imputado. En tal caso, luego de expedirse la correspondiente citación y de cumplirse con los trámites preliminares que se establecen en estas reglas, el magistrado ordenará que el caso se transfiera a la sala correspondiente para la continuación del proceso criminal.

b) Procedimiento si la persona no compareciere después de citada. Si la persona que ha sido debidamente citada no compareciere, o si hay causa razonable para creer que no comparecerá, se expedirá una orden de arresto contra ella. Si la persona fuere una corporación y no compareciere después de haber sido debidamente citada, se hará constar ese hecho en el expediente y se continuará el procedimiento como si la corporación hubiese comparecido.

c) Forma y requisitos de la citación. Excepto lo dispuesto en el inciso (a) de esta regla, la citación se expedirá por escrito a nombre de El Pueblo de Puerto Rico y será firmada por un magistrado. Requerirá que la persona mencionada en ella comparezca ante el magistrado ante quien se hubiere presentado la denuncia, con expresión del día, la hora y el sitio, e informará a la persona que si no compareciere se expedirá una orden de arresto en su contra. Si la persona fuere una corporación se le advertirá que de no comparecer los procedimientos continuarán de acuerdo con lo dispuesto en el inciso b) de esta regla".

La orden de citación puede ser expedida por juez que no va a ser competente, lo que contribuye en la celeridad judicial, porque una vez que se realicen diligencias preliminares el caso será remitido al juez o tribunal que corresponda. Si el citado faltase se expedirá orden de arresto. La ejecución de la

citación o la orden de arresto según la siguiente regla seguirán los procedimientos allí señalados.

> "**Regla 8. ORDEN DE ARRESTO O CITACIÓN; DILIGENCIAMIENTO**
>
> a) Personas autorizadas. La orden de arresto o citación será diligenciada por el alguacil de cualquier sección o sala del Tribunal General de Justicia o por cualquier agente del orden público o cualquier otro funcionario autorizado por la ley.
>
> b) Límites territoriales. La orden o citación podrá ser diligenciada en cualquier sitio bajo la jurisdicción del Estado Libre Asociado de Puerto Rico.
>
> c) Manera de hacerlo. La orden de arresto será diligenciada arrestando a la persona o personas. El funcionario que diligencie la orden no estará obligado a tenerla en su poder al hacer el arresto. Si la tuviere deberá mostrarla al detenido al momento de dicho arresto; si no la tuviere, deberá en dicho momento informar al detenido el delito del cual se le acusa y el hecho de que se ha expedido una orden para su arresto. A requerimiento del detenido deberá mostrarle dicha orden tan pronto como fuere posible.
>
> La citación se diligenciará entregando copia a la persona o dejando dicha copia en su hogar o en el sitio usual donde residiere, o enviándosela por correo a su última residencia con acuse de recibo. Si la persona fuere una corporación se diligenciará entregándole copia personalmente a uno de sus directores o funcionarios o a su agente residente, o enviándosela por correo con acuse de recibo.
>
> d) Constancia. El funcionario que diligenciare la orden de arresto deberá dar constancia del diligenciamiento de la misma ante el magistrado ante quien se condujere la persona arrestada, según se dispone en la Regla 22.
>
> El funcionario que diligenciare la citación dará constancia de haberlo hecho y de la manera como lo hizo mediante certificación al efecto. En los casos en que la citación se enviare por correo deberá además, acompañarse el acuse de recibo".

En caso se hubiese diligenciado una citación defectuosa, los efectos no necesariamente anularan el mandato judicial conforme a la siguiente regla:

"**Regla 9. ORDEN DE ARRESTO O CITACIÓN DEFECTUOSA**

a) Efectos; enmiendas. No se pondrá en libertad a ninguna persona que fuere arrestada mediante una orden de arresto o que hubiere comparecido ante un magistrado por el mandato de una citación, por defectos de forma de la orden de arresto o citación. El magistrado podrá enmendar dichos defectos.

b) Nueva denuncia o nueva orden de arresto o citación. Si al llevarse ante el magistrado a la persona arrestada o citada se demostrare que la denuncia o la orden de arresto o citación no nombran o describen con certeza a la persona o al delito que se le imputa, pero hay fundamentos razonables para creer que la persona ha cometido el delito u otro delito, el magistrado no libertará ni exonerará a la persona, sino que hará que se presente una nueva denuncia o expedirá una nueva orden de arresto o citación, según proceda".

En el caso anterior se privilegia la corrección que deberá hacer el juez que emitió la orden defectuosa. Como regla general para delitos graves la ejecución de la orden de arresto puede hacerse en cualquier hora del día, pero si es delito menor solo en el día, con la excepción prevista en la siguiente regla.

"**Regla 10. ARRESTO; CUÁNDO PODRÁ HACERSE**

La orden de arresto podrá diligenciarse en cualquier hora del día o de la noche salvo en el caso de delito menos grave (*misdemeanor*), en cuyo caso el arresto no podrá hacerse por la noche, a menos que el magistrado que expidió la orden lo autorizare así en ella (Enmendada en el 1987, ley 29)".

En procedimiento es bastante práctico, privilegiando la necesidad de dictar las medidas cautelares sin formalidades escritas en casos de urgencia, e incluso si la situación para arrestar se da en presencia de un magistrado, quien dictará una orden verbal.

"**Regla 14. ARRESTO; ORDEN VERBAL**

Un magistrado podrá verbalmente ordenar a un funcionario del orden público o a un particular que arreste a cualquier persona que estuviere cometiendo o intentare cometer un delito en la presencia de dicho magistrado".

Una persona que está cometiendo delitos probablemente pueda para evitar el arresto, usar la violencia contra el que lo interviene, y peor si es un ciudadano desarmado, que no está obligado arriesgar su propia vida para hacer la aprehensión. El arrestado puede tener armas blancas o de fuego, o cualquier otra forma de defenderse y arremeter contra su arrestante. De allí que las Reglas de Puerto Rico le otorgue mayores facultades al funcionario policial o ciudadano que participa de la detención:

> "**Regla 15. ARRESTO; REQUERIMIENTO DE AYUDA**
>
> Cualquier persona que estuviere haciendo un arresto podrá verbalmente requerir el auxilio de tantas personas como estimare necesarias para ayudarle a llevarlo a cabo.
>
> **Regla 16. ARRESTO; MEDIOS LÍCITOS PARA EFECTUARLO**
>
> Cuando el arresto se hiciere por un funcionario con autorización de una orden de arresto, o sin orden de arresto por un delito grave (*felony*) cometido en su presencia, si después de que se informare a la persona que ha de ser arrestada de la intención de verificar el arresto, dicha persona huyere o resistiere violentamente, el funcionario podrá usar todos los medios necesarios para efectuar el arresto.
>
> Para realizar un arresto en cualesquiera otras circunstancias, cualquier funcionario o persona particular podrá emplear todos los medios necesarios, excepto que no podrá infligir grave daño corporal".

El arresto de una persona puede conllevar a que se tenga que realizar otras afectaciones a derechos fundamentales como la violación del domicilio, de allí que en las Reglas de Puerto Rico se autorice a la persona que pueda emplearlas para la finalidad de la aprehensión.

> "**Regla 17. ARRESTO; DERECHO A FORZAR ENTRADA**
>
> Cuando una persona particular realizare un arresto por un delito grave (*felony*), y cuando en cualquier caso lo realizare un funcionario del orden público, podrá forzarse cualquier puerta o ventana del edificio en que estuviere la persona que ha de ser arrestada, o de aquel en que ellos tengan fundamentos razonables para creer que estuviere dicha persona, después de haber exigido la entrada y explicado el propósito para el cual se deseare dicha entrada".

El uso de la fuerza del interviniente contra el sospechoso o imputado también se autoriza durante el arresto dentro de ese contexto de violencia. También está facultado el funcionario policial y el ciudadano a despojarle de las armas que lleve consigo el arrestado.

> "**Regla 18. ARRESTO; SALIDA A LA FUERZA AL SER DETENIDO**
>
> Cualquier persona que hubiere entrado legalmente en un edificio con el propósito de realizar un arresto podrá forzar cualquier puerta o ventana si ha sido detenida dentro y si dicha acción fuere necesaria para obtener su libertad, y un funcionario del orden público podrá hacer lo mismo para liberar a una persona que hubiere entrado legalmente a un edificio con el fin de efectuar un arresto y estuviere detenida dentro".
>
> "**Regla 19. ARRESTO; DESARME DEL ARRESTADO; DISPOSICIÓN DE LAS ARMAS**
>
> Cualquier persona que realizare un arresto podrá quitar al individuo arrestado todas las armas que llevare encima y deberá entregarlas al magistrado ante quien se condujere al arrestado. En el caso de que el arresto se realizare por una persona particular y esta entregare la persona arrestada a un funcionario del orden público según lo dispuesto en la Regla 22(a), dicha persona particular deberá entregar al funcionario las armas que ocupare, y este a su vez deberá entregarlas al magistrado ante quien condujere a la persona arrestada".
>
> "**Regla 21. ARRESTO DESPUÉS DE FUGA**
>
> Si un individuo arrestado o bajo custodia se fugare o fuere rescatado, la persona encargada de su custodia deberá perseguirlo diligentemente y prenderlo de nuevo a cualquier hora y en cualquier lugar, y para ello podrá utilizar los mismos medios autorizados para realizar un arresto".

Una vez que la persona ha sido arrestada, aparte de la obligación de hacerle conocer el motivo de su detención y una lectura de sus derechos, debe ser puesta a disposición del juez que dictó la orden, o el competente si fue por arresto ciudadano.

> "**Regla 22. PROCEDIMIENTO ANTE EL MAGISTRADO**
>
> a) Comparecencia ante el magistrado. Un funcionario del orden público que hiciere un arresto autorizado por una orden de arresto deberá llevar a la persona arrestada sin demora innecesaria ante el

magistrado disponible más cercano. Cualquier persona que hiciere un arresto sin orden de arresto deberá llevar a la persona arrestada sin demora innecesaria ante el magistrado disponible más cercano, y si la persona que hiciere el arresto sin orden de arresto fuere una persona particular, podrá entregar a la persona arrestada a cualquier funcionario del orden público, quien a su vez deberá llevar a la persona arrestada sin demora innecesaria ante un magistrado, según se dispone en esta regla. Cuando se arrestare a una persona sin que se hubiere expedido orden de arresto y se le llevare ante un magistrado, se seguirá el procedimiento que disponen las Reglas 6 y 7, según corresponda.

b) Deberes del magistrado; advertencias. El magistrado informará a la persona arrestada o que hubiere comparecido mediante citación, del contenido de la denuncia o acusación presentada contra ella, de su derecho a comunicarse con su familiar más cercano o con un abogado y a obtener sus servicios, y de su derecho a que se le celebre una vista preliminar si el delito que se le imputa es grave, le informará, además, a la persona que no viene obligada a hacer declaración alguna y que cualquier declaración que hiciere podrá usarse en su contra. El magistrado impondrá condiciones, admitirá fianza, con o sin condiciones, según se dispone en estas reglas, o hará las determinaciones correspondientes en los casos de imputados de delito que se hayan sometido voluntariamente a la supervisión de la Oficina de Servicios con Antelación al Juicio para evaluación, informe y recomendaciones de la Oficina en los casos de aquellos imputados de delito que se hayan sometido voluntariamente a la supervisión de dicha Oficina. De no obligarse la persona arrestada a cumplir con las condiciones impuestas, o no prestar la fianza, ordenará su encarcelación. En caso de un imputado que se encuentre en libertad bajo fianza diferida, libertad bajo propio reconocimiento, libertad bajo custodia de tercero o libertad condicional e incumpla las condiciones impuestas, el magistrado revocará la determinación de fianza diferida y ordenará la prestación de la fianza, con o sin condiciones, y de no prestar la misma el imputado, ordenará su encarcelación.

c) Constancias en la orden de arresto o citación; remisión. En la orden de arresto o citación el magistrado hará constar la comparecencia de la persona y las advertencias que se le hicieron, y en los casos de delito grave (*felony*), de ser ello así, la circunstancia

de que dicha persona no puede obtener los servicios de un abogado para asistirle en el juicio o en la vista preliminar.

En tal caso, será deber del magistrado que determine causa para arresto por un delito grave, citar al imputado de delito que no tenga representación legal a una conferencia con antelación a la vista preliminar, dentro de las dos semanas de efectuado el arresto. A dicha conferencia, si el imputado está confinado, este deberá ser transportado al Tribunal por la Administración de Corrección a los fines de gestionarle representación legal. La Administración de Tribunales proveerá facilidades para que funcionarios de programas de asistencia legal lo entrevisten y certifiquen su indigencia antes de asumir su defensa. Si no puede ser representado por uno de estos programas y el Tribunal acredita que dicho confinado no tiene los recursos para contratar abogado, procederá a designarle uno de oficio.

El magistrado remitirá la denuncia, el acta en aquellos casos en que se hubiere levantado la misma y la orden de arresto o citación a la sección y sala correspondiente del Tribunal de Primera Instancia para que se dé cumplimiento a los trámites posteriores que ordenan estas reglas (Enmendada en el 2000, ley 376)".

Luego de proveerle la información necesaria al arrestado, de los cargos que pesan sobre él, de su derecho a contar con abogado, a preparar su defensa, a comunicarse con un familiar, el juez tratándose de delitos graves lo convocará a una Vista Preliminar en la que se determinará si hay causa para juicio y además si se mantiene el arresto. En la regla siguiente se desarrolla el procedimiento o vista preliminar.

"**Regla 23. VISTA PRELIMINAR**

a) Cuándo se celebrará. Se celebrará una vista preliminar en aquel caso en que se imputare a una persona un delito grave (*felony*). En estos casos deberá citársele para esa vista por lo menos cinco (5) días antes de su celebración. En los casos en que se hiciere constar, de acuerdo con la Regla 22(c), que la persona no puede obtener asistencia legal, el magistrado correspondiente le nombrará abogado y el nombre de este se incluirá en la citación para la vista preliminar. El magistrado comunicará dicha vista al abogado.

b) Renuncia. Luego de haber sido citada, la persona podrá renunciar a la vista preliminar mediante escrito al efecto firmado por

ella y sometido al magistrado antes de comenzar la vista o personalmente en cualquier momento durante la vista. Si la persona renunciare a la vista o no compareciere a ella luego de haber sido citada debidamente, el magistrado la detendrá para que responda por la comisión de un delito ante la sala correspondiente del Tribunal Superior.

c) Procedimiento durante la vista. Si la persona compareciere a la vista preliminar y no renunciare a ella, el magistrado deberá oír la prueba. La persona podrá contrainterrogar los testigos en su contra y ofrecer prueba a su favor. El fiscal podrá estar presente en la vista y podrá también interrogar y contrainterrogar a todos los testigos y ofrecer otra prueba. Al ser requerido para ello, el fiscal pondrá a disposición de la persona las declaraciones juradas que tuviere en su poder de los testigos que haya puesto a declarar en la vista. Si a juicio del magistrado la prueba demostrare que existe causa probable para creer que se ha cometido un delito y que la persona lo cometió, el magistrado detendrá inmediatamente a la persona para que responda por la comisión de un delito ante la sección y sala correspondiente del Tribunal de Primera Instancia; de lo contrario exonerará a la persona y ordenará que sea puesta en libertad. El magistrado podrá mantener en libertad a la persona bajo la misma fianza o determinación de fianza diferida, libertad bajo propio reconocimiento o libertad bajo custodia de tercero o bajo las mismas condiciones que hubiere impuesto un magistrado al ser arrestada, o podrá alterar las mismas o imponer una fianza o tomar una determinación de fianza diferida, libertad bajo propio reconocimiento, libertad bajo custodia de tercero o condiciones de acuerdo con la Regla 218(c) si estas no se le hubiesen impuesto, y si a juicio del magistrado ello fuere necesario. No obstante lo anterior, el magistrado no podrá alterar la fianza fijada o la determinación de fianza diferida, libertad bajo propio reconocimiento o libertad bajo custodia de tercero o condiciones impuestas por un magistrado de categoría superior, a menos que en la vista preliminar se determine causa probable por un delito inferior al que originalmente se le imputó a la persona. Después de que terminare el procedimiento ante él, el magistrado remitirá inmediatamente a la secretaría de la sección y sala correspondiente del Tribunal de Primera Instancia todo el expediente relacionado con dicho procedimiento, incluyendo cualquier fianza prestada. En el expediente se hará constar la fecha y el sitio de la vista preliminar, las personas que a ella comparecieron y la determinación del magistrado.

> La vista preliminar será pública a menos que el magistrado determine, previa solicitud del imputado, que una vista pública acarrea una probabilidad sustancial de menoscabo a su derecho constitucional a un juicio justo e imparcial, y que no hay disponibles otras alternativas menos abarcadoras y razonables que una vista privada para disipar tal probabilidad. En tales casos la decisión del magistrado deberá fundamentarse en forma precisa y detallada.
>
> También se podrá limitar el acceso a la vista preliminar cuando el magistrado determine, previa solicitud a tales efectos, que tal limitación es necesaria para proteger cualquier otro interés de naturaleza apremiante y que no existen otras alternativas menos abarcadoras y razonables. La decisión del magistrado deberá fundamentarse en forma precisa y detallada.
>
> Se dispone que el magistrado deberá limitar el acceso a la vista preliminar, previa solicitud del fiscal, en aquellos casos en que este interese presentar el testimonio de un agente encubierto o un confidente que aún se encuentre en esas funciones o cuando esté declarando la víctima de un caso de violación o actos impúdicos o lascivos (Enmendada en el 1986, ley 39; 1987, ley 29; 1990, ley 26; 1995, ley 197; 1995, ley 245)".

Como observamos en la vista preliminar bajo el resguardo de su derecho, se determinará si hay causa probable, esto es si el fiscal tiene elementos de prueba suficientes para presentar acusación por lo que se desarrollará un debate para establecer este punto. Si el juez estima que no hay causa, dejará al detenido en libertad inmediatamente, sino se debatirá si el arresto se mantiene o hay base para darle la libertad con o sin fianza.

IV. En el Código de Procedimientos Penales

La detención como medida cautelar está prevista por el artículo 79 del Código de Procedimientos Penales que dispone que el juez, al abrir instrucción dicta detención bajo los siguientes supuestos: Delitos dolosos como homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad y el honor sexual, contra la libertad individual, contra el patrimonio: asalto y robo: artículos, traición y atentados contra la seguridad militar, peculado. Tráfico de drogas, terrorismo siempre que se sustenten en suficientes elementos probatorios. Es decir que aquí solo es necesario el *fumus comissi delicti*, delitos de alta gravedad y suficiencia probatoria.

Frente a otros delitos se puede dictar detención cuando el inculpado es reincidente, lo que constituye un indicio de reiteración delictiva. Otro supuesto es si el delincuente ha cometido el hecho punible en concierto o en banda, y que podemos asimilar a una suerte de pre periculum in mora por suposición de perturbación probatoria. El auto debe estar debidamente motivado o fundamentado.

En estos casos, si no hay motivación en el auto, el imputado o su defensa puede interponer queja ante el Tribunal y el juez dentro de las 24 horas debe elevarlo. El plazo para la queja es de 24 horas aplicando los plazos del recurso de queja previsto en el artículo 297 del Código de Procedimientos Penales. Si el Tribunal declara fundada la queja, dentro de las 24 horas debe ordenar que la instrucción se remita a otro juez, sin perjuicio de las responsabilidades disciplinarias. Esta decisión no implica la libertad del quejoso sino que el otro juez debe fundamentar la medida cautelar que puede ser la misma, esto es detención; o también la de comparecencia pues se había renovado el acto procesal.

Si había motivación pero el imputado consideraba que existían errores de hecho o de derecho puede presentar recurso de apelación que es concedido en un solo efecto y con el mismo trámite de la queja.

En la práctica judicial el recurso más utilizado ha sido el de apelación, habiendo quedado en desuso el de queja que luego trató de ser resucitado sin éxito con los artículos del CPP de 1991 que fueron puestos en vigencia.

V. La prisión preventiva en el Código Procesal Penal de 1991

De la lectura del artículo 135 del CPP de 1991 que estuvo vigente hasta la aprobación de la Ley N° 30076 tenemos que el *fumus comissi delicti* estaba descrito como presupuesto para dictar la detención preventiva que se plasmaba en la existencia de suficientes elementos probatorios de la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo. Se entiende que estos elementos debían ser ofrecidos por el fiscal cuando presentaba su denuncia.

Respecto a la vinculación con el delito si se trataba de la intervención de una persona jurídica no era suficiente para detener que el imputado tuviese algún cargo directivo. Se fijó un límite para el dictado de la medida cautelar, pues de lo contrario conllevaba a excesos.

Continuando con el análisis de la detención preventiva con el CPP de 1991 había reglas de limitación, pues se precisaba que era insuficiente la pena conminada para inferir de ella el riesgo procesal. Si se le veía desde una perspectiva estrictamente formalista, la pena abstracta definitivamente era una razón

suficiente para dictar la detención, por lo que se trataba de una pena probable a partir de suficiencia probatoria.

El artículo 135 del CPP de 1991 le otorga facultades de oficio al juez para revisar la medida cautelar y confirmarla o variarla, es decir que también puede intervenir en aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* lo que no impide que las partes también puedan solicitarla. Además se tiene que no se ha previsto que el fiscal realice el requerimiento de prisión sino que el juez es quien puede dictar de oficio el mismo, lo que difiere del NCPP en el que si hay obligación que el fiscal lo solicite.

El Código Procesal Penal de Costa Rica establece que como en el sistema nacional que el Juez de oficio puede revisar la medida cautelar.

> "**ARTÍCULO 242.- Prueba para la aplicación de medidas cautelares**
>
> El fiscal o, en su caso el Tribunal, podrán recibir prueba, de oficio o a solicitud de parte, con el fin de sustentar la aplicación, revisión, sustitución, modificación o cancelación de una medida cautelar.
>
> Dicha prueba se agregará a un legajo especial cuando no sea posible incorporarla al debate.
>
> El tribunal valorará estos elementos de prueba conforme a las reglas generales establecidas en este Código y exclusivamente para fundar la decisión sobre la medida cautelar.
>
> Si el tribunal lo estima necesario, antes de pronunciarse, podrá convocar a una audiencia oral para oír a las partes o para recibir directamente la prueba. De dicha audiencia se levantará un acta".

Siendo una medida extrema, se establecía como deber ineludible que el juez al dictar el auto lo motive, con expresión de los fundamentos de hecho y de derecho que los sustenten (art. 136 del CPP).

Respecto a la ejecución se estableció que el oficio dirigido a la Policía Nacional para ordenar la detención debía contener los datos de identidad personal del requerido de tal forma que se evitara la detención arbitraria de personas homónimas. Mientras más datos tuviese la orden mucho mejor, por ejemplo, características físicas, cicatrices tatuajes que permitan distinguir al requerido de otras personas. Estas requisitorias no pueden ser indeterminadas por lo que se fija que tendrán una vigencia de 6 meses, salvo delitos de TID, Espionaje y Terrorismo pues la orden no caduca sino hasta su detención (Norma vigente).

Capítulo IV
La prisión preventiva en el NCPP

I. Fines

La finalidad de la prisión preventiva es el aseguramiento de institutos desde una óptica sustantiva y procesal, en la primera, la ejecución de la pena, y en la segunda la realización del proceso penal.

Se dice que todos tenemos el derecho a la presunción de inocencia, si esto fuera así, entonces cualquier definición sobre la libertad personal del imputado deberá ser en sentencia, porque si no sería una suerte de pena anticipada.

El proceso penal es cognitivo y hay que enfocarlo dialécticamente porque es distinto el estadio de actos de investigación, el de inicio de juicio oral y el de valoración probatoria. El grado de cognición será mayor en esta última etapa, aunque esto obviamente no es absoluto, porque puede darse el caso de que no se haya probado nada, de tal forma que la presunción de inocencia prevalece.

¿Por qué es necesario mantener encerrada a una persona? La medida cautelar tiene fines de aseguramiento o cumplimiento de algo. Por ejemplo, desde el Derecho sustantivo que se pueda ejecutar la futura condena, la que guarda relación con el *fumus boni iuris o fumus comissi delicti*. Nos explicamos: si hay apariencia de derecho entonces hay alta probabilidad de que el imputado sea responsable del ilícito y en consecuencia sea condenado. En la estructura de la prisión preventiva esto corre con el quántum de la pena a imponerse, es decir, la denominada prognosis cuyo cálculo probable tiene relación con la suficiencia probatoria de lo que se puede concluir que la suficiencia y la prognosis están dentro del contexto del *fumus comissi delicti*.

El *fumus comissi delicti* se sustenta en información recabada en los actos de investigación de la fiscalía con el apoyo de la Policía. Formalizada la investigación preparatoria la fiscalía puede solicitar prisión preventiva. Apliquemos a un ejemplo para aterrizar.

En el caso 1 de robo agravado, tenemos que preliminarmente se ha recabado la siguiente información, declaración del agraviado que narra las circunstancias de la sustracción de su patrimonio, evidencias de preexistencia, reconocimiento del imputado, certificado médico de lesiones causadas, testimonio de personas que vieron el robo, el reconocimiento del presunto autor por estos testigos, y declaración de imputado negando el hecho.

En el caso 2 de robo agravado, tenemos que preliminarmente se ha recolectado lo siguiente, declaración del agraviado que narra las circunstancias de la sustracción de su patrimonio, evidencias de preexistencia, reconocimiento del imputado, certificado médico de lesiones causadas, testimonio de personas que vieron el robo, el reconocimiento del presunto autor por estos testigos, declaración de imputado negando el hecho, testigos del imputado que estuvieron en la misma hora con él, boletas de pago que labora en una empresa reconocida del medio, informe de la empresa que estuvo durante la hora de comisión del hecho haciendo labores.

Si a un juez se le pone en conocimiento de ambos casos, con esta información seguramente concluiría que la suficiencia probatoria es mayor en el caso 1 que en el caso 2.

La prognosis que se halla en el *fumus comissi delicti* será de mayor probabilidad, que supere los cuatro años en el caso 1 que en el 2.

La suficiencia probatoria está enlazada a la comisión del ilícito y de la pena, por lo que al ejecutar una prisión preventiva se busca asegurar la ejecución de la futura pena. ¿Esto afecta la presunción de inocencia? Si lo vemos desde una perspectiva estática y no dinámica, se dirá que la posibilidad de quiebre de la presunción, solo se hará como resultado de la valoración probatoria; pero si asumimos una concepción dinámica veremos que la presunción se va enervando durante el proceso o se va manteniendo incólume si la información fáctica recabada no es suficiente para acreditar algún tipo de responsabilidad penal.

La prisión preventiva se sustenta además en el *periculum in mora*, esto es el riesgo procesal en sus dos vertientes, riesgo de fuga o perturbación de las fuentes de prueba, que tiene como efecto ponerle trabas al proceso penal.

La Corte Suprema en la Casación N° 01-2007-Huaura del 26 de julio de 2007 ha definido los alcances de la prisión preventiva así:

> "La detención, si bien es una privación de libertad provisionalísima –caracterizada por su brevedad y su limitación temporal– de

> naturaleza estrictamente cautelar –evitar la posibilidad de fuga o elusión de los efectos de la justicia– y dispuesta por la Policía o por el Juez de la Investigación Preparatoria, cuya función es tanto asegurar a la persona del imputado cuanto garantizar la futura aplicación del *ius puniendi* mediante la realización inmediata de actos de investigación urgentes o inaplazables –por ejemplo, y en la perspectiva de individualizar a los responsables del hecho delictivo e impedir, además el ocultamiento y destrucción de huellas o pruebas del delito: interrogatorio, reconocimientos, pericias forenses–, amén de sustentada en supuestos notorios de evidencia delictiva, tales como la flagrancia, o, según el caso, razones plausibles de comisión delictiva [sospechas o indicios concretos y determinados de que una persona ha cometido un delito]; no es, en principio, un medida necesaria o imprescindible para que se dicte, ulteriormente, mandato de prisión preventiva. (…) La prisión preventiva, (…) es una medida coercitiva personal, estrictamente jurisdiccional, que se adopta a instancia del Ministerio Público y en el seno de un proceso penal debidamente incoado, siempre que resulte absolutamente imprescindible, que persigue conjugar un peligro de fuga o un riesgo de ocultación o destrucción de las fuentes de prueba [no se le puede atribuir el papel de instrumento de la investigación penal ni tiene un fin punitivo]. Está sometida, en comparación con la detención, y prevista para un periodo de tiempo más lato, a requisitos más exigentes –cuyo eje es la probabilidad positiva de la responsabilidad del imputado, la comisión del delito por él–, tanto desde la intensidad de la imputación necesaria para dictarla cuanto desde la propia configuración y valoración de los peligros que la justifican, sometida con más rigurosidad formal y material a los principios de necesidad y de motivación".

En el auto del Exp. N° 2008-01367-JIP-Tacna del 27 de julio de 2008 se señala que **la prisión preventiva es la medida de carácter personal de mayor gravedad que prevé nuestro ordenamiento jurídico-procesal. Los fundamentos referidos en el artículo 268 del CPP, son los únicos presupuestos materiales que deben verificarse a fin de que el juez determine la procedencia o no de la misma. Habiéndose verificado la concurrencia copulativa de los tres presupuestos materiales requeridos se resuelve declarar fundado el requerimiento de prisión preventiva**. Esta misma línea de razonamiento lo encontramos en el auto del Exp. N° 2008-01285-JIP-Tacna del 16 de julio de 2008.

II. Presupuestos

Se ha seguido con cierta similitud con los presupuestos fijados por el artículo 135 del CPP de 1991; sin embargo, el artículo 268 del NCPP trae algunas diferencias que vamos mostrar.

Está legitimado para solicitar prisión preventiva el fiscal, pero es el juez quien decidirá.

En el ámbito del *fumus comissi delicti* la norma 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 de este.

Los fundados y graves elementos de convicción entendemos como la información recolectada por el fiscal, y que debe ser aparejada a su requerimiento y que describa la existencia de un delito, en sus aspectos objetivos y subjetivos. Por ejemplo el hallazgo de una persona fallecida con proyectiles incrustados en el cuerpo, determina que se está ante un homicidio. Ahora este delito debe tener una conexión con el imputado, esto es que haya elementos probatorios que lo vinculen como autor o partícipe del delito. El juez debe tener la información necesaria para concluir que el investigado es el presunto autor, y esos elementos de convicción tienen que ser ofrecidos por el fiscal.

1. Prognosis de pena

Este es otro de los presupuestos que se encuentra en el ámbito de la suficiencia probatoria, de tal forma que el juez se proyecte que en el caso concreto podría darse a futuro una condena con dicha pena. Hay delitos en los que no operaria nunca una detención preventiva como lesiones leves, cuya pena máxima es dos años o delito contra la Libertad Personal-Coacción igualmente con dos años. La proyección de pena probable debe ser el resultado de la suficiencia probatoria, de lo contrario estaríamos sujetos a un requisito puramente formal.

2. *Periculum in mora*

En la norma se establecen varios elementos para que se construya esta posibilidad y es 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).

La presidencia del Poder Judicial dictó la Resolución Administrativa Nº 325-2011-P-PJ su fecha 13 de setiembre de 2011, que es orientadora en cuanto a los alcances y fines de la prisión preventiva. Sobre los presupuestos materiales indica lo siguiente:

> "**Segundo.-** Que el primer presupuesto material a tener en cuenta –que tiene un carácter genérico– es la existencia de fundados y graves elementos de convicción –juicio de imputación judicial– para estimar un alto grado de probabilidad de que el imputado pueda ser autor o partícipe del delito que es objeto del proceso penal [artículo 268, apartado 1, literal a), del Código Procesal Penal: *fumus delicti comissi*]. Al respecto es necesario contar con datos y/o graves y suficientes indicios procedimentales lícitos –del material instructorio en su conjunto–, de que el imputado está involucrado en los hechos. No puede exigirse, desde luego, una calificación absolutamente correcta, sino racionalmente aproximativa al tipo legal referido. Asimismo, han de estar presentes todos los presupuestos de la punibilidad y de la perseguibilidad (probabilidad real de culpabilidad).
>
> Luego, como primer motivo específico de prisión, que integra con el peligrosismo procesal el segundo motivo de la citada medida de coerción, es necesario identificar el límite penológico. El juez en esta fase del análisis jurídico-procesal ha de realizar una prognosis o pronóstico que permita identificar un nivel razonable de probabilidad, de que la pena a imponer será superior a cuatro años de privación de libertad.
>
> Si no se cumple con el primer presupuesto material y el inicial motivo de prisión, el juez debe acudir a alguna de las medidas alternativas que prevé el Código Procesal Penal.
>
> Por el contrario, si en el caso específico se cumple con ambas exigencias el juez debe valorar, como segundo motivo de prisión, la presencia de los peligros de fuga y/o de obstaculización probatoria –de menor intensidad, en especial esta última, conforme avanza el proceso–. Ello es así porque la prisión preventiva no es otra cosa que una medida coercitiva personal, que solo puede tener fines procesales, cuyo propósito radica en asegurar el normal desarrollo y resultado del proceso penal [consolidar, en suma, i) el proceso de conocimiento (asegurando la presencia del imputado en el procedimiento y garantizando una investigación de los hechos, en debida forma por los órganos de la persecución penal); o, ii) la ejecución de la pena]".

3. Riesgo de fuga

La evaluación para determinar la existencia de peligro de fuga se da con base en los criterios establecidos en el artículo 269 del NCPP que son los siguientes:

- El arraigo en el país del imputado, que implica que haya elementos objetivos que obliguen al procesado mantenerse enraizado, como el domicilio donde este reside, la presencia de familia o negocios de trabajo, si tiene facilidades para abandonar el país o permanecer oculto. Esto debe ser ponderado adecuadamente porque una persona que tiene muchos recursos producto del delito puede tener muchos inmuebles, además facilidades de viaje por la que la apreciación puede devenir en bastante subjetiva.

En la jurisprudencia tenemos el auto dictado por el 1° JIP de Puno Exp. N° 01170-2011-62-2101-JR-PE-01(336) del 30 de setiembre de 2012 que razona respecto del arraigo familiar así: "(…) No está demás señalar que en torno al arraigo familiar (…) no se puede tomar a priori la sola expresión de este arraigo (…) y que en todo caso la expresión "existencia o inexistencia de arraigo", en realidad sería un enunciado que requiere de serios controles en el plano lógico y experimental y eso es lo que se está haciendo en este acto por parte del juzgador; por ende (…) no se puede sostener que la presencia de cualquier tipo de arraigo descarte la prisión preventiva".

- La gravedad de la pena que se espera como resultado del procedimiento, debe entenderse que esta va de la mano con la suficiencia probatoria y no con la pena abstracta del tipo penal imputado.

- La importancia del daño resarcible y la actitud que el imputado adopta, voluntariamente. La voluntad de poder ocuparse del daño causado y resarcirlo, puede ser una muestra de arrepentimiento frente al delito, lo que en perspectiva se puede valorar cuando se fije la pena, aunque ese es una etapa final.

- Se evalúa también 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. Este es un elemento importante, pues por ejemplo tenemos a un investigado que ha asistido a todas las citaciones de la Policía y de la fiscalía, entonces

(336) Jurisprudencia Nacional del CPP. Comisión especial de la Reforma Procesal Penal, Lima, 2012, p. 53.

> este es un dato objetivo a ser tomado en cuenta para no dictar prisión preventiva.

Respecto al requisito riesgo de fuga en el auto dictado por el Juez de Puno Exp. N° 895-2011-37-2101-01[337] del siete de julio de 2011, consideró que como este se encontraba ya detenido por otro delito era imposible su fuga. Lo que hace en el fondo es apoyarse impropiamente en otra medida cautelar, cuando lo que correspondía con base en esa referencia dictar prisión preventiva. Podría darse el caso de que en el proceso anterior se sobresee, entonces si se le dictó comparecencia este queda liberado. En el auto señalado se razonó así:

> "Empero esta acta de intervención policial que obra a folios uno, en realidad carece de las formalidades para su valoración correspondiente y por ende sus efectos probatorios válidos dentro de una investigación, más aún si se trata de sustentar con esta acta de intervención policial una privación de libertad; es decir, se trata de un acta de intervención policial firmado solamente por Braulio Pilco Vela y no por quienes indica el contenido del acta de intervención policial".
>
> "(…) De igual manera el acta de prueba de campo e incautación, resulta incoherente con los formularios de cadena de custodia que han sido enunciados acorde a la verificación de la carpeta fiscal en los cuales no se ha consignado esa cantidad de alcaloide de cocaína que inicialmente se indica".
>
> "(…) En cuanto al tercer presupuesto [peligro de fuga] resulta sustancial tomar en cuenta en este momento, que los imputados (…) como lo ha sostenido el Ministerio Público en su requerimiento escrito, están en condición de internos del Establecimiento Penal Puno-Ex Yanamayo, como tal se desvirtúa por si solo el peligro de fuga, de que puedan eludir la acción de la investigación fiscal y por ende obstaculizar o perturbar los fines de la investigación, pues bastará con que ellos sean citados para que sean puestos a disposición de la autoridad fiscal o de la autoridad judicial las veces que puedan ser requeridos (…)".

En el auto dictado en el Exp. Nº 2008-0001-Sala de Apelaciones de Arequipa del 30 de octubre de 2008 se confirma la prisión preventiva en mérito a lo siguiente: "El auto que impuso la prisión preventiva es legítimo al haberse verificado la concurrencia simultánea de los tres presupuestos previstos en el artículo 268 del nuevo Código Procesal Penal. Además se ha verificado que

(337) Jurisprudencia Nacional del CPP. Comisión Especial de la Reforma Procesal Penal, Lima, 2012, p. 34.

existen fundados y graves elementos de convicción que permiten estimar razonablemente la comisión del delito y su vinculación a este. Asimismo existen suficientes evidencias para establecer la existencia de peligro procesal pues, la identificación del imputado es imprecisa, no tiene residencia habitual o domicilio estable y además no cuenta con arraigo familiar o social conocido"[338].

Su comportamiento previo del imputado en otros procedimientos se debe tomar en cuenta para el pronóstico que habría peligro procesal, tal como se examina en la siguiente resolución del Exp. N° 2008-11435-Sala de Apelaciones de Arequipa del 5 de noviembre de 2008 que dice: "se ha comprobado que existen fundados y graves elementos de convicción que permiten estimar razonablemente la comisión del delito de robo agravado y su vinculación al mismo. Además, ambas partes (Ministerio Público y Defensa) han concordado en que el imputado tiene antecedentes penales, ha participado en hechos delictivos anteriores e inclusive se ha fugado del hospital estando con orden de captura"[339].

De la lectura de estas resoluciones podemos apreciar la existencia de *fumus comissi delicti* y *periculum in mora* para poder concluir que las medidas se han dictado debidamente justificadas.

Un elemento que se debe considerar es la nacionalidad del procesado; sin embargo esto de por si no puede fundamentar el riesgo de fuga, sino vinculado con otros presupuestos materiales. Así se desarrolla en el siguiente auto dictado por el Juez de Zarumilla-Tumbes en el Exp. N° 293-2010-02-JIP[340] del 5 de octubre de 2010:

> "Se ha logrado evidenciar razonablemente la comisión de un delito, específicamente el delito de Robo Agravado (…) Se considera también que de tales actuaciones preliminares se ha evidenciado razonablemente la participación del investigado en tales hechos".
>
> "(…) La pena establecida para el delito materia de imputación es elevada siendo el mínimo de doce años de pena privativa de libertad por cuya razón en teoría, es imposible este nivel de investigación presumir que podría imponerse en caso se expida sentencia, una pena inferior a cuatro años, más aún si no se ha alegado ni se acreditado la existencia de circunstancias atenuantes u otras a tenerse en cuenta en la determinación judicial de la pena".

(338) ESPINOZA GOYENA, Julio César. Ob. cit., p. 144.
(339) Ibídem, p. 122.
(340) Jurisprudencia Nacional del CPP. Comisión especial de la Reforma Procesal Penal, Lima, 2012, p. 38.

> "(…) La norma procesal exige entre otros para calificar sobre todo el peligro de fuga (…) el arraigo en el país del imputado, así como las facilidades para abandonar definitivamente el país; en este extremo el juzgado considera que dada la condición de nacionalidad ecuatoriana del investigado, este definidamente cuenta con todas las facilidades para abandonar el Perú".

Veamos los criterios esbozados en la R.A. Nº 325-2011-P-PJ sobre el riesgo procesal:

> "**Tercero: (…)** Las circunstancias que resulten útiles para inferir la aptitud del sujeto para provocar su ausencia –riesgo que por antonomasia persigue atajarse en la prisión preventiva– están en función a las mayores o menores posibilidades de control sobre su paradero. Entre aquellas se tiene la salud del individuo, que influye mucho –en uno o en otro sentido– en la capacidad material de huida; así como la situación familiar o social del sujeto, para advertir la posibilidad de que algún familiar o amigo supla o complemente la disposición material del sujeto pasivo del proceso; la inminencia de celebración del juicio oral, especialmente en los supuestos en que proceda iniciar o formalizar un enjuiciamiento acelerado o inminente –se trata, como abona la experiencia, de un elemento ambivalente, dado que el avance del proceso puede contribuir tanto a cimentar con mayor solidez la imputación como a debilitar los indicios de culpabilidad del acusado, por lo que el juez ha de concretar las circunstancias específicas que abonan o no a la fuga del imputado–. Otras circunstancias que permiten deducir con rigor una disposición cualificada del sujeto a poner en riesgo el proceso mediante su ausencia injustificada, pueden ser: la existencia de conexiones del individuo con otros lugares del país o del extranjero, la pertenencia del encausado a una organización o banda delictiva, la complejidad en la realización del hecho atribuido, las especialidades formativas que quepa apreciar en el procesado, o incluso en su situación laboral".

Otro aspecto que toca la R.A. Nº 325-2011-P-PJ es sobre la existencia o no del arraigo que debe ser evaluado para dictar o denegar la prisión preventiva. Se enfatiza que la valoración debe ser sobre aspectos cualitativos y vinculados a otros elementos que en conjunto puedan definir respecto de la medida cautelar:

> "**Sétimo.-** Que no existe ninguna razón jurídica ni legal –la norma no expresa en ningún caso tal situación– para entender que la presencia del algún tipo de arraigo descarta, a priori, la utilización de la

prisión preventiva. De hecho, el arraigo no es un concepto o requisito fijo que pueda evaluarse en términos absolutos. Es decir, la expresión 'existencia' o 'inexistencia' de arraigo es, en realidad, un enunciado que requiere de serios controles en el plano lógico y experimental. Toda persona, aun cuando se está frente a un indigente, tiene algún tipo de arraigo. El punto nodal estriba en establecer cuándo el arraigo –medido en términos cualitativos– descarta la aplicación de la prisión preventiva. Esto es algo muy distinto a sostener que la presencia de cualquier tipo de arraigo descarta la prisión preventiva.

Por ejemplo, es un error frecuente sostener que existe arraigo cuando el imputado tiene domicilio conocido, trabajo, familia, etcétera. Tal razonamiento no se sostiene desde la perspectiva del Derecho Procesal, pues la norma no exige evaluar la existencia o inexistencia de un presupuesto –que no lo es– sino impone ponderar la calidad del arraigo. Es perfectamente posible aplicar la prisión preventiva a una persona que tiene familia o domicilio conocido, cuando dicha situación, evaluada en términos de ponderación de intereses, no es suficiente para concluir fundadamente que el desarrollo y resultado del proceso penal se encuentra asegurado.

Un ejemplo claro de esta situación es la conducta procesal del imputado (art. 269, apartado 4, del Código Procesal Penal). Es igualmente factible que un encausado, con domicilio conocido o trabajo, muestre una conducta renuente al proceso; por lo tanto, se entiende que en este caso la 'calidad' del arraigo no es suficiente para enervar el peligro procesal. De hecho, un indicador consolidado de esta situación es lo que el propio artículo 269, apartado 1, del Código Procesal Penal regula como un elemento a analizar en el ámbito del arraigo: "las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto". Es una máxima de la experiencia que aquellas personas que tienen facilidades para abandonar el país, por lo general, cuentan con recursos económicos, quienes, por lo demás, suelen tener domicilio, propiedades, trabajo, residencia habitual, etcétera.

Octavo.- Que lo anotado en el fundamento jurídico anterior revela que no es posible identificar la supuesta 'existencia de arraigo' (por ejemplo, establecer que una persona domicilia en determinado lugar) y, a partir de este supuesto, negar cualquier opción para aplicar la prisión preventiva. Esto es así porque el arraigo –ocurre lo mismo con todos los criterios del artículo 269 del Código Procesal Penal– no es una premisa fija o estable; no es un presupuesto, sino un criterio relacional

> basado en el contexto de cada caso, de suerte que en uno determinará la inexistencia del peligro de fuga, pero en otros no. En consecuencia, no puede invocarse, sin la pérdida del rigor jurídico necesario, de existencia o inexistencia de arraigo; lo que debe analizarse es la calidad del mismo y su vinculación con otros factores del caso. Una resolución que descarta de plano la aplicación de la prisión preventiva fundamentada en el solo hecho de que 'el imputado tiene domicilio conocido', es una de carácter estereotipado e importa una motivación aparente o insuficiente. Se necesita un análisis integral de las condiciones del caso y del imputado".

4. Peligro de obstaculización

Para evaluar la existencia o no de esta forma de *periculum in mora* el NCPP también ha fijado premisas que permitan concluir su existencia o no para sustentar la medida cautelar o su denegatoria (art. 270).

Un primer criterio es establecer si hay datos o indicios que el procesado destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba. Si el fiscal puede acreditar esto es posible tenerlo en cuenta para detener a una persona. Por ejemplo, si en un delito tributario se ha provocado un incendio de un archivo contable, este es un dato para establecer una forma de peligro procesal que afecta a la parte persecutora, la que tendría base para solicitar la medida cautelar. Esto no puede confundirse con el derecho a la defensa, ni tampoco el derecho a no autoincriminarse, porque por encima de esto se encuentra la búsqueda de la verdad. Tampoco el silencio de un imputado puede tomarse como perturbación de la actividad probatoria, porque propiamente este no es un elemento de prueba.

Otro comportamiento del imputado que constituye peligro procesal, es si este influirá para que coimputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente. A estos órganos de prueba se les exige veracidad salvo que se autoincriminen. La forma de influir puede ser a base de dádivas; sin embargo tenemos que la más peligrosa es cuando se les amenaza. En la vida real, en delitos realizados por organizaciones criminales o la intervención de sicarios, se aprecia que los testigos inicialmente hacen una sindicación contra presuntos delincuentes y luego o no se presentan a ratificar los cargos o varían de versión. Estos cambios tienen su tratamiento en la parte valorativa y es un elemento importante cuando de detenciones se trata. Pese a esto, a veces se rebasa el mismo encierro para realizar las amenazas con terceros, dramas con los que tienen que lidiar los fiscales, y allí entra otra conducta

configuradora de riesgo como que el procesado inducirá a otros para que obliguen a que los órganos de prueba den información falsa.

Con relación a este tópico la R.A. Nº 325-2011-P-PJ dice lo siguiente en el último párrafo del tercer considerando: "Las circunstancias relevantes para el análisis de la disposición material del imputado para acceder a las fuentes y medios de investigación y ocultarlos, destruirlos y manipularlos, indican cierto grado de conexión entre el propio imputado y el objeto a proteger. Dicha conexión puede expresarse por la posición laboral del sujeto, la complejidad en la realización del hecho atribuido, su situación social o familiar, o sus conexiones con otros países o lugares del territorio nacional, si se advierte que en ellos puede hallarse la concreta fuente de prueba".

5. Pertenencia a organización criminal

La existencia de razonables elementos de convicción acerca de la pertenencia del imputado a una organización delictiva o su reintegración a esta, 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, es otro presupuesto para dictar prisión preventiva.

Para realizar un juicio de verosimilitud en el ámbito del riesgo procesal, debe tenerse en claro la naturaleza de las organizaciones criminales[341]. Estas tienen varios rasgos como la **permanencia**, dado que la vigencia operativa de la organización criminal es indeterminada, esto es que tiene su génesis pero no su fin, cuya destrucción puede realizarse básicamente cuando los líderes pierden vigencia y la organización se desarticula o esta proviene de la propia labor policial, fiscal y judicial, como los cárteles de drogas. Otro carácter es la **estructura**, que le da cohesión a la organización criminal que permite ordenar sus actividades. La estructura puede ser rígida o flexible, vertical u horizontal, cerrada o abierta pero tiene configurado un sistema de roles, mandos funciones y jerarquías distribuyendo responsabilidades estratégicas. En estructuras criminales como las mafias, podemos ver que ellas se compartimentan y tienen unidades que ven la parte operativa, logística, captación de nuevos miembros, la parte pública o legal; la que realiza los trabajos más crueles como asesinatos, secuestros, es decir se asignan roles y están dirigidas por un liderazgo individual o colectivo. La organización criminal **planifica** para la ejecución de sus actividades o de su proyecto criminal. Por ejemplo, al hacer un embarque de drogas por una organización dedicada al tráfico de drogas, desarrolla

(341) PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Criminalidad Organizada*. Idemsa, Lima, 2006, p. 45.

varias actividades como buscar los proveedores, si es que no son los productores directos; las empresas que les servirán de caretas; si se trasportará por tierra, por vía aérea o por mar; los contactos en el exterior; los costos de la operación; esto es, cuánto se va a invertir; los riesgos; los planes de contingencia; la cubierta legal, etc. Es decir toda una planeación a efectos de que el objetivo estratégico de obtener rentas de las actividades ilícitas sean resultado de una organización y planeamiento meticuloso. La organización posee **redes de protección**(342), y tiene que ver con el poder económico que poseen las mafias para poder controlar mediante la corrupción toda una red que le permite proteger sus actividades; y que va, desde captarse a policías, funcionarios medios, hasta magistrados. Además puede hacerlo mediante el soborno o la extorsión contra quien se niegue a proteger sus actividades, o por lo menos a pasar por alto sus actividades criminales.

La jurisprudencia suprema ha establecido como una pauta para inferir cuándo se está ante una organización criminal, la existencia de una pluralidad de ilícitos en los que han participado los imputados. Así se advierte en la ejecutoria R.N. N° 4198-2004(343)-Lima del trece de julio de dos mil cinco. Otros elementos adicionales para poder concluir que se trata de una organización criminal se puede extraer de la Ejecutoria Suprema en el R. N. N° 1340-2005(344)-Lima del seis de julio de dos mil cinco como la cantidad de delitos perpetrados, la misma lógica de planificación y ejecución, el número de personas participantes en los mismos y el rol que cada imputado desempeñaba.

En la Ejecutoria Suprema R. N. N° 1024-2005(345)-Piura del siete de junio de dos mil cinco para formarse convicción de que se está ante una banda, se toman como medios de prueba, los testimonios de los coacusados que sindican a uno de ellos como cabecilla de una banda, como quien repartió armas y que en la ejecución del delito disparó contra una periodista. Pese a que hubo retractaciones en el juicio oral el colegiado, asumiendo la jurisprudencia vinculante número 3044-2004 del uno de diciembre de 2004, le dio mayor validez a las versiones aportadas en la instrucción. El fallo fue la condena a cadena perpetua al encausado. Aquí se advierte un importante medio de prueba para probar la existencia de la organización, como es la delación que hace un integrante de ella, cuya motivación es obtener un trato benigno por sus juzgadores.

(342) Ibídem, p. 48.
(343) Jurisprudencia Sistematizada de la Corte Suprema Perú. Editado por Comisión Europea. Jusper, Poder Judicial, 2008, edición digital.
(344) Ídem.
(345) Ídem.

La organización exige a los miembros sumisión y tiende a responder con mayor fiereza, porque una sindicación o delación puede ser el inicio del fin de sus actividades. Por eso que las máximas de la experiencia nos indican que en cuanto a perturbación probatoria la intensidad es mayor cuando se trata de crimen organizado, por lo que esto debe tomarse como un elemento para el dictado de la prisión preventiva.

La R.A. Nº 325-2011-P-PJ también ofrece una perspectiva sobre la pertenencia a una organización criminal y sus efectos sobre la medida cautelar así:

> (...)
>
> "**Noveno.-** Que, en la misma línea de lo anterior, es importante evaluar cuál es el sentido que actualmente le otorga la jurisprudencia al apartado 2 del artículo 268 del Código Procesal Penal.
>
> Sin duda, es un criterio poco utilizado en el ámbito de la prisión preventiva, y lo es, probablemente, por los términos de su propia redacción. Sin duda la pertenencia del imputado a una organización delictiva –o su integración a la misma– no es en estricto sentido un presupuesto material propio. No es una *conditio sine qua non* para la aplicación de la prisión preventiva –que es lo que ocurre en los demás presupuestos materiales–. La pertenencia a una organización delictiva, a la que por su propio contenido común debe comprenderse el concepto de 'banda', es en realidad un criterio, de especial característica y taxativa relevancia jurídico-procesal, para valorar el peligro de fuga e, incluso, el peligro de obstaculización.
>
> En línea con la jurisprudencia alemana la prisión preventiva, en estos casos, solo puede ser impuesta si existen los motivos de fuga o peligro de entorpecimiento. No obstante ello, en la verificación de su existencia no se debe ser tan exigente, sino que ya es suficiente, en relación con la gravedad del hecho atribuido, una intensidad menor de peligro de fuga o de entorpecimiento. En estos casos se entiende que está minimizado el arraigo social del imputado.
>
> **Décimo.-** Que es obvio que la pertenencia o integración de un imputado a una organización delictiva o banda, es un criterio clave en la experiencia criminológica para atender a la existencia de un serio peligro procesal, tanto en el ámbito de la fuga como en el de la obstaculización probatoria.
>
> Las estructuras organizadas (independientemente del nivel de organización) tienden a generar estrategias y métodos para favorecer la fuga de sus pares y para contribuir en la obstaculización probatoria

(amenaza, 'compra', muerte de testigos, etcétera). Por consiguiente, el juez debe evaluar esta tipología como un criterio importante en el ámbito del procesamiento de la criminalidad violenta. Lo que significa que si bien no es una regla general ni obligatoria, evaluado el caso concreto, es posible sostener que en muchos supuestos la gravedad de la pena y la pertenencia a una organización delictiva o banda es suficiente para la aplicación de la prisión preventiva, por la sencilla razón que la experiencia demuestra que son recurrentes los casos en los que estos imputados se sustraen a la acción de la justicia durante años, apoyados en la organización que los arropa".

III. Audiencia de prisión preventiva

A diferencia del Código de Procedimientos Penales de 1940 que para dictar detención preventiva se hacía sin audiencia(346), en frío, sin presencia de las partes, el NCPP ha fijado que se debe realizar una audiencia, de tal forma que se pueda garantizar el derecho de las partes; que discurran las posiciones oralmente y haya contradictorio frente al juez, en un escenario de inmediación.

El procedimiento es que el juez, dentro de las 48 horas siguientes al requerimiento, realizará la audiencia en la que decidirá la prisión preventiva. En la audiencia deberán estar obligatoriamente el fiscal, el imputado y el defensor (art. 271).

El juez al decidir deberá evaluar si concurren los presupuestos necesarios para dictar la medida cautelar, y si faltara alguno deberá imponer una menos gravosa en el entendido que la regla es la libertad y la excepción es la prisión. La decisión debe dictarse en el mismo día, sin postergación alguna y deberá bajo sanción de nulidad estar debidamente motivada. En la medida en que hay de por medio por ejemplo una persona detenida, hay responsabilidades disciplinarias si alguna de las partes o el mismo jue contribuye en su no realización.

Con relación a la audiencia de prisión preventiva precisa la ejecutoria suprema, Casación N° 01-2007-Huaura del 26 de julio de 2007, fija cuáles son los requisitos para emitirse válidamente las medidas cautelares que corresponda, así: "a) requerimiento o solicitud del Ministerio Público; b) realización de la audiencia de prisión preventiva dentro del plazo legal de las cuarenta y ocho horas siguientes a su requerimiento; y, c) concurrencia a la audiencia del fiscal requirente, del imputado y de su defensor, si no asiste el defensor de

(346) La Ley N° 30076 al poner en vigencia a nivel nacional el artículo 268 y ss. del NCPP ha establecido que en el Procedimiento de 1940 se aplique el sistema de audiencias para el dictado de prisión preventiva.

confianza o el imputado no lo tiene se le reemplaza en el acto o interviene el defensor de oficio. Es particularmente importante, a todos los efectos, la regla incorporada en el penúltimo extremo del apartado dos del examinado artículo doscientos setenta y uno del nuevo Código Procesal Penal '(...) Si el imputado se niega por cualquier motivo a estar presente en la audiencia, será representado por su abogado o el defensor de oficio, según sea el caso'. No es, pues, absoluta la necesidad de presencia del imputado en la audiencia de prisión preventiva; es sí, necesaria, su debida citación en su domicilio real o procesal –si lo hubiere señalado–, o su conducción al juzgado cuando esté efectivamente detenido [con ello se cumple el principio de contradicción, se hace efectiva la garantía de tutela jurisdiccional –en cuanto acceso al proceso– y se afirma, a su vez, la garantía de defensa procesal]. Si el imputado se niega a asistir, sea porque huyó, porque no es habido –lo que denota imposibilidad material del juez para emplazarlo– o porque, sencillamente, no quiere hacerlo –en ejercicio de su derecho material de defensa, a su propia estrategia procesal o por simple ánimo de sustracción o entorpecimiento procesal–, la audiencia se lleva a cabo con la representación técnica del abogado defensor, de confianza o de oficio. Lo expuesto permite entender en su justo alcance (i) la situación del imputado previa al pedido de prisión preventiva –puede estar o no detenido–, (ii) los presupuestos para la expedición de la resolución de citación para la realización de la audiencia respectiva –el juicio de admisibilidad está condicionado a la existencia de un imputado en estricto sentido, que contra él se haya dictado una Disposición de Continuación y Formalización de la Investigación Preparatorio–, y (iii) las exigencias para la propia instalación y desarrollo de la audiencia, citación debida, presencia obligatoria del fiscal y del abogado defensor, y, en caso de ausencia del imputado, constatación previa de una situación de inasistencia voluntaria por razones derivadas de su actitud anterior a la convocatoria a la audiencia (ausencia, contumacia, fuga o no presencia pese a su emplazamiento a los actos de investigación) o como consecuencia de una decisión, intencional o negligente, de inconcurrencia ante la citación judicial".

Puede darse la situación de que el imputado no quiera estar en la audiencia, en este supuesto la decisión adoptada por el juez en la audiencia deberá ser notificada dentro de las 48 horas siguientes a la conclusión de ella.

En la casuística se planteó el problema que si para decidirse sobre la prisión preventiva el imputado debía estar detenido. Así lo señaló como requisito el Auto de Vista del Exp. N° 1456-06-Sala de Apelaciones de Huaura del 26 de enero de 2007:

> "Para que el fiscal pueda requerir la prisión preventiva de una persona la misma debe encontrarse privada de su libertad, por haber sido

> detenida en flagrancia o por orden judicial y, solo cumplidos estos presupuestos el fiscal puede continuar con el procedimiento y requerir la realización de la audiencia correspondiente[347].

La Corte Suprema en la Casación N° 01-2007-Huaura del 26 de julio de 2007 estableció que esto no era necesario, razonando así: "No constituye presupuesto material de dicha medida personal, como claramente fluye del artículo doscientos sesenta y ocho del nuevo Código Procesal Penal, que el imputado se encuentre sujeto a la medida provisionalísima de detención, en cualquiera de sus modalidades. (…) No existe, ni puede configurarse pretoriana o judicialmente, presupuesto adicional, al que dicha norma prevé. Por consiguiente, el imputado contra quien se solicita mandato de prisión preventiva puede encontrarse en muy diversas situaciones procesales. Así, puede estar detenido policialmente en los supuestos de flagrancia delictiva o por previo arresto ciudadano o detenido preliminarmente por orden judicial, conforme a los artículos doscientos cincuenta y nueve, doscientos sesenta y doscientos sesenta y uno del nuevo Código Procesal Penal. Asimismo, puede encontrarse, de facto, en la condición de no habido –sea que se hubiera fugado antes de ser capturado en flagrancia por la Policía o que 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 (…)".

Para fines prácticos el imputado puede tener temor de que se le dicte prisión y esa es la razón por la que no asiste a la audiencia. Esto constituye un dato objetivo que se va a sustraer al proceso.

IV. Duración de la prisión preventiva

La medida cautelar para fines de aseguramiento tiene como presupuestos su temporalidad, por lo que se ha estimado que esta tenga un plazo, siendo el requisito para otorgarla, si vencido el plazo no se ha dictado sentencia. Hacer lo contrario es prácticamente tener ya una precondena al procesado.

El CPP de 1991 ha sufrido varias modificaciones desde su puesta en vigencia parcial, y en la actualidad el plazo regulado por el artículo 137[348] establece que la detención no durará más de nueve meses en el procedimiento ordinario (entiéndase proceso sumario) y de dieciocho meses en el procedimiento especial (actualmente ordinario). En los casos de procedimientos por delitos de tráfico

(347) ESPINOZA GOYENA, Julio César. Ob. cit., p. 79.
(348) Artículo modificado por el Decreto Legislativo Nº 983, publicado el 22 julio de 2007.

ilícito de drogas, terrorismo, espionaje y otros de naturaleza compleja seguidos contra más de diez imputados, en agravio de igual número de personas, o del Estado, el plazo límite de detención se duplicará. El plazo duplicado es diferente respecto a los delitos sustanciados, por ejemplo tratándose de tráfico de drogas - microcomercialización el plazo duplicado es 18 meses mientras que TID agravado que se tramita como ordinario es de 36 meses. (Originalmente el plazo era de 15 y 30 meses). Si se venció el plazo sin dictarse sentencia se debe disponer la libertad del imputado con las reglas necesarias para asegurar su arraigo procesal.

El tratamiento de este plazo en el NCPP, en principio es de nueve meses para el proceso común y para procesos complejos es de dieciocho meses (art. 272 incisos 1 y 2). Si no se ha dictado sentencia al vencimiento del plazo se debe liberar al procesado. Esto lo puede hacer el juez de oficio o a pedido de parte. Si otorga libertad esto no le exime de dictar medidas de aseguramiento distintas a la detención para poder garantizar que asista a las diligencias en la que sea necesaria su presencia. Puede establecer las restricciones incluidas, las que dispone el artículo 288 numerales 2 y 4 que son:

- Obligación de no ausentarse del lugar donde reside. Evitar concurrir a determinados lugares que lo condicionen a cometer otros delitos, o la de no concurrir a determinados lugares como el domicilio de la víctima, o de presentarse a la autoridad en los días que se le fijen. Por ejemplo, para firmar un libro de control, aunque esto se va sustituyendo con lapiceros digitales también con tecnología biométrica.

- La obligación de otorgar una garantía patrimonial o caución económica, cuya cuantificación debe ponderarse con las posibilidades del imputado. Se permite que la caución se sustituya por una fianza personal idónea y suficiente de un tercero. La finalidad es garantizar que si el imputado incumple o se da a la fuga se ejecuta la caución sin perjuicio que se adopten las medidas.

La Fiscalía de la Nación desde su perspectiva y a raíz de la puesta en vigencia a nivel nacional, la prisión preventiva del NCPP artículo 268 y siguientes a nivel nacional ha dictado la Resolución de la Fiscalía de la Nación Nº 3182-2013-MP-FN-Lima, 4 de octubre de 2013 Directiva Nº 002-2013-MP-FN que regula la actuación fiscal en la prisión preventiva conforme al Código Procesal Penal de 2004, puesto en vigencia mediante Ley N° 30076[349].

(349) Publicada el 11 de octubre de 2013 en el diario oficial *El Peruano.*

El objetivo de la Directiva es regular las actuaciones de los fiscales en el procedimiento de prisión preventiva previsto en el Código Procesal Penal de 2004, puesto en vigencia mediante Ley N° 30076 y como **finalidad** unificar criterios de interpretación y aplicación de los artículos 268, 269, 270 y 271 del NCPP, que regulan la prisión preventiva.

La Directiva es de aplicación obligatoria para todos los fiscales que intervienen en el procedimiento de prisión preventiva de los Distritos Fiscales de Lima, Lima Norte, Lima Sur, Lima Este, Callao, Apurímac, Ayacucho, Huancavelica y Junín, en los que se ha adelantado su vigencia mediante Ley N° 30076 y su **Base Legal** la Constitución Política del Estado: artículos 158 y 159.

- Código Procesal Penal - Decreto Legislativo N° 957: artículos 268, 269, 270 y 271.
- Ley Orgánica del Ministerio Público - Decreto Legislativo N° 052: artículos 1, 5 y 64.
- Reglamento de Control Interno del Ministerio Público: incisos c) y d) del artículo 23.

La directiva establece que el rol del fiscal ante las detenciones policiales debe tomar en cuenta lo siguiente:

> "1. El fiscal actuará con especial celeridad cuando conozca los casos de personas detenidas por flagrancia delictiva.
>
> 2. En estricto cumplimiento de sus funciones constitucionales, como conductor de la investigación desde su inicio, el fiscal responsable vigilará que la Policía Nacional le comunique en forma inmediata todas las detenciones que ocurran en su turno. Asimismo, dispondrá los canales de comunicación más adecuados para instruir a los efectivos policiales sobre el tratamiento que debe dársele al detenido y sobre la evidencia que debe recabarse.
>
> 3. En cumplimiento del mandato constitucional de vigilar la recta administración de justicia y defender la legalidad, el fiscal procurará que el órgano jurisdiccional competente tramite con la debida celeridad el requerimiento de prisión preventiva una vez que el fiscal entrega a su disposición al detenido".

En el requerimiento de la medida cautelar personal y participación en la audiencia de prisión preventiva.

"4. En el caso de personas detenidas, el requerimiento de prisión preventiva constará en un documento aparte debidamente fundamentado, que será presentado conjuntamente con la formalización de la denuncia penal.

   Su fundamentación deberá abarcar los presupuestos del artículo 268 del CPP y los criterios que regulan los artículos 268 y 269 de este mismo cuerpo normativo.

5. La sustentación debe considerar, además, las pautas o reglas establecidas en la denominada "circular sobre la prisión preventiva", emitida por la Presidencia del Poder Judicial, en la Resolución Administrativa N° 325- 2011-P-PJ, como la flexibilidad de los criterios contenidos en los artículos 269 y 270 del CPP, el factor temporal en relación al proceso judicial, las circunstancias sobre la aptitud del imputado para provocar su ausencia, la gravedad de la pena como criterio legal de peligro procesal, el arraigo como criterio basado en el contexto de cada caso, y la pertenencia a una organización delictiva.

6. El fiscal, asimismo, debe considerar, y por ende, sustentar, si fuera el caso, que el auto apertura de instrucción, conforme lo exige el artículo 77 del Código de Procedimientos Penales, el juez ya valoró y determinó la concurrencia de elementos de juicio reveladores de la existencia de un delito y la individualización de su autor o partícipe; en ese sentido, incluso, la propia norma del citado cuerpo normativo exige que el juez motive los hechos, los elementos de prueba en que se funda la imputación y la calificación del delito atribuido al denunciado. Esta exigencia o presupuesto del auto de apertura de instrucción, es coincidente o se encuentra íntimamente relacionado con el primer presupuesto de la prisión preventiva que regula el inciso 1) del artículo 268 del CPP, la existencia de fundados y graves elementos de convicción que estiman la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo.

7. Otro aspecto que debe considerar el fiscal en la sustentación de la prisión preventiva, es que el peligro de fuga y de obstaculización probatoria, deben ser sostenidos desde la perspectiva del imputado y del hecho que se le atribuye. Por ende, puede recurrir a una variedad de elementos reales y concretos que se presentan en la cotidiana casuística penal, en tanto, así lo permiten los supuestos

de los artículos 269 y 270 del CPP, que regulan los criterios abiertos y flexibles para sustentar el peligro procesal.

8. En los supuestos de personas detenidas, el Fiscal Provincial de turno designará al fiscal que sustentará el requerimiento de prisión preventiva en la audiencia, pudiendo recaer en su persona, en el Fiscal Adjunto Provincial de su Despacho, en el Fiscal Adjunto Provincial del Pool de Fiscales o en el Fiscal Adjunto Provincial de apoyo.

9. El fiscal de turno deberá entregar al detenido a disposición del juez, únicamente, cuando formula requerimiento de prisión preventiva en su contra. Fuera de este supuesto, debe disponer su libertad; asimismo, cuando considere que debe imponérsele la medida de comparecencia restringida, deberá solicitarla en la formalización de la denuncia penal. La adopción de cualquiera de estos últimos supuestos no impide que, posteriormente, y cuando así lo estime, solicite la prisión preventiva".

En el supuesto de apelación del mandato de detención.

"10. Con la finalidad de defender la pretensión del Ministerio Público en el procedimiento de la prisión preventiva, debe seguirse, en lo pertinente, los criterios establecidos en la Directiva de la Fiscalía de la Nación N° 005-2012-MP-FN.

Si el Fiscal Superior considera que debe mantenerse la pretensión impugnativa promovida por el fiscal que apeló la denegatoria de la prisión preventiva, o defenderse la resolución judicial favorable al Ministerio Público, que dictó la prisión preventiva pero que ha sido impugnada por el imputado, deberá acudir a la vista de la causa que la Sala Superior convoque y emita un dictamen en el que sustente y defienda las pretensiones del Ministerio Público.

Si el Fiscal Superior se desiste del recurso interpuesto por el fiscal o estuviese conforme con la pretensión impugnatoria del imputado, no será necesario que asista a la señalada vista de la causa, no obstante, emitirá un dictamen a la Sala Superior, en el que motive su decisión.

11. El Fiscal que interponga el recurso de apelación contra la resolución que deniega la prisión preventiva o sea notificado de la apelación

del imputado contra la resolución que la otorga, deberá comunicar de ello inmediatamente al Fiscal Superior, remitiéndoles, bajo responsabilidad, copias o poniendo a su disposición la documentación indispensable".

Labor fiscal en el posturno y las prisiones preventivas fuera del turno.

"12. El fiscal que estuvo de turno al momento de conocerse la detención de una persona seguirá conociendo el caso, aun cuando hubiere ordenado la libertad del detenido; salvo los casos en los que no tenga competencia por el territorio, supuesto en el que deberá derivar los actuados al fiscal competente.

13. La Fiscalía Provincial que fuera del turno efectué el requerimiento de prisión preventiva, será la que sustente su pedido en la audiencia correspondiente".

Podemos apreciar que frente a la puesta en vigencia a nivel nacional de las instituciones del NCPP, encuentra a los intervinientes descolocados, por lo que es oportuna la elaboración de protocolos que orienten a los fiscales en este tema de prisión preventiva.

V. Prolongación de la prisión preventiva

La complejidad de los hechos que son materia de procesamiento, influye en los plazos y si estos se desarrollan en una estructura judicial vetusta pueden convertir los casos inmanejables, y eventualmente afectar el derecho al plazo razonable que tiene todo imputado.

En el CPP de 1991 se ha establecido de todas formas frente a este dato fáctico de dificultades, respecto de la investigación del delito y sumado a que el inculpado pudiera sustraerse a la acción de la justicia, la detención podrá prolongarse por un plazo igual, por ello el plazo de dieciocho meses puede ampliarse a treintiséis.

Un supuesto más para la prolongación, es si el delito se ha cometido a través de una organización criminal y el imputado pudiera sustraerse a la acción de justicia o perturbar la actividad probatoria.

El rituario para prolongar la detención es que se adoptará mediante auto fundamentado que puede ser de oficio o a solicitud del fiscal con conocimiento

del imputado. No se prevé la realización de ninguna audiencia. El auto puede ser apelado por quien se considere afectado dentro del tercer día de notificado. La Sala resuelve respecto del recurso previo dictamen del Fiscal Superior dentro del plazo de setenta y dos horas.

En el NCPP, también se considera como presupuesto para la prolongación de las circunstancias que dificulte la investigación que realiza el fiscal, sumado a que pueda sustraerse a la acción de la justicia. El plazo máximo de ampliación es de 36 meses y debe ser solicitado por el fiscal antes de su vencimiento. Si no lo hace la persona debe ser liberada (art. 274.1).

A diferencia del CPP de 1991, aquí si el juez se pronunciará previa realización de una audiencia que deberá convocarse dentro del tercer día de presentada la solicitud o el requerimiento. La audiencia se realizará con la asistencia de fiscal, del imputado y su defensor, de tal forma que se garantice un contradictorio en este escenario. Luego de oídas las partes y los elementos de convicción el juez decidirá en ese mismo acto o dentro de las 72 horas siguientes, bajo responsabilidad si prolonga o no la detención o prisión preventiva. Esta decisión puede apelarse dentro del plazo de 3 días. La Sala Penal se pronunciará previa audiencia que debe convocarse dentro de las 72 horas de recibido los actuados. En esta audiencia deben ser citados el Fiscal Superior y el defensor del imputado. El colegiado puede adoptar la decisión debidamente motivada, de inmediato o dentro de las 48 bajo responsabilidad.

Puede darse el caso de que el imputado ha sido condenado y se ha presentado recurso impugnatorio, entonces la prisión preventiva podrá prolongarse hasta la mitad de la pena impuesta. Por ejemplo, si se le condena a 10 años la prisión preventiva se amplía hasta 5 años, y si el recurso no es resuelto, pues debe dejarse en libertad a la persona.

En la jurisprudencia constitucional se han fijado también criterios para evaluar la complejidad con la STC Exp. Nº 2915-2004-HC/TC, Berrocal Prudencio que dice: "(…) para valorar la complejidad de un caso es menester tomar en consideración factores tales como la naturaleza y gravedad del delito, los hechos investigados, los alcances de la actividad probatoria para el esclarecimiento de los eventos, la pluralidad de agraviados o inculpados, o algún otro elemento que permita concluir, con un alto grado de objetividad, que la dilucidación de una determinada causa resulta particularmente complicada y difícil (…)".

Un problema que tiene que ver sobre la competencia para prolongar la prisión preventiva, si bien en el caso de Juez de Investigación Preparatoria no

hay problemas, es del caso examinar si en juicio oral esta facultad les corresponde a los jueces de juzgamiento. En la resolución del Juzgado Penal Colegiado de Moquegua Exp. N° 00012-2011-65-2801-JR-PE-01[350], trece de octubre de dos mil once se excluye de competencia a los jueces de juicio oral así: "(…) En el caso de la prolongación de la prisión preventiva, el Código Procesal Penal regula las oportunidades y competencias de los jueces expresamente, en esa línea si no las contempla en la etapa de juzgamiento o como función del juez de juzgamiento es que evidentemente el Código privilegia garantizar la imparcialidad del juez de fallo que es garantía esencial de la administración de justicia (…) no resultaría procedente recurrir al juez de juzgamiento para prolongar una medida de coerción, como la prisión preventiva, toda vez que se le estaría imponiendo conocer el caso fuera del juicio oral (…). Los únicos supuestos que autorizan al juez de juzgamiento conocer vía incidencia pedidos relacionados a medidas de coerción serían aquellos que no impliquen análisis o revisión de elementos de convicción del delito o de la responsabilidad del imputado forjados en la investigación preparatoria (…) se encontraría plenamente facultado para pronunciarse sobre la extinción de la prisión preventiva por vencimiento de plazo (…), otro supuesto lo encontramos en el caso de la revocatoria de la comparecencia con restricciones por prisión preventiva (…) La Sala de Apelaciones dispuso que este colegiado debería de emitir pronunciamiento sobre el fondo, aunque dicha resolución fue para un caso concreto y no tiene el carácter vinculante para otros casos resolver declarando improcedente liminarmente el pedido y únicamente motivaría mayor dilación en el trámite, puesto que la Sala conforme a su posición respecto al tema terminaría anulando la resolución que deniegue el pedido liminarmente, por lo que este colegiado atendiendo al principio de economía procesal emitirá un pronunciamiento sobre el fondo".

La Corte Suprema ha dictado la Casación 328-2012-Ica de fecha 17 de octubre de 2013 que ha establecido como regla jurídica, que es el juez de la investigación preparatoria quien tiene la facultad y competencia para resolver los requerimientos de prolongación de prisión preventiva, y no restringe de modo alguno que se realice solo a nivel de la investigación preparatoria; sino también, es permisible que lo haga como juez de garantías, aun si la causa se encuentre en etapa intermedia, juicio oral o cuando se haya dictado sentencia condenatoria de primera instancia que se encuentre recurrida vía recurso de apelación.

(350) Jurisprudencia Nacional CPP. Comisión especial de la Reforma Procesal Penal, Lima, 2012, p. 42.

El fundamento para esta decisión está en los siguientes considerandos:

> "**Quinto**. De lo expuesto se desprende que nuestra normativa legal le otorga facultad y competencia para resolver los requerimientos de prolongación de prisión preventiva, estrictamente al Juez de la Investigación Preparatoria, no estableciendo límites a dicha potestad, esto es, no restringe en modo alguno a que dicha facultad la realice únicamente a nivel de la investigación preparatoria; por lo que no existiendo prohibición legal en concreto, se puede entender, en principio, que es permisible que siga realizando esta función como Juez de Garantías, aun si la causa se encuentra en etapa intermedia, juicio oral o cuando se haya dictado sentencia condenatoria de primera instancia, que se encuentre recurrida vía recurso de apelación. Al respecto, el inciso dos del artículo veintinueve del Código Procesal Penal, establece como competencia de los Juzgados de Investigación Preparatoria: "Imponer, modificar o hacer cesar las medidas limitativas de derechos durante la investigación preparatoria (...)", de lo que se colige que no hay una prohibición expresa a que realice dicha actividad en otros estadios del proceso.
>
> **Sexto**. Ello es entendible, pues lo que se procura es que la dilucidación sobre la prolongación de prisión preventiva, se realice vía una audiencia específica, la que se encuentra normativamente vinculada a la actuación del Juez de la Investigación Preparatoria como se ha precisado en el fundamento jurídico anterior. Por lo tanto, debe entenderse que es este Magistrado el competente para pronunciarse sobre las medidas cautelares que se solicitan con posterioridad a la conclusión de la etapa de investigación preparatoria, a fin de que no exista el riesgo que o decidido pueda influir en el futuro del proceso, toda vez que es otro órgano jurisdiccional el que se va a encargar del juzgamiento: Juez de Juzgamiento Unipersonal y/o Colegiado, que no realizaría un prejuzgamiento de los hechos materia de investigación si tuviera que pronunciarse sobre la medida cautelar de naturaleza personal solicitada, tanto más, si uno de los presupuestos de la prisión preventiva se refiere a la presencia de elementos de convicción, que vinculen razonablemente al procesado con los hechos que se le imputan, pues solo se prevé excepcionalmente que se pueda decidir la admisibilidad de la prueba penal rechazada por el Juez de la Investigación Preparatoria en la etapa intermedia o cuando se haya descubierto con posterioridad, debiéndose formar convicción sobre la base de la prueba producida en el juicio oral. Garantía de imparcialidad que también se busca resguardar y se extiende en los supuestos en que el caso de fondo se

encuentre con sentencia condenatoria en grado de apelación ante la Sala Penal Superior; que además no permitiría que haya derecho al recurso, por ser esta la última instancia.

Sétimo. En el mismo sentido, el inciso dos del artículo trescientos veintitrés del Código Procesal Penal, señala que: 'el Juez de la Investigación Preparatoria, enunciativamente, está facultado para (...) pronunciarse sobre las medidas limitativas de derechos que requieran orden judicial y –cuando corresponda– las medidas de protección (...)'. De ello se deriva entonces, que es el Juez de la Investigación Preparatoria el que, garantizando el derecho de las partes, deberá citarlos a la audiencia de prolongación de prisión preventiva, escenario en el que evaluadas las circunstancias propuestas resuelva el pedido, atendiendo y analizando debidamente la posición de las partes, ello en el estadio en el que se encuentre el proceso, sin que tal situación signifique que la Sala Penal Superior al resolver el tema de fondo pueda desconocer lo resuelto por el Juez de la Investigación Preparatoria con los efectos perniciosos que se pudieran obtener par el proceso, como sería el hecho de que en los casos que se declare la nulidad de la sentencia de primera instancia, el encausado quede en libertad y se sustraiga a la acción de la justicia. Ello pues, el artículo doscientos setenta y siete del Código Procesal Penal, indica: 'el juez debe poner en conocimiento de la Sala Penal la orden de libertad, su revocatoria y la prolongación preventiva'.

Octavo. En conclusión, a efectos de salvaguardar tanto el principio de imparcialidad como el de pluralidad de instancias –esto último, pues se daría lugar a que en virtud del recurso de apelación la parte que se considere afectada pueda recurrir lo decidido por el Juez de la Investigación Preparatoria, ante el Superior Jerárquico–, se hace necesario establecer vía desarrollo jurisprudencial, que el encargado de resolver el pedido de prolongación de prisión preventiva , en todos los casos, es el Juez de la Investigación Preparatoria, conforme se ha procedido en el presente proceso".

Esta posición de la Corte Suprema es discutible porque en principio consagra un doble avocamiento cuando el caso está ya en juicio oral, haciendo que dos instancias si bien sobre temáticas distintas empiecen a conocer simultáneamente lo que conllevaría a un desorden procesal. Ahora se limita a los jueces de juicio para dictar medidas cautelares, porque bajo este criterio si el procesado rehúye al juzgamiento, el tribunal tampoco tendría poder para poder aplicar medidas de coerción. Esto es parte de ese criterio estático de la presunción

de inocencia y la fervorosa lucha por garantizar románticamente el derecho al juez imparcial a riesgo de encadenar el proceso judicial. Una visión poco realista, y no porque se propugne la imparcialidad sino que bajo el temor de perder esta, que más lo vemos en el plano subjetivo, es el juez que se dice a sí mismo "ya no soy imparcial" y dicté una decisión interlocutoria contra el procesado, entonces "me aparto", abdicando de su obligación de administrar justicia. También se señala que si un juzgado colegiado no dicta una prolongación no se podría revisar, y en las competencias de las Salas Penales artículo 27 son competentes para conocer de las apelaciones de autos y sentencias de Juzgados de Investigación Preparatoria, y Jueces Penales Unipersonales y Colegiados. No hay una prohibición expresa, por lo que estimamos que esta regla jurídica de la Corte Suprema no es jurídicamente sostenible.

VI. Cómputo del plazo de prisión preventiva

Tanto en el CPP y el NCPP (art. 275.1) se establece como regla que no se computará los plazos de prisión preventiva, cuando la causa sufre dilaciones maliciosas que puedan atribuirse al imputado o su defensa. Por ejemplo, un procesado que no asiste a juicio oral finge enfermedad, que no tiene justamente para que se venza el plazo de detención o prisión. Los recursos de los abogados que tiendan a entrampar el proceso, los que deben ser manifiestos, recurrentes, de tal forma que ese plazo logrado maliciosamente se sustraigan del cómputo. Esto incluso obliga al Juez denunciar al abogado defensor ante las comisiones de ética de los colegios de abogados.

Como bien anota San Martín Castro[(351)] también se puede inferir dilación maliciosa cuando encuadren dentro de los supuestos del artículo 112 del Código Procesal Civil sobre Temeridad o mala fe y que son:

1. Cuando sea manifiesta la carencia de fundamento jurídico de algún recurso, absolución o medio impugnatorio;
2. Cuando a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad;
3. Cuando se sustrae, mutile o inutilice alguna parte del expediente;
4. Cuando se utilice el proceso o acto procesal para fines claramente ilegales o con propósitos dolosos o fraudulentos;
5. Cuando se obstruya la actuación de medios probatorios;

(351) SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*. Vol. II, Grijley, Lima, 2001, p. 840.

6. Cuando por cualquier medio se entorpezca reiteradamente el desarrollo normal del proceso; y

7. Cuando por razones injustificadas las partes no asisten a la audiencia generando dilación.

De conformidad al artículo 9 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los jueces pueden llamar la atención, o sancionar con apercibimientos, multas, pedidos de suspensión o destitución, o solicitar su sanción, de todas las personas que se conduzcan de modo inapropiado, actúen de mala fe, planteen solicitudes dilatorias o maliciosas y en general, cuando falten a los deberes. Esta facultad es extensiva a los abogados. Esta facultad comprende también a los abogados. De aquí también podemos derivar la sanción al procesado, no computándole el tiempo que se ha extendido innecesariamente por responsabilidad de este.

En el auto dictado por el 2º Juzgado de Investigación Preparatoria de Piura Exp. N° 2840-2010-0-2001-JR-PE-02(352) del 8 de noviembre de 2010 sobre las dilaciones maliciosas ha señalado:

> "(…) Nos encontramos (…) ante comportamientos obstruccionistas por parte del abogado defensor del investigado, el cual no ha presentado disposición alguna para llevar a cabo la audiencia de ampliación de prisión preventiva, lo que generó que dicha audiencia no se haya realizado hasta en dos oportunidades". "(…) Por lo que no podría ampararse lo peticionado [libertad procesal por exceso de carcelería] en tanto se encuentra pendiente de resolver necesariamente el pedido de ampliación de prisión preventiva lo cual fue efectuado antes del vencimiento del plazo de prisión preventiva".

El cómputo del plazo de detención en el artículo 137 del CPP de 1991 cuando se trate de procesos complejos o se hubiere declarado la nulidad, no considerará el tiempo transcurrido hasta la fecha del nuevo auto apertorio de instrucción. En los casos en que se declare la nulidad de procesos seguidos en fueros diferentes, el plazo se computa desde la fecha en que se dicte el nuevo auto de detención. Esta decisión del legislador hay que contextualizarla por la anulación de los procesos penales que se llevaron en el fuero militar, declarados violatorios del derecho al juez natural por el Tribunal Constitucional. En la práctica los procesados que habían sido condenados por la justicia militar, básicamente por terrorismo iban a solicitar la excarcelación por vencimiento del plazo de detención preventiva, lo que ocasionó en su momento alarma social,

(352) Jurisprudencia Nacional CPP. *Comisión especial de la Reforma Procesal Penal*. Lima, 2012, p. 48.

pues no era admisible que se liberara a procesados que habían cometido delitos gravísimos como Abimael Guzmán Reynoso. Estas mismas reglas se reproducen en el NCPP (art. 272.2) y con más precisión se dice que en los casos en que se declare la nulidad de procesos seguidos ante la jurisdicción militar y se ordene el conocimiento o de los hechos imputados a la jurisdicción ordinaria, el plazo se computará desde la fecha en que se dicte el nuevo auto de prisión preventiva, a requerimiento del Ministerio Público.

VII. Revocatoria

El liberado por haber vencido el plazo de detención o prisión preventiva, no tiene carta en blanco para hacer lo que quiera por lo que ante el incumplimiento de las reglas que se le hubiesen impuesto la libertad le puede ser revocada. El artículo 276 del NCPP prevé la revocatoria si el imputado no cumple con asistir, sin motivo legítimo, a la primera citación que se le formule cuando se considera necesaria su concurrencia. En la práctica la orden judicial a veces es letra muerta y los procesados negligentemente pueden provocar su encarcelamiento.

Para decidir sobre la revocatoria el Juez de la Investigación Preparatoria citará a una audiencia para decidir sobre el requerimiento fiscal, puesto que esta es la parte legitimada y el juez no podría revocar de oficio. La audiencia se celebrará con los asistentes que concurran. El juez dictará resolución inmediatamente o dentro de las 48 horas de su celebración.

Todas las decisiones adoptadas por el juez como la libertad, su revocatoria o prolongación preventiva debe informar a la Sala Penal obligatoriamente (art. 277). De esta situación se pueden derivar procesos disciplinarios si se han adoptado las decisiones fuera de un debido proceso.

VIII. Impugnación de la prisión preventiva

La decisión del juez de aceptar o denegar la prisión preventiva puede ser materia de impugnación por parte del afectado con la decisión y el plazo para presentar la apelación son de tres días de notificado (art. 278), debiendo elevarse los actuados dentro de las 24 horas. La apelación se concede con efecto devolutivo y sin efecto suspensivo por lo que la prisión debe ejecutarse.

La Sala se pronunciará previa vista de la causa. Esta debe realizarse dentro de las 72 horas de recibido el expediente, con citación del Fiscal Superior y

del defensor del imputado. La resolución puede expedirse el mismo día o dentro de 48 horas bajo responsabilidad. Dependerá de la organización de la Sala, de las causas que maneja para cumplir dentro de este plazo, pues la idea que se ha ofrecido con el NCPP es la celeridad. La Sala entre sus opciones puede revocar o confirmar, pero también puede declarar nulo el auto disponiendo que otro juez sea el que dicte la resolución previa audiencia.

La medida cautelar conforme a la reglas *rebus* (sic) *stantibus* puede variar para mayor aflicción del imputado. Si en el curso de la investigación se dan los supuestos de *fumus comissi delicti* y *periculum in mora*, el fiscal podrá requerir que el juez dicte prisión preventiva. Por ejemplo el imputado se muestra reacio a acudir a las diligencias programadas por el fiscal o trata de huir. La decisión se toma en audiencia con citación de las partes.

IX. Variación de la medida cautelar

El CPPMI señala que el auto que imponga una medida de coerción o la rechace es revocable o reformable, aun de oficio (art. 218). Y que se debe realizar un examen obligatorio de la prisión preventiva cada tres meses conforme al siguiente procedimiento.

> "**219. Examen obligatorio de la prisión**. Cada tres meses, sin perjuicio de aquellas oportunidades en que se dispone expresamente, el juez de la instrucción o el tribunal competente examinará los presupuestos de la prisión o internación y, según el caso, ordenará su continuación, su sustitución por otra medida o la libertad plena del imputado.
>
> El examen se producirá en audiencia oral, a la cual serán citados todos los intervinientes, con aquellos que concurran, después de la cual el tribunal decidirá inmediatamente. El tribunal podrá interrumpir la audiencia o la decisión, por un lapso breve, con el fin de practicar una averiguación sumaria.
>
> El plazo se interrumpirá en los casos previstos por los artículos 220 y 221, comenzándose a contar íntegramente, a partir de la decisión".

Si bien tenemos que hay una obligación de oficio con plazo, esto no es una prohibición para que el afectado y su defensa soliciten la revisión de la medida.

> "**220. Examen a pedido del imputado**. El imputado y su defensor podrán provocar el examen de la prisión y la internación, o de cualquier

> otra medida de coerción personal que hubiere sido impuesta, en cualquier momento del procedimiento. La audiencia prevista en el artículo anterior se llevará a cabo dentro de las veinticuatro horas".

La denegatoria de la revisión permite a las partes que puedan abrir en instancia superior un escenario de revisión mediante la queja, que es sin efecto suspensivo:

> "**221. Queja durante el procedimiento preparatorio**. Durante el procedimiento preparatorio, el Ministerio Público y el imputado, o su defensor, podrán provocar el examen de las medidas de coerción personal, impuestas o rechazadas por el juez de la instrucción, ante el tribunal competente para el procedimiento intermedio. La queja no tiene efecto suspensivo y el procedimiento se regirá por lo dispuesto en el artículo anterior, salvo el plazo, que se extenderá a cinco días.
>
> La queja no estará sujeta a un plazo, ni estará condicionada por un examen previo del juez de la instrucción".

El procedimiento penal de Chile también tiene regulada el reexamen de las medidas de prisión preventiva, con el procedimiento correspondiente:

> "Artículo 144.- Modificación y revocación de la resolución sobre la prisión preventiva. La resolución que ordenare o rechazare la prisión preventiva será modificable de oficio o a petición de cualquiera de los intervinientes, en cualquier estado del procedimiento.
>
> Cuando el imputado solicitare la revocación de la prisión preventiva el tribunal podrá rechazarla de plano; asimismo, podrá citar a todos los intervinientes a una audiencia, con el fin de abrir debate sobre la subsistencia de los requisitos que autorizan la medida.
>
> Si la prisión preventiva hubiere sido rechazada, ella podrá ser decretada con posterioridad en una audiencia, cuando existieren otros antecedentes que, a juicio del tribunal, justificaren discutir nuevamente su procedencia".

Si el tribunal considera en su revisión de parte o de oficio que se puede sustituir la prisión por otras menos gravosa, asi lo acordará,

> "Artículo 145.- Substitución de la prisión preventiva y revisión de oficio. En cualquier momento del procedimiento el tribunal, de oficio o a petición de parte, podrá substituir la prisión preventiva por alguna

de las medidas que se contemplan en las disposiciones del Párrafo 6 de este Título.

Transcurridos seis meses desde que se hubiere ordenado la prisión preventiva o desde el último debate oral en que ella se hubiere decidido, el tribunal citará de oficio a una audiencia, con el fin de considerar su cesación o prolongación".

Si el tribunal decide cambiar la prisión por otra menos gravosa, tendrá que asegurarse que la alternativa permita que el procesado pueda estar preso a los llamados a comparecer. La opción que se usa es la caución de naturaleza pecuniaria.

"Artículo 146.- Caución para reemplazar la prisión preventiva. Cuando la prisión preventiva hubiere sido o debiere ser impuesta únicamente para garantizar la comparecencia del imputado al juicio y a la eventual ejecución de la pena, el tribunal podrá autorizar su reemplazo por una caución económica suficiente, cuyo monto fijará.

La caución podrá consistir en el depósito por el imputado u otra persona de dinero o valores, la constitución de prendas o hipotecas, o la fianza de una o más personas idóneas calificadas por el tribunal.

Artículo 147.- Ejecución de las cauciones económicas. En los casos de rebeldía o cuando el imputado se sustrajere a la ejecución de la pena, se procederá a ejecutar la garantía de acuerdo con las reglas generales y se entregará el monto que se obtuviere a la Corporación Administrativa del Poder Judicial.

Si la caución hubiere sido constituida por un tercero, producida alguna de las circunstancias a que se refiere el inciso anterior, el tribunal ordenará ponerla en conocimiento del tercero interesado, apercibiéndolo con que si el imputado no compareciere dentro de cinco días, se procederá a hacer efectiva la caución.

En ambos casos, si la caución no consistiere en dinero o valores, actuará como ejecutante el Consejo de Defensa del Estado, para lo cual el tribunal procederá a poner los antecedentes en su conocimiento, oficiándole al efecto".

Como la caución es una alternativa a la prisión, la cancelación de esta será si se dan los siguientes supuestos:

"Artículo 148.- Cancelación de la caución. La caución será cancelada y devueltos los bienes afectados, siempre que no hubieren sido ejecutados con anterioridad:

a) Cuando el imputado fuere puesto en prisión preventiva;

b) Cuando, por resolución firme, se absolviere al imputado, se sobreseyere la causa o se suspendiere condicionalmente el procedimiento, y

c) Cuando se comenzare a ejecutar la pena privativa de libertad o se resolviere que ella no debiere ejecutarse en forma efectiva, siempre que previamente se pagaren la multa y las costas que impusiere la sentencia".

En esta línea de variación en el NCPP el imputado está legitimado para solicitar el cese de la prisión preventiva, petición que deberá resolverse igualmente en audiencia (art. 283). Si bien se deben valorar los nuevos actos de investigación que debiliten los presupuestos de la prisión preventiva, también se establece que el juez adicionalmente considere, las características personales del imputado, el tiempo transcurrido desde la privación de libertad y el estado de la causa, eso fundamentalmente para medir la proporcionalidad y temporalidad de la prisión, de tal forma que no se convierta en una pena anticipada. Si decide variar la prisión por comparecencia le impondrá reglas para arraigarlo al proceso penal.

El auto puede ser apelado dentro de tercer día de notificado. La excarcelación se debe ejecutar inmediatamente.

Si un imputado logró su libertad, lo ideal es que cumpla con las reglas impuestas, de lo contrario se puede volver a dictar prisión. Un dato objetivo para revocar es la infracción de las reglas, o no asiste a las diligencias injustificadamente o trata de fugar. Si se le ha impuesto una caución, está ya no es recuperada porque se ejecuta la garantía ingresándola a los fondos del sistema de administración de justicia.

Capítulo V
Medidas cautelares restrictivas

I. La comparecencia

La regla de las medidas cautelares es la libertad, mientras que la excepción es la prisión preventiva. En el Código Procesal Penal de Costa Rica se procede a establecer medidas alternativas de la siguiente forma:

> "**Artículo 244.- Otras medidas cautelares**
>
> Siempre que las presunciones que motivan la prisión preventiva puedan ser evitadas razonablemente con la aplicación de otra medida menos gravosa para el imputado, el tribunal competente, de oficio o a solicitud del interesado, deberá imponerle en su lugar, en resolución motivada, alguna de las alternativas siguientes:
>
> a) El arresto domiciliario, en su propio domicilio o en custodia de otra persona, sin vigilancia alguna o con la que el tribunal disponga.
>
> b) La obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada, que informará regularmente al tribunal.
>
> c) La obligación de presentarse periódicamente ante el tribunal o la autoridad que él designe.
>
> d) La prohibición de salir sin autorización del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el tribunal.
>
> e) La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o de visitar ciertos lugares.
>
> f) La prohibición de convivir o comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afecte el derecho de defensa.

g) Si se trata de agresiones a mujeres y niños o delitos sexuales, cuando la víctima conviva con el imputado, la autoridad correspondiente podrá ordenarle a este el abandono inmediato del domicilio.

h) La prestación de una caución adecuada.

i) La suspensión en el ejercicio del cargo cuando se le atribuye un delito funcional.

Si la calificación jurídica del hecho admite la aplicación de una pena de inhabilitación, el tribunal podrá imponerle, preventivamente, que se abstenga de realizar la conducta o la actividad por las que podría ser inhabilitado".

Las medidas de acuerdo a la naturaleza del caso pueden combinarse para darle mayor eficacia a las mismas, permitiendo que el proceso judicial pueda avanzar con la colaboración del imputado. Las alternativas pueden comprender fianzas o cauciones.

"**Artículo 245.- Imposición de las medidas**

El tribunal podrá imponer una sola de las alternativas previstas en el artículo anterior o combinar varias de ellas, según resulte adecuado al caso, y ordenará las medidas y las comunicaciones necesarias para garantizar su cumplimiento.

En ningún caso se utilizarán estas medidas, desnaturalizando su finalidad ni se impondrán otras cuyo cumplimiento es imposible.

Artículo 246.- Caución juratoria

También se podrá prescindir de toda medida de coerción, cuando la promesa del imputado de someterse al procedimiento, de no obstaculizar la investigación y de abstenerse de cometer nuevos delitos, sea suficiente para eliminar el peligro de fuga, obstaculización o reincidencia.

Artículo 247.- Exención de prisión

Si el imputado está en libertad, podrá solicitar al tribunal que lo exima de la posible aplicación de la prisión preventiva, acordando al efecto alguna de sus medidas sustitutivas".

En los casos vinculados a delitos contra la familia, la normativa costarricense establece medidas cautelares que deberían ser replicados en el sistema

ante la alta incidencia de la violencia de género en los que hay una afectación contra el entorno familiar.

> "**Artículo 248**(353)**.- Abandono del domicilio**
>
> El abandono del domicilio como medida precautoria deberá establecerse por un plazo mínimo de un mes, sin que pueda exceder de seis; podrá prorrogarse por periodos iguales, si así lo solicita la parte ofendida y si se mantienen las razones que lo justificaron.
>
> La medida podrá interrumpirse, cuando haya reconciliación entre ofendido e imputado, siempre que tal circunstancia la manifieste la parte ofendida ante la autoridad jurisdiccional.
>
> Para levantar la medida precautoria, el imputado deberá rendir caución juratoria de que no reincidirá en los hechos. Antes de levantar la medida, se escuchará el criterio de la víctima, si puede ser localizada. Si se trata de una víctima que está siendo objeto de protección, el fiscal a cargo del caso deberá informar sobre la audiencia a la víctima; para ello podrá coordinar lo pertinente con la Oficina de Atención a la Víctima del Delito.
>
> Cuando se trate de personas ofendidas menores de edad, el cese de esta medida precautoria solo procederá, cuando se constate la inexistencia de riesgo para la víctima y el representante del Patronato Nacional de la Infancia (PANI) así lo recomiende".

La comparecencia, pese a que es considerada una medida cautelar, es menos aflictiva porque lo que se le impone como regla genérica al imputado es que asista las veces que sea llamado, de allí el término compareciente, siempre bajo apremio de dictársele una medida más aflictiva.

Pueden ser de dos clases: comparecencia simple o comparecencia restrictiva.

1. Comparecencia simple

Es aquella que no tiene restricciones adicionales para el procesado y se dicta en los siguientes supuestos:

(353) Reformado el artículo 248 por el artículo 16 de la Ley N° 8720 del 4 de marzo de 2009, publicada en: *La Gaceta*. N° 77, del 22 de abril de 2009.

Si el fiscal no solicita prisión preventiva al vencimiento de la detención por flagrancia o preliminar, si no pide prórroga o convalidación pues es el legitimado para hacerlo, el juez dictará por defecto comparecencia simple (art. 286). El fiscal puede incurrir en omisión ya que en el antiguo modelo no había requerimiento de prisión preventiva dejando librado al arbitrio judicial. En todo caso en una señal de prudencia, el juez debiera preguntarle al fiscal si se ratifica en no solicitar la prisión para dictar pues la comparecencia.

Si hay requerimiento expreso, podrá dictar comparecencia simple si no concurren los requisitos para dictar prisión preventiva y además el hecho investigado esté sancionado con una sanción leve o los actos de investigación aportados no lo justifiquen (art. 291).

La infracción de la comparecencia simple, esto es que el imputado no asista injustificadamente a la diligencia, determinará que se disponga que sea conducido compulsivamente por la Policía.

Lo que no se ha determinado es el quántum de pena leve. Si nos remitimos al Código Penal, como referencia tenemos los delitos de lesiones leves o coacción cuyas penas máximas son de 2 años, u omisión de socorro que es de 3 años. Si la prognosis de pena para determinar prisión preventiva es pena mayor a 4 años entonces este parámetro nos permite establecer que en delitos leves la pena máxima razonablemente puede ser no más de 3 años. Más de cuatro años ya estaríamos ante penas de gravedad intermedia.

2. La comparecencia restrictiva

Aparte de la obligación de comparecer al proceso, el juez puede disponer reglas que aseguren su arraigo procesal, por eso se denomina comparecencia restrictiva. Se prevé la posibilidad de emplearse tecnología como los grilletes electrónicos, pero en nuestro país no se ha implementado por desidia de las autoridades del ejecutivo.

El juez proporcionalmente dispondrá las restricciones que sean necesarias con los apercibimientos que pueden ser la más grave, la revocación de la comparecencia.

En el auto dictado por el Juez de Moquegua Exp. N° 2008-00350-14-2801-JR-PE-1 del 31 de julio de 2008 se desarrolla respecto del objeto de la imposición de restricciones así:

> "(…) tiene como objeto conseguir los fines del proceso, en tanto se haga necesaria la presencia del imputado para cumplir con la pretensión

punitiva, debiéndose imponerse dentro de un margen de razonabilidad y proporcionalidad, respetando además la judicialidad en la emisión de la misma, la temporalidad y reformabilidad de la coerción personal"[354].

En el siguiente auto del Exp. N° 2008-11067-Sala de Apelaciones de Arequipa, se considera que no es atendible la prisión preventiva por lo que confirma la comparecencia con restricciones: "habiendo el presunto agente del delito confesado y no configurándose los presupuestos materiales de la prisión preventiva en los términos que establece el artículo 268 del Código Procesal Penal, debe imponerse mandato de comparecencia restrictiva, pues se encuentra acreditado que el imputado tiene arraigo local, cuenta con familia y trabajo conocido"[355].

2.1. Restricciones

Las restricciones que pueden imponerse de acuerdo al criterio del juez son:

- La obligación de someterse al cuidado y vigilancia de una persona o institución determinada, quién informará periódicamente en los plazos designados. La propuesta de esta persona o instituciones debe ser realizada por las partes procesales como el Ministerio Público o el imputado. En nuestro país no se ha desarrollado este tópico por lo que se hace necesario que el Ministerio Público y el Poder Judicial establezcan un perfil.

- La obligación de no ausentarse de la localidad en la que habitualmente que reside. Prohibición de concurrir a determinados lugares que creen condiciones para promover actividades delictivas, o el deber de presentarse a la autoridad en los días que se le fijen.

- Prohibición de comunicarse con personas determinadas, como la víctima, siempre que no se afecte el derecho de defensa, no se le podría prohibir que se reúna con su abogado o testigos.

- La prestación de una caución económica de acuerdo a las posibilidades que del imputado para pagarla. Se prevé que un tercero se sustituya como obligado como fiador, debiendo el juez asegurar la posibilidad de ejecutar la fianza ante el incumplimiento.

(354) ESPINOZA GOYENA, Julio César. Ob. cit., p. 76.
(355) Ibídem, p. 105.

Las restricciones que se imponen al procesado pueden ser objetadas mediante recursos impugnatorios, si estas son desproporcionadas, y si hay agotamiento de los mecanismos intra procesales, puede recurrirse al Hábeas Corpus para controlar la legitimidad constitucional. En la STC Exp. Nº 3509-2009-PHC/TC Walter Gaspar Chacón Málaga del 19 de octubre de 2009 se desarrollan el sustento para ese control de la siguiente forma:

> "Como se podrá apreciar, el ámbito de protección del hábeas corpus ha sido extendido a la tutela del debido proceso, lo que supone el otorgamiento, al Juez Constitucional, de la facultad de emitir pronunciamiento ante la eventual vulneración del derecho fundamental antes mencionado; siendo necesario para ello la verificación, en el caso concreto, de la conexidad entre este (debido proceso) y la libertad individual. Así lo ha entendido y establecido el Colegiado Constitucional en su jurisprudencia, al señalar que: '(…) si bien el proceso de hábeas corpus no tiene por objeto proteger en abstracto el derecho al debido proceso (...) habida cuenta de que se han establecido judicialmente restricciones al pleno ejercicio de la libertad locomotora, tras la imposición de la medida cautelar de detención preventiva, el Tribunal Constitucional tiene competencia, *ratione materiae*, para evaluar la legitimidad constitucional de los actos judiciales considerados lesivos (…)' (STC Exp. Nº 06402-2006-PHC/TC). (…) Así las cosas, es pertinente (…) verificar si la alegada vulneración del debido proceso efectuada por el recurrente lleva aparejada el requisito de conexidad al que se ha hecho referencia en los fundamentos precedentes. Así analizado el expediente, se puede concluir (…) que el recurrente tiene la medida coercitiva personal de comparecencia con restricciones, como por ejemplo la de no ausentarse del lugar de su residencia sin previo aviso del juez, comparecer cada 15 días y de manera personal al juzgado a informar y justificar sus actividades bajo apercibimiento de revocársele la medida coercitiva impuesta. Todo ello, a juicio de este Colegiado, constituye una injerencia en la esfera de libertad de la persona del recurrente, con lo que le está completamente legitimado a este Tribunal analizar el fondo de la controversia constitucional planteada".

Las reglas de conducta que se fijan en la comparecencia restringida, afectan sin ninguna duda la libertad personal, de tal manera que como lo establece la doctrina jurisprudencial constitucional es posible su control vía el hábeas corpus.

2.2. Caución

Es una suma de dinero, fijada por el juez, que se emplea como garantía de cumplimiento de alguna obligación impuesta a un procesado. Para la fijación del monto se considera 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 este para ponerse fuera del alcance de la autoridad fiscal o judicial (art. 289).

No se podrá imponer una caución a una persona que no cuenta con los recursos y por las características del hecho atribuido. En la resolución de la Primera Sala Superior Especial Exp. N° 103-2008-A-Lima, del 5 de agosto de 2009 se revocó la decisión del juez de imponer una caución a una funcionaria del área de contabilidad de la PNP ascendente a la suma de 3,000 soles por la razón que según boleta de pago ganaba menos de 900 soles, tenía carga familiar una hija en colegio y que había sido suspendida sin goce de haber por 12 meses. La Sala precisa que la caución debe considerar la capacidad de pago del imputado, aunque también es posible que un imputado ofrezca como alternativa la fianza.

La caución se deposita en el Banco de la Nación, pero si es insolvente podrá ofrecer fianza personal y podrán obligarse tanto personas naturales como jurídicas quienes serán responsables solidarios. Los bancos privados pueden ofrecer cartas fianzas por plazos renovables. El fiador debe tener capacidad para contratar y acreditar solvencia suficiente, pues de lo contrario en una ejecución sería incobrable.

Otra opción para el imputado es que la caución fijada pueda ser garantizada por bienes. Se podrá constituir depósito de efecto público o valores cotizables u otorgue garantía real por la cantidad que el juez determine. Estas modalidades son cuando la fianza por ejemplo sea ineficaz.

Como es una garantía, si el imputado es 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. También quedará sin efecto la garantía patrimonial constituida y la fianza personal otorgada. Si hay condena consideramos que la caución fenece como garantía, pero podría eventualmente trabarse embargo para garantizar el pago de la reparación civil que se impuso.

En la jurisprudencia constitucional la STC Exp. N° 6342-2005-PHC/TC-Loreto, del 8 de noviembre de 2005 se ventiló un caso vinculado a una caución.

A la accionante se le cambió la detención por comparecencia restringida y como regla el pago de caución que debía abonarse dentro de las 72 horas para disponer la libertad. Esta condición la accionante la consideró ilegal y arbitraria, señalando que el pago de la caución no puede constituir exigencia o condición previa para dictarse la excarcelación de la actora, siendo solamente obligatorias las reglas de conducta impuestas en la resolución cuestionada y que además es una ilegalidad de acuerdo al artículo 143 del CPP de 1991 que prevé que la caución económica se sujetará a las posibilidades económicas del procesado.

El TC examinando el caso precisó que la caución fijada (1,500 soles) se encontraba dentro de las posibilidades que tiene el juez para fijar restricciones y que el pago del monto indicado es una medida restrictiva, previa a su excarcelación, que tiene como objeto asegurar su concurrencia al proceso, fijándose como medida compulsiva un plazo de 72 horas para asegurar el eficaz cumplimiento de esta. Que una vez cumplida la condición previa del pago, correspondía a la accionante cumplir con las reglas de conducta impuestas, operando el apercibimiento en caso contrario, lo cual no constituye violación de sus derechos constitucionales, ya que el juez, como director del proceso, tiene la potestad de dictar las normas que considere necesarias para su desarrollo eficiente por lo que declaró infundada la demanda de hábeas corpus.

II. Arresto domiciliario

1. Generalidades

Esta medida cautelar es también considerada la comparecencia más restrictiva, porque hay limitación al derecho de locomoción de una persona, ya que si bien no se encuentra dentro de un centro de reclusión, lo está en el propio domicilio del que no puede salir.

En el Código de Procedimientos Penales de Bolivia (Ley N° 1970) en su artículo 240, se establece que es una medida sustitutiva cuando sea improcedente la detención preventiva, pero exista peligro de fuga u obstaculización del procedimiento. Esta detención puede ser en el propio domicilio o en el de otra, sin vigilancia o con la que el juez disponga. Si no puede sostenerse económicamente se autorizará que se ausente a trabajar. Esta línea de medida sustitutiva a la prisión preventiva es seguida por el Código Orgánico Procesal Penal de Venezuela del 23 de enero 1998 artículo 265.

En el Código Procesal Penal Argentino (Ley N° 23.984) del 4 de setiembre de 1991 se prevé la prisión domiciliara artículo 314 cuando a estas de acuerdo

a los delitos del Código Penal corresponda la prisión en domicilio. Aquí es una suerte de pena adelantada.

Es en la legislación colombiana en su Código de Procedimiento Penal (Ley Nº 600) del 24 de julio de 2000, artículo 363 en el que se desarrollan supuestos que también ha seguido el modelo peruano, como es que el sindicado fuere mayor de sesenta y cinco (65) años, siempre que su personalidad y la naturaleza o la modalidad de la conducta punible hagan aconsejable la medida. A la sindicada le falten menos de dos (2) meses para el parto o cuando no hayan transcurrido seis (6) meses desde la fecha en que dio a luz, o si el sindicado estuviere en estado grave por enfermedad, previo dictamen de los médicos oficiales. En estos casos el juez determinará si el imputado debe permanecer en su domicilio, en clínica u hospital. El beneficiado debe suscribir un acta en la cual se compromete a permanecer en el lugar, no cambiar sin previa autorización de domicilio y a presentarse ante el juez cuando fuere requerido. Se fijara además una caución. El Código de Procedimiento Penal de Ecuador. (Ley Nº 000. RO/Sup. 360) del 13 de enero de 2000, también sigue este modelo en el artículo 171.

En el NCPP la detención domiciliaria tiene como destinatarios a aquellas personas, a quienes pese a corresponderle se les aplique prisión preventiva están dentro de estas situaciones:

- Tienen más de 65 años de edad;
- Adolecen de una enfermedad grave o incurable;
- Sufren grave incapacidad física permanente que afecte sensiblemente su capacidad de desplazamiento;
- Se encuentran en gestación (art. 290).

Además la detención domiciliaria está condicionada a que el peligro de fuga o de obstaculización pueda evitarse razonablemente con su imposición, puesto que si ha existido ex ante fuga u obstaculización no se podría disponer dicha medida.

Se prevé que 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. En la práctica una detención domiciliaria acarrea gastos, porque hay que ponerle obligatoriamente custodia policial y el inmueble de los imputados muchas veces no es seguro para evitar una

fuga, o de pronto no tienen residencia en el país por lo que esto conllevó a que se ubicaran lugares como ficción de domicilio, creándose una suerte de análogos de cárceles pero con menos rigor. Solo recordemos el caso de Santa Bárbara en el Callao, donde se hacinaban los internos con arresto domiciliario y la seguridad era muy difícil de controlar, creándose condiciones para las fugas.

El arresto puede conllevar además, que cuando el juez a pedido del fiscal lo considere necesario, 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 del cumplimiento de las obligaciones impuestas corresponde al Ministerio Público y a la autoridad policial. Se admite la posibilidad de acumular a la detención domiciliaria una caución.

La medida tampoco puede ser indefinida por lo que respetando la regla de temporalidad, el plazo de duración de detención domiciliaria es el que el fijado para la prisión preventiva según el NCPP, esto es 9 meses a 18 meses.

La medida sujeta a variabilidad puede levantarse y dictarse comparecencia restringida o también, previo informe pericial, por ejemplo de la madre que estuvo embarazada y que ya dio a luz a un niño, el juez podrá ordenar la prisión preventiva de la procesada. Esta situación tendrá que ponderarla el juez.

2. Jurisprudencia constitucional y arresto domiciliario

En la STC Exp. Nº 0019-2005-PI/TC del 21 de julio de 2005 Caso Wolfenson se aborda sistemáticamente desde una perspectiva constitucional el arresto domiciliario, medida cautelar empleada en casos de delitos de corrupción. Tuvo su origen en la demanda presentada por un grupo de congresistas contra el Congreso de la República por haber dictado la Ley Nº 28568. Sobre esta medida el TC señala que existen dos grandes modelos de regulación de esta acción cautelar, que han sido objeto de recepción en la legislación comparada.

> "El primero es el modelo amplio de detención domiciliaria, que se caracteriza por las siguientes notas: a) la detención domiciliaria es considerada como una medida alternativa a la prisión provisional; b) tiene carácter facultativo para el juez; c) el sujeto afecto a dicha medida puede ser cualquier persona, y d) la medida puede ser flexibilizada por razones de trabajo, de salud, religiosas, entre otras circunstancias justificativas. Este modelo ha sido acogido, por ejemplo, por Bolivia, Chile y Costa Rica. En estos supuestos, las legislaciones suelen acudir a la nomenclatura 'arresto domiciliario' antes que a

> la de 'detención domiciliaria', a efectos de evitar confusiones con la detención preventiva.
>
> El segundo modelo es el restringido, y sus notas distintivas son: a) la detención domiciliaria es una medida sustitutiva de la prisión provisional; b) se impone de manera obligatoria en defecto de la aplicación de la prisión provisional, esto es, cuando no puede ejecutarse la prisión carcelaria; c) se regula de manera tasada para personas valetudinarias (vale decir, madres gestantes, mayores de 65 años, enfermos graves, entre otros); d) excepcionalmente, admite su flexibilización mediante permisos en casos de urgencia. La Ley de Enjuiciamiento Criminal española ha adoptado este modelo. Lo propio ha acontecido con el Código Procesal Penal peruano de 2004, aún no vigente" (Téngase presente que esta es una sentencia de 2005).

En esta línea podemos afirmar que tanto el Código Procesal Penal de 1991 en su artículo 143 y continuado por el NCPP responden a un modelo mixto.

Respecto a la tendencia de equiparar el arresto domiciliario con la detención preventiva el TC en la STC Exp. Nº 0019-2005-PI/TC dice:

> "(…) a la vista del ordenamiento procesal penal vigente, con la salvedad hecha a los supuestos de personas valetudinarias, el arresto domiciliario y la detención judicial preventiva son instituciones procesales penales sustancialmente distintas. De ahí que sea un despropósito acudir a ordenamientos que recogen modelos restringidos para justificar el tratamiento que debe otorgarse al arresto domiciliario en nuestro medio".

En la STC Exp. Nº 1565-2002-HC-Caso Chumpitaz Gonzales, el TC señaló que la detención domiciliaria se configura como una de las diversas formas a las que, de manera alternativa, puede apelar el juzgador con el objeto de evitar la detención judicial preventiva, y cuya validez constitucional se encuentra sujeta a los principios de subsidiaridad, provisionalidad, razonabilidad y proporcionalidad, en tanto que comporta una restricción, de la libertad locomotora del afectado con ella.

En la STC Exp. Nº 0731-2004-HC-Villanueva Chirinos, como doctrina jurisprudencial se precisa que la detención domiciliaria y la prisión preventiva responden a medidas de diferente naturaleza jurídica, en razón al distinto grado de incidencia que generan sobre la libertad personal del individuo. La detención domiciliaria supone una intromisión a la libertad menos gravosa, pues resulta

una menor carga psicológica, debido a que no es lo mismo permanecer por disposición judicial en el domicilio que en prisión, siendo menos estigmatizante.

III. La internación preventiva

1. Antecedentes

Ante la posibilidad que el investigado sobre el que pesa prisión preventiva tenga problemas de salud mental y se le aplique en el futuro una medida de seguridad, y sea imposible darle su libertad ya sea por su peligrosidad o el riesgo de fuga el CPPMI, permite un internamiento provisional en centro asistencial.

> "**215. Internación provisional.** Se podrá ordenar la internación del imputado en su establecimiento asistencial, cuando medien los siguientes requisitos:
>
> 1) La existencia de elementos de convicción suficientes para sostener, razonablemente, que el imputado es, con probabilidad, autor de un hecho antijurídico o participe en él y será internado definitivamente como resultado de procedimientos;
>
> 2) La comprobación por dictamen de dos peritos, de que el imputado sufre una grave alteración o insuficiencia de sus facultades mentales que lo tomaran peligroso para sí o para los demás;
>
> 3) La existencia de alguno de los peligros del inciso 2 del artículo 202(356).
>
> Rige, análogamente, los artículos 203(357) y de esta sección.
>
> Cuando concurran las circunstancias del inciso 2, el tribunal informará al tribunal competente para resolver sobre su incapacidad e internación y podrá a su disposición a quien estuviere detenido".

La internación provisional no se dará si no concurren elementos suficientes que el investigado es autor o participe del hecho imputado y será merecedor

(356) Artículo 202 del CPPMI. Prisión preventiva. Se podrá ordenar la prisión, después de oído el imputado, cuando medien los siguientes requisitos:

2) La existencia de una presunción razonable, por apreciación de las circunstancias del caso particular, acerca de que el imputado no se someterá al procedimiento (peligro de fuga) u obstaculizará la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización).

(357) Son los supuestos del peligro de fuga.

de una medida de seguridad, pero si fuese absolutamente necesario para evitar el peligro de fuga o entorpecimiento de la actividad probatoria, se dispondrá el cumplimiento de reglas en libertad, lo que puede incluir la fijación de una caución como se dice en el artículo 216 del CPPMI.

> "**216. Falta de mérito.** Si no concurrieran los presupuestos del inc. 1 del artículo 202[358], y el inciso 1[359]. Del artículo 215, el tribunal, por auto, declarará la falta de mérito y no aplicará ninguna medida de coerción, salvo que, conforme a las circunstancias, la coerción fuera absolutamente imprescindible para evitar el peligro de fuga o de obstaculización para la averiguación de la verdad, caso en el cual solo podrá ordenar alguna de las medidas previstas en los incisos 3 a 7 del artículo 209. Las medidas cesarán al término del plazo inicial del artículo 262, si no concurrieren los presupuestos de los artículos 202 y 215".

Si no hay elementos de convicción suficientes que lo vinculen con el hecho imputado como autor o partícipe, se dispondrá el cese de todo tipo de medidas coercitivas, si se han cumplido seis meses del inicio de la investigación. Esta es una expresión del derecho a la presunción de inocencia y al plazo razonable.

Por el contrario si se ha dispuesto, al haberse cumplido los presupuestos, la internación preventiva el aprehendido tiene un conjunto de derechos garantizados en el artículo 217 del CPPMI, así como sus obligaciones y que se los enumera así:

> "**217. Tratamiento.** El encarcelado preventivamente será alojado en establecimientos especiales, diferentes a los que se utilizan para condenarlos a pena privativa de libertad, o, al menos en lugares absolutamente separados de los dispuestos para estos últimos, y tratados en todo momento como inocentes, que sufren la prisión con el único fin de asegurar el desarrollo correcto de procedimiento penal. El especial, los reglamentos carcelarios se ajustaran a las siguientes reglas:

(358) Artículo 202.1 del CPPMI. La existencia de elementos de convicción suficientes para sostener, razonablemente, que el imputado es, con probabilidad, autor de un hecho punible o participe en el (procesamiento);

(359) Artículo 215 del CPPMI. Internación provisional. Se podrá ordenar la internación del imputado en su establecimiento asistencial, cuando medien los siguientes requisitos:

1. La existencia de elementos de convicción suficientes para sostener, razonablemente, que el imputado es, con probabilidad, autor de un hecho antijurídico o participe en él y será internado definitivamente como resultado de procedimientos;

1. Los lugares de alojamiento y los servicios que garanticen las comodidades mínimas para la vida y la convivencia humanas serán sanos y limpios, de modo tal que aseguren el descanso, la nutrición, la atención de las necesidades fisiológicas y las mínimas necesidades para el desarrollo de la vida intelectual; el interno podrá procurarse, a sus expresas, comodidades superiores con las únicas restricciones relativas al espacio disponible y a la prohibición de ingresar elementos o sustancias, cuya tenencia se prohíba por ley, resulten peligrosos para la seguridad común, sirvan para preparar la fuga o provoquen graves desórdenes para la vida en común; en caso de existir en el establecimiento lugares comunes de alojamiento y celdas individuales, el imputado será consultado sobre su preferencia y, en lo posible, satisfecho su deseo.

2. El imputado dispondrá de su tiempo libremente y solo se le impondrá las restricciones imprescindibles para posibilitar la convivencia (horarios de comida y silencio nocturno); se asegurará, al menos un descanso nocturno de ocho horas; si el imputado decidiera trabajar conforme al ofrecimiento laboral del establecimiento, se atenderá el horario y las reglas determinadas para esa actividad.

3. El imputado gozará, dentro del establecimiento, de libertad ambulatoria, en la mayor medida que permitirán sus instalaciones; se garantizará, como mínimo, la posibilidad de que el imputado dedique dos horas diarias a actividades deportivas o recreativas, en los lugares dedicados a ello.

4. El imputado podrá tener consigo materiales de lectura y escritura, libros, revistas y periódicos; el material de lectura no será censurado y se proveerá de elementos de escritura y lectura a los internos de menores recursos; se pondrá a disposición de los imputados de periódicos del día, en cantidad suficiente para permitir que puedan mantenerse informados sobre lo que ocurre en el mundo exterior; se facilitará la continuación de los estudios.

5. La comunicación epistolar será libre, salvo grave sospecha acerca de la preparación de una fuga o de la continuación de la actividad delictiva, casos de los cuales regirán los artículo 165 y 166. Los imputados podrán ser visitados por familiares y amigos. Al menos dos veces por semana, en la forma y en los lugares adecuados, de manera que no signifique un menosprecio para su dignidad, ni impida su libre comunicación, derecho que solo será limitado

por el horario que disponga el establecimiento y, en cuanto a las personas, conforme a lo dispuesto por artículo 209, inciso 6. El imputado tendrá derecho a requerir visitas íntimas, en especial los casados o quienes convivan con otra persona unidos por lazos de efecto permanente, las cuales se llevaran a cabo de manera adecuada para resguardar el decoro, el recato y la tranquilidad; se garantizará, al menos, una visita de este tipo por mes.

6. Se cuidará adecuadamente la salud de los internos, quienes en caso de enfermedad, tendrán derecho a la asistencia por un médico de su confianza, a su costa; si la intervención médica es un establecimiento carcelario presenta riesgos para su salud, evitables en un establecimiento común, se consultará al enfermo, quien podrá asumir los gastos de la intervención particular.

7. Si el imputado lo solicita, se le facilitará asistencia religiosa, según sus creencias; se facilitará el ingreso de los ministros de los diversos cultos para celebrar las principales ceremonias religiosas en los días de culto.

8. El imputado que trabaje tendrá derecho a un salario, que recibirá mensualmente, y se cumplirá con las obligaciones previsionales.

Todo imputado que ingrese en un establecimiento carcelario, recibirá un impreso explicativo de sus derechos, de la organización del establecimiento, de sus horarios y obligaciones, con transcripción de este artículo.

El tribunal controlará el respeto de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones impuestos por esta regla; podrá designar también un inspector judicial con facultades suficientes para controlar el cumplimiento del régimen establecido. Excepcionalmente, podrá conceder permisos de salida, por un tiempo limitado, siempre que asegure convenientemente que esa medida no facilitará la fuga del imputado o entorpecerá la averiguación de la verdad.

Toda restricción que la autoridad encargada de la custodia imponga a los derechos concedidos al imputado, deberá ser comunicada inmediatamente al tribunal, con sus fundamentos, y este a la autoridad o revocará, según el caso.

El condenado que cumpla pena privativa de libertad y simultáneamente esté sometido a prisión preventiva, seguirá el régimen que impone su

condena y será trasladado al establecimiento que correspondiere, cercano al lugar donde se tramita el procedimiento, en lo posible. El tribunal podrá disponer que, por tiempo limitado, se lo mantenga en otro establecimiento".

2. En el NCPP

Esta medida de aseguramiento está destinada para un procesado presuntamente inimputable. El juez puede internarlo en un establecimiento psiquiátrico (art. 293 del NCPP).

Previa comprobación por peritos, de que sufre una grave alteración o insuficiencia de sus facultades mentales, que lo tornan peligroso para sí o para terceros. El informe pericial deberá ser valorado por el juez para determinar el internamiento.

También se debe determinar el *fumus comissi delicti*, esto es la existencia de elementos de convicción suficientes para sostener, razonablemente, que el procesado es autor de un hecho punible o partícipe y dada su salud mental se le aplique en el futuro una medida de seguridad de internación.

Debe considerarse también si hay elementos que determinen que no se someterá al procedimiento o va a obstruir actos de investigación.

Para decidir si se le realizará al interno una audiencia con presencia de las partes; sin embargo no será necesaria la concurrencia del imputado si su estado de salud no lo permite. Su abogado sí debe estar presente obligatoriamente. También el imputado puede ser representado por un familiar.

El juez de la investigación preparatoria después de ser informado por peritos sobre la salud mental del procesado, previa audiencia de las partes puede disponer como una manera de facilitar la preparación del dictamen sobre el estado psíquico del imputado, que este sea llevado para observación a un hospital psiquiátrico público.

Debe sustentarse en elementos de convicción de vinculación con el hecho punible y que por la gravedad le corresponda una medida de seguridad. El internamiento previo no puede durar más de un mes.

IV. El impedimento de salida

1. Definición

Esta es una restricción ambulatoria que puede imponer el juez, siempre que el delito esté sancionado con pena privativa de libertad mayor a 3 años según el NCPP (art. 295). El fiscal está legitimado para presentar el requerimiento. La limitación es que el procesado no puede abandonar el país. En la casuística tenemos que sin embargo por motivos de fuerza mayor, tratamiento médico que no puede realizarse en el país, se permitió temporalmente la salida, levantando la restricción en la Oficina de Migraciones del país, aunque debe tenerse en cuenta que hay lugares donde el control no es tan rígido por no estar interconectados los sistemas para que los oficiales de fronteras controlen las salidas, por lo que esto también en la práctica es relativo en cuanto a su eficacia. Las restricciones además pueden ser extendidas a los testigos que sean considerados importantes para la investigación.

La formalidad es que el requerimiento sea motivado, con los datos de identidad de la persona sea imputado o testigo, debiendo señalar el tiempo de duración de la medida guardando la provisionalidad.

La restricción será resuelta en audiencia con presencia de las partes siendo el plazo máximo 4 meses, prorrogable a otros 4 meses más. Originariamente el impedimento de salida previsto en el artículo 143 del CPP de 1991 no preveía ningún plazo lo que la hacía desproporcionada y arbitraria hasta que fue modificada por la Ley N° 29439, publicada el 19 noviembre 2009 fijando los mismos plazos establecidos por el NCPP. Los supuestos para ampliar son si hay circunstancias que importen una especial dificultad o prolongación de la investigación, y que el imputado pudiera sustraerse a la acción de la justicia.

En el caso de testigos la medida se levantará luego de realizada la declaración o actuación procesal que la determinó. El plazo para estos no pueden durar más de 30 días, entendible ya que estos no tienen la calidad de imputados y no puede aplicárseles restricciones de la misma forma que a estos.

El impedimento de salida del país no debe extenderse de modo indeterminado, porque sería violatorio del derecho de tránsito que tiene todo ciudadano.

En la jurisprudencia constitucional tenemos la STC Exp. N° 672-2001-HC/TC-caso Luis Alberto Chu Wong, del 2 de enero del año 2002 quien interpuso hábeas corpus contra una Jueza de Familia de Lima por considerar que se venía restringiendo su derecho de salida del país, al existir un mandato judicial

emanado de un procedimiento irregular. La orden devino de una obligación alimentaria que le fue generada empleando una partida de nacimiento falsa.

La jueza había desestimado el pedido de levantamiento del impedimento de salida al exterior del accionante porque el proceso de alimentos, se mantenía vigente.

El TC especifica que si bien es un hecho inobjetable que se declaró fundada la demanda de alimentos contra el accionante y generó la obligación de acudir con pensión alimentaria, de los actuados judiciales posteriores han creado la presunción de ilegitimidad en la referida obligación alimentaria como los autos del proceso sobre nulidad de matrimonio, seguido por don Alberto Chu Wong, y contra la demandante de alimentos. Estos elementos debieron haber sido tomados en cuenta por el juez, y también por el hecho de que las solicitudes de levantamiento del impedimento de salida le fueron trasladadas a la demandante, esta no absolvió, y que si bien el impedimento de salida tuvo algún sentido en el proceso de alimentos; pero imponerlo de manera indefinida la convierte en una restricción irregular.

La resolución administrativa del Consejo Ejecutivo Nº 134-2014-CE-PJ, del 23 de abril de 2014 ha aprobado entre varios protocolos de actuación conjunta con Ministerio Público y la Policía el de impedimento de salida. Esta medida tiene la finalidad de asegurar la residencia o fuga del imputado o de quien fue testigo de un evento criminal es la restricción de derecho a la libertad de tránsito y se justifica para que el imputado o testigo sea ubicado fácilmente cuando se le necesite dentro el proceso. El plazo de impedimento en diligencias preliminares es de 15 días y proceso penal es de 4 meses, prorrogables por igual tiempo en audiencia. La medida dictada debe estar en el sistema de requisitorias de la Policía. El Ministerio Público debe solicitar la prorroga antes del vencimiento del plazo.

V. La suspensión preventiva de derechos

1. Concepto y alcances

Un presupuesto de la suspensión de derechos es que el delito esté previsto con la inhabilitación, principal o accesoria o cuando sea necesario evitar la reiteración delictiva (art. 297 del NCPP).

Los supuestos para imponerla es que existan suficientes elementos probatorios de la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o

partícipe del mismo; y 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 aquel por el que se procede.

La suspensión de derechos puede adoptar varias modalidades como:

- Suspensión temporal del ejercicio de la patria potestad, tutela o curatela, según el caso. Por ejemplo, en el delito de lesiones y el sujeto activo es pariente de la víctima.

- Suspensión temporal en el ejercicio de un cargo, empleo o comisión de carácter público como son delitos vinculados a funcionarios públicos, pongamos el caso de colusión y existiendo prueba suficiente es posible aplicarle la suspensión justamente con la idea de evitar la reiteración delictiva. La excepción es cuando los procesados tienen cargos que provienen de elección popular, como por ejemplo un alcalde, siendo el espíritu evitar un caos mayor en la institución pública donde el procesado ejerce el cargo.

- Prohibición temporal de ejercer actividades profesionales, comerciales o empresariales como por ejemplo delitos ambientales, de tal forma que se suspenda la actividad contaminante si es que el procesado dirigiera una empresa**.**

- Suspensión temporal de la autorización para conducir cualquier tipo de vehículo o para portar armas de fuego. Conducción en Estado de ebriedad, o tenencia ilegal de armas pueden ser supuestos para que se aplique esta suspensión, pues no es permisible que una persona que no puede controlar su adicción siga conduciendo un auto, o vuelva a usar un arma de fuego sin la autorización legal respectiva.

- Prohibición de aproximarse al ofendido o su familia y, en su caso, la obligación de abandonar el hogar que compartiere con aquel o la suspensión temporal de visitas. Esto se aplica para evitar que se ponga en peligro nuevamente a la víctima o a los familiares que tengan relación con ella.

El auto que dicte el juez para imponer la suspensión debe precisar la suspensión o prohibición de derechos, actividades o funciones con suficiente claridad, y que no admita ninguna duda (art. 298). La suspensión no durará más de la mitad del tiempo previsto para la pena de inhabilitación y

los plazos deben contarse desde el inicio de la ejecución. Además no podrá computarse el tiempo transcurrido en que la causa sufriere dilaciones maliciosas imputables al procesado, o a su defensa como recusaciones sin fundamento o pedidos manifiestamente improcedentes. La suspensión perderá eficacia cuando ha transcurrido el plazo sin haberse dictado sentencia de primera instancia. El juez previa audiencia, dictará la resolución haciendo cesar inmediatamente las medidas impuestas, adoptando los proveídos necesarios para su inejecución.

Capítulo VI
El embargo

I. En el Derecho comparado

El Código Procesal Penal de Chile establece que las medidas cautelares reales proceden cuando se dan las siguientes condiciones (art. 157).

> "Durante la etapa de investigación, el Ministerio Público o la víctima podrán solicitar por escrito al juez de garantía que decrete respecto del imputado, una o más de las medidas precautorias autorizadas en el Título V del Libro Segundo del Código de Procedimiento Civil. En estos casos, las solicitudes respectivas se substanciarán y regirán de acuerdo a lo previsto en el Título IV del mismo Libro. Con todo, concedida la medida, el plazo para presentar la demanda se extenderá hasta la oportunidad prevista en el artículo 60:
>
> Del mismo modo, al deducir la demanda civil, la víctima podrá solicitar que se decrete una o más de dichas medidas".

Como observamos hay una remisión al sistema procesal civil para cubrir los vacíos o lagunas en el procedimiento penal. Las partes legitimadas son la fiscalía y la víctima que serán los peticionantes. La resolución que nieguen o concedan las medidas será impugnable por la parte afectada (art. 158).

El CPPMI también tiene orientaciones sobre estas medidas de restricción reales, en los que se recomienda la remisión al procedimiento civil.

> "**222. Remisión.** El embargo de bienes, la inhibición y las demás medidas de coerción para garantizar la multa o la reparación, sus incidentes, diligencias, ejecución y tercerías, se regirán por la ley de procedimientos civiles.
>
> Será competente para la decisión y el procedimiento el juez de la instrucción, durante el procedimiento, el tribunal que entiende en ellos.

> Solo serán recurribles, cuando lo admita la ley de remisión y con el efecto que ella prevé, las decisiones del juez de la instrucción durante el procedimiento preparatorio, por vía indicada en el artículo 221.
>
> **223. Multa.** En los casos del inciso 1 del artículo 202, y del inciso 1 artículo 215, el Ministerio Público podrá requerir el embargo de bienes u otra medida sustitutiva, para asegurar el pago de la multa".

Concebimos el embargo como una forma de cautelar la indemnización que será la pretensión del actor civil en el proceso, para evitar que este realice actos de disposición y disminuya su patrimonio. Además el CPPMI considera que el embargo puede asegurar la pena de multa que como sabemos es pecuniaria, pero esto sería a favor del Estado.

En el proceso penal de Costa Rica dice sobre embargo, que es el actor civil quien está legitimado para formular la solicitud de embargo en el escrito de Constitución o con posterioridad, sin perjuicio de la facultad de solicitar el embargo preventivo. El embargo será acordado por el tribunal, a petición de parte, para garantizar la reparación de los daños y perjuicios, y el pago de las costas (art. 263). También tiene una norma de aplicación supletoria (art. 264) ya que establece que respecto al embargo y a todas sus incidencias, regirán en cuanto sean aplicables las prescripciones del Código Procesal Civil.

II. Concepto

Esta es una medida de carácter real debiendo la parte normativa procesal penal ser cubierta en lo que fuesen aplicables las reglas del Código Procesal Civil. Es una medida de aseguramiento para el pago de la reparación civil u otras obligaciones dinerarias como la pena de días multa.

El señalamiento de bienes libres que puedan ser embargados, se le requería al procesado en el Código de Procedimientos Penales de 1940. Se le daba un plazo de 24 horas y si no respondía se embargaban los bienes que se detectaban, eran de su propiedad. Artículo 95[360]. Esta diligencia lo que buscaba era en principio que se le evitara al Juez realizar las búsqueda de bienes y al procesado seleccionar sobre qué bien le convenía que se le afectara.

En el NCPP la fiscalía en las primeras diligencias y durante la investigación preparatoria de oficio o a solicitud de parte, averiguará sobre los bienes

(360) Artículo vigente conforme a la modificación establecida por la Ley Nº 27652, publicada el 24/01/2002.

libres o derechos embargables al imputado y también al tercero civil con el fin de asegurar la efectividad de las responsabilidades pecuniarias derivadas del delito o el pago de las costas.

El procedimiento a seguir es que una vez que se identifique el bien, un inmueble o mueble, o derechos embargables como acciones, el fiscal o el actor civil solicitan al juez la adopción del embargo.

El juez está obligado a fundamentar la decisión con razones y justificaciones de concurrencia de los presupuestos legales, como apariencia de derecho y *periculum in mora*. Deberá precisar qué bien o derecho será afectado, el monto del embargo, es decir una proyección de lo que pretende asegurar en el futuro. (La falta de fijación de monto era un defecto que se apreciaba en el antiguo modelo, porque se dictaba en genérico un "trábese embargo preventivo" y no se establecía la suma probable para asegurar). El NCPP hace una remisión al Código Procesal Civil manifestando que se debe aplicar todas las formas de embargo que están previstos en el referido Código.

El actor civil debe ofrecer contracautela de tal forma que pueda resarcirse al embargado de los daños que se le pudiera ocasionar. La contracautela no se exige a los tres Poderes del Estado, al Ministerio Público, los órganos constitucionales autónomos, los Gobiernos Regionales y Locales y las universidades. También a la parte a quien se le ha concedido Auxilio Judicial (art. 614 del CPC).

La medida la dicta el juez sin trámite, evaluando la solicitud del fiscal. Puede resolver la petición dictando el auto de embargo de la manera cómo se ha requerido o la medida que considere proporcional. El juez no dictará un embargo más gravoso que el solicitado, y se pronunciará por la contracautela que se ofrezca, en el sentido de establecer si es suficiente o no para satisfacer los daños que pueda ocasionar el embargo. La prestación de la contracautela será siempre previa a cualquier acto de cumplimiento o ejecución del embargo acordado y el juez debe pronunciarse sobre la idoneidad y suficiencia del importe de la contracautela ofrecida. En ejecución de sentencia condenatoria firme no será necesaria la contracautela.

El embargo se dictará siempre que existan suficientes elementos de convicción, para sostener la probabilidad de que el imputado es autor o partícipe del delito y que exista riesgo fundado de su insolvencia o que este haga maniobras para el ocultamiento o desaparición de sus bienes para sustraerse del pago de sumas de dinero. Generalmente lo que hacen los imputados es transferir sus bienes a terceros, de tal forma que eviten las responsabilidades civiles. Estos actos son nulos de acuerdo a lo establecido por el Código Penal que en

el artículo 97 dispone que los actos practicados o las obligaciones adquiridas con posterioridad al hecho punible, son nulos en cuanto disminuyan el patrimonio del condenado y lo hagan insuficiente para la reparación, sin perjuicio de los actos jurídicos celebrados de buena fe por terceros (art. 303.4).

Para el actor civil en su pretensión reparatoria rigen las reglas establecidas en el artículo 613 del Código Procesal Civil que dice lo siguiente:

> "Artículo 613.- Contracautela y discrecionalidad del juez.-
>
> La contracautela tiene por objeto asegurar al afectado con una medida cautelar, el resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda causar su ejecución.
>
> La admisión de la contracautela, en cuanto a su naturaleza y monto, será decidida por el juez, quien podrá aceptar la ofrecida por el solicitante, graduarla, modificarla o, incluso, cambiarla por la que considere pertinente.
>
> La contracautela puede ser de naturaleza real o personal. Dentro de la segunda se incluye la caución juratoria, que será ofrecida en el escrito que contiene la solicitud de medida cautelar, con legalización de firma ante el secretario respectivo.
>
> Cuando se admite la contracautela sometida a plazo, esta quedará sin efecto al igual que la medida cautelar, si el peticionante no la prorroga u ofrece otra de la misma naturaleza o eficacia, sin necesidad de requerimiento y dentro de tercer día de vencido el plazo".

En el procedimiento de 1940 no existe la posibilidad de reparar el daño, pues no hay norma que habilite contracautela, que sí existe en el NCPP. Por eso las medidas de embargo se solicitaban dentro del proceso sin ese requisito y si era absuelto el procesado el daño se convertía en irreparable.

1. Ejecución del embargo

La ejecución del embargo en salvaguarda de su eficacia y sorpresividad no puede ser obstaculizada o dilatada con pedidos de los afectados, debiendo ser declarada inadmisible (art. 304.1 del NCPP). Una vez ejecutada la medida se notifica al afectado con el auto de embargo, que podrá apelar dentro del plazo de tres días. El recurso no autoriza el levantamiento del embargo, es decir si se concede la apelación es sin efecto suspensivo.

2. Variación y alzamiento de la medida de embargo

La variación o levantamiento del embargo se tramita en el cuaderno en el que se dictó. El afectado podrá alegar y acreditar los hechos y circunstancias que pudieron tenerse en cuenta al tiempo de su concesión. La solicitud de variación y alzamiento, se tramitará previo traslado a las partes. Son aplicables las reglas del artículo 617 del Código Procesal Civil que dice expresamente que:

> "A pedido del titular de la medida y en cualquier estado del proceso puede variarse esta, sea modificando su forma, variando los bienes sobre los que recae o su monto, o sustituyendo al órgano de auxilio judicial.
>
> La parte afectada con la medida puede efectuar similar pedido, el que será resuelto previa citación a la otra parte.
>
> Para resolver estas solicitudes, el juez atenderá a las circunstancias particulares del caso. La decisión es apelable sin efecto suspensivo".

Se permite que se sustituya el 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. Si se empoza el dinero y se remite al juez el certificado de depósito se dictará la resolución de sustitución sin trámite alguno, salvo que el juez considere necesario oír a las partes (art. 305.2 del NCPP). La decisión es apelable sin efecto suspensivo.

3. Sentencia firme y embargo

Si hay sentencia absolutoria, auto de sobreseimiento o resolución similar firme, de oficio o a petición de parte se levantará el embargo. El juez podrá establecer los daños causados al absuelto, si es que el embargo fue solicitado por el actor civil (art. 306.1 del NCPP). Es decir este proceso en el NCPP es reparativo, lo que evita que el absuelto emplee la vía civil para obtener resarcimiento del daño causado.

Si hay sentencia condenatoria, el juez requerirá de inmediato al afectado el cumplimiento de las responsabilidades correspondientes, bajo apercibimiento de iniciar la ejecución forzosa respecto del bien afectado. El pago de la reparación civil por ejemplo o días multa (art. 306.2).

Para cubrir las responsabilidades civiles el procesado o condenado puede vender el bien o derecho embargado, debiendo solicitar la autorización del juez. La idea es que de lo recaudado se asegure el monto de la medida cautelar

o la establecida en sentencia condenatoria la que se depositará en el Banco de la Nación (art. 307.1). La venta se realizará en subasta pública. Si existiese un saldo este le será entregado al procesado o a la persona que este autorice la recepción.

4. Desafectación y tercería

El afectado por un embargo puede solicitar la desafectación de la medida a efectos de recuperar el bien. El trámite es ante el Juez de la Investigación Preparatoria. Se ampara la desafectación si el solicitante acredita fehacientemente que el bien o derecho afectado pertenece a persona distinta del imputado o del tercero civil. La desafectación procede incluso si la medida no se ha formalizado o trabado. Es de aplicación lo dispuesto por el artículo 624 del Código Procesal Civil que dice:

> "Cuando se acredite fehacientemente que el bien afectado con la medida pertenece a persona distinta del demandado, el juez ordenará su desafectación inmediata, incluso si la medida no se hubiera formalizado. El peticionante pagará las costas y costos del proceso cautelar y en atención a las circunstancias perderá la contracautela en favor del propietario.
>
> Si se acredita la mala fe del peticionante, se le impondrá una multa no mayor de treinta Unidades de Referencia Procesal, oficiándose al Ministerio Público para los efectos del proceso penal a que hubiere lugar".

III. Tercería

En el caso de que el bien afectado no es ni del imputado ni del agraviado constituido en actor civil, el tercero que se considere propietario del bien podrá demandar a ambos conforme a las reglas del Código Procesal Civil, siendo competente el juez civil e interviniendo el Fiscal Provincial en lo Civil, conforme a lo dispuesto en el artículo 113.2 del CPC, esto es, como tercero con interés.

El sustento de la Tercería que se extiende al imputado y agraviado, solo puede fundarse en la propiedad de los bienes afectados por medida cautelar (art. 533 del CPC).

El tercero está facultado a interponer tercería hasta antes que se inicie el remate del bien embargado (art. 534 del CPC). La demanda al ser presentada

no se admitirá sino reúne los requisitos del artículo 424 del CPC y si el demandante no prueba su derecho con documento público o privado de fecha cierta; y si no da garantía suficiente a criterio del juez para responder por los daños y perjuicios que la tercería pudiera irrogar a las partes emplazadas.

Con el auto de admisión se suspende el proceso de ejecución de la medida de embargo en el proceso penal, aunque esté consentida o ejecutoriada. Esto tiene sentido porque no se puede rematar si hay discusión sobre el verdadero propietario del bien. Salvo que los bienes estén sujetos a deterioro o que su conversación se onerosa. El producto de la venta estará afectado a resultas de la tercería (art. 536 del CPC). Si se acredita que el tercero es propietario se le entregará el dinero recaudado.

También el tercerista puede obtener la suspensión de la medida cautelar o de la ejecución del bien afectado, si la garantía otorgada es suficiente a criterio del juez, en caso no pruebe claramente que los bienes son de su propiedad.

El tercerista debe actuar de buena fe, pues si se prueba la connivencia entre tercerista y demandado, se impondrá a ambos y a sus abogados, solidariamente, una multa no menor de cinco ni mayor de veinte Unidades de Referencia Procesal, más la indemnización de daños y perjuicios, costos y costas. El juez deberá remitir al Ministerio Público copia certificada de los actuados pertinentes, para el ejercicio de la acción penal respectiva (art. 538 del CPC). El tercerista y sus cómplices estarían incursos en delito contra la Administración de Justicia, y también contra la Fe Pública si presentan documentos que aparentemente acreditan la propiedad del bien embargado, pero que presumiblemente han sido extendidos fraudulentamente.

La misma sanción se le impondrá a quien haya solicitado y ejecutado maliciosamente una medida cautelar a sabiendas que el bien no le pertenecía al imputado.

1. Suspensión de la medida cautelar sin tercería

El perjudicado por una medida cautelar dictada en proceso penal en que no es parte, puede pedir su suspensión sin interponer tercería, anexando el título de propiedad registrado, el que por principio de publicidad es oponible a cualquiera. La petición se corre a las partes. Si se suspende la medida de embargo, la resolución es irrecurrible. Si es rechazada la petición el interesado puede interponer tercería. Este procedimiento abrevia todas las complicaciones del propietario de bien registrado, cuyo título le da derecho de propiedad que tiene validez salvo que judicialmente sea anulado.

IV. Inhibición

1. Noción

La inhibición tiene como antecedente la Ley Nº 27379 que regula el procedimiento para adoptar medidas excepcionales de limitación de derechos en investigaciones preliminares y está previsto en el artículo 2.4[361], que dice que se puede dictar una orden de inhibición para disponer o gravar bienes, que se inscribirá en los Registros Públicos cuando correspondan, y se ordenará cuando exista fundado peligro de que los bienes del investigado, puedan ocultarse o desaparecerse, o sea posible que se graven o transfieran, frustrando de ese modo el pago de la reparación civil.

En el NCPP se regula la orden de inhibición que en el fondo es una prohibición expresa de la autoridad judicial a pedido del fiscal o el actor civil para que el imputado o el tercero civil como propietarios dispongan o graven sus bienes. El mandato se inscribirá en los Registros Públicos (art. 310 del NCPP). La inhibición evita que el imputado realice la transferencia de los bienes que estén en su poder a terceros o lo graven.

V. Desalojo preventivo

1. Definición

La comisión del delito de usurpación trae como consecuencia en su modalidad más frecuente[362], la desposesión del bien inmueble del agraviado. El antecedente de esta medida cautelar la tenemos en el Dec. Leg. Nº 312 que establecía que si el poseedor no ejerció el derecho de defensa posesoria extrajudicial que le confiere el artículo 920[363] del Código Civil y se inició el proceso sumario conforme al Decreto Legislativo Nº 124, por el delito de usurpación, el agraviado podía solicitar al juez que practique la inspección ocular correspondiente, la que se llevará a cabo en el plazo máximo de cuarentiocho horas más, el término de la distancia, bajo responsabilidad. Si el juez estimaba que había motivo fundado para suponer que se ha cometido el delito

(361) Modificado por el Decreto Legislativo Nº 988, publicado el 22 julio 2007.

(362) También tenemos perturbación de la posesión en la que el sujeto pasivo sigue en la posesión del predio pero hostilizado por el agente.

(363) Artículo 920.- El poseedor puede repeler la fuerza que se emplee contra él y recobrar el bien, sin intervalo de tiempo, si fuere desposeído, pero en ambos casos debe abstenerse de las vías de hecho no justificadas por las circunstancias.

de usurpación, dentro del año anterior a la apertura de instrucción, y siempre que el derecho del agraviado estaba fehacientemente acreditado, ordenaba la desocupación en el término de veinticuatro horas, ministrando provisionalmente la posesión al agraviado.

En el NCPP, siguiendo ese antecedente, en los delitos de usurpación, el juez, a solicitud del fiscal o del agraviado, puede ordenar el desalojo preventivo del inmueble indebidamente ocupado en el término de 24 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 (art. 311.1)[364].

En esta clase de delitos se consagra la necesidad de que se realice una inspección ocular por parte de la fiscalía, entregando copia certificada de las actuaciones policiales y de la diligencia de inspección del fiscal al agraviado.

La solicitud de desalojo y ministración provisional puede presentarse durante las diligencias preliminares o en cualquier estado de la investigación preparatoria. Se anexará los elementos de convicción que acrediten la comisión del delito y el derecho del ofendido. Uno de estos debe ser el acta de inspección ocular. **En la anterior disposición solo se podía solicitar durante la investigación preparatoria.**

El juez debe resolver, sin trámite alguno, en el plazo de 24 horas. Se ha reducido el plazo que antes era de 48 horas. La resolución puede ser impugnada, el juez elevará el cuaderno dentro de 24 horas de presentada la impugnación, bajo responsabilidad. La interposición del recurso suspende la ejecución de la resolución, hasta que resuelva la Sala Superior, que se pronunciará en el plazo de tres días previa audiencia con notificación de las partes. Si confirma el auto que ampara la solicitud de desalojo y ministración provisional de posesión, dispondrá se ponga en conocimiento del juez para su inmediata ejecución.

Se le ha modificado en el sentido de que la audiencia de apelación en la disposición anterior era con asistencia de las partes. Se entendía que si no asistía una parte no se podía realizar la audiencia. Ahora solo basta la notificación correctamente remitida. Si no asisten, por lo menos quien no ha apelado el auto, la audiencia no se frustrará.

El tema de fondo es garantizar cautelarmente la tutela del derecho real que ha sido afectado por el presunto usurpador.

(364) Modificado por la Ley N° 30076.

VI. Medidas cautelares contra personas jurídicas

1. Supuestos de procedencia

En el caso de haber sido declarada tercero civil o se le ha imputado como presunto responsable penal, se admite medidas cautelares contra las personas jurídicas, las que tienen conexión con las consecuencias accesorias que prevé el artículo 105 del Código Penal, que pueden ser las siguientes:

- La clausura temporal, parcial o total, de sus locales o establecimientos.
- La suspensión temporal de todas o alguna de sus actividades.
- El nombramiento de un administrador judicial.
- El sometimiento a vigilancia judicial.
- Anotación o inscripción registral del procesamiento penal (art. 313).

El juez para dictar estas medidas anticipadas a las personas jurídicas requiere:

- 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; (*fumus comissi delicti*).
- 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 aquel por el que se procede; (*periculum in mora*).

Las medidas anticipadas 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, lo cual tiene razonabilidad tratándose de bienes jurídicos difusos.

VII. Medidas anticipadas

El juez, excepcionalmente, a pedido de parte legitimada, puede adoptar medidas cautelares anticipadas con la finalidad de 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 (art. 312 del NCPP). Siguen siendo medidas para evitar la continuación del delito y también de aseguramiento de cumplimiento de obligaciones pecuniarias.

1. Pensión anticipada de alimentos

El derecho a la subsistencia que está expresado en el derecho a los alimentos, en delitos como homicidio, lesiones graves, omisión de asistencia familiar prevista en el artículo 150[365] del Código Penal, violación de la libertad sexual, o delitos que se relacionan con la violencia familiar son presupuestos para que el juez a solicitud de la parte legitimada fije provisionalmente una pensión de alimentos para los directamente ofendidos, quienes como consecuencia del hecho punible perpetrado en su agravio, se encuentran imposibilitados de obtener el sustento para sus necesidades más elementales.

Esta previsión cautelar lo que hace es agregar sanciones pecuniarias al Código Penal en esa relación de delitos, toda vez que en la sentencia deberá pronunciarse sobre la mantención de la asignación de alimentos. Habría que interpretarlos restrictivamente al círculo de autores u obligados de dar una asignación alimentaria que básicamente son los que tienen vínculo familiar con la víctima, puesto que en una interpretación abierta cualquier sujeto activo podría ser sancionado con una pensión de alimentos con víctimas con las que no tiene nexos familiares (art. 314 del NCPP).

El juez fijará 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. La incorporación de un tercero civil desnaturaliza el vínculo sustantivo que está siempre en la pensión de alimentos cuál es la relación familiar, pues para eso está la reparación civil salvo que se entienda que esta asignación anticipada se descontará de la sanción civil.

(365) Artículo 150.- Abandono de mujer gestante y en situación crítica. El que abandona a una mujer en gestación, a la que ha embarazado y que se halla en situación crítica, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis meses ni mayor de cuatro años y con sesenta a noventa días-multa.

VIII. Bienes incautados

1. Incautación y comiso

En la doctrina nacional la incautación o secuestro, es una medida cautelar real que asegura la ejecución de los pronunciamientos de naturaleza penal de la sentencia que se dicte en cuanto tengan un contenido patrimonial(366). Estas pueden estar referidas a bienes vinculados con delitos, como efectos, ganancias, o aquellos que se cautelan para asegurar el pago de la indemnización a las víctimas.

En el Código Procesal de Colombia se regula el comiso estableciendo que procederá sobre los bienes(367) y recursos del penalmente responsable que provengan o sean producto directo o indirecto del delito, o sobre aquellos utilizados o destinados a ser utilizados en los delitos dolosos como medio o instrumentos para la ejecución del mismo, sin perjuicio de los derechos que tengan sobre ellos los sujetos pasivos o los terceros de buena fe (art. 82).

Señala además que cuando los bienes o recursos producto directo o indirecto del delito sean **mezclados o encubiertos** con bienes de lícita procedencia, el comiso procederá hasta el valor estimado del producto ilícito, salvo que con tal conducta se configure otro delito, pues en este último evento procederá sobre la totalidad de los bienes comprometidos en ella. Es decir que puede existir un comiso parcial, algo un poco difícil de establecer pero que resulta razonable para quien se ha visto afectado con la contaminación de sus bienes legítimos.

Los derechos de las víctimas y terceros de buena fe serán resguardados con el comiso sobre los bienes del penalmente responsable, cuyo valor corresponda o sea equivalente al de bienes producto directo o indirecto del delito, cuando de estos no sea posible su localización, identificación o afectación material.

Decretado el comiso, los bienes pasarán en forma definitiva a la Fiscalía General de la Nación a través del Fondo Especial para la Administración de Bienes, a menos que la ley disponga su destrucción o destinación diferente.

(366) SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*. Vol. II, Grijley, Lima, 2001, p. 875.

(367) El Código Procesal colombiano dice que para los fines del comiso se entenderán por bienes todos los que sean susceptibles de valoración económica o sobre los cuales pueda recaer derecho de dominio, corporal o incorporal, mueble o inmueble, tangible o intangible, así como los documentos o instrumentos que pongan de manifiesto el derecho sobre estos.

Las formas de las medidas cautelares sobre bienes susceptibles de comisión están señaladas así:

> "Artículo 83. Medidas cautelares sobre bienes susceptibles de comiso. Se tendrán como medidas materiales con el fin de garantizar el comiso la incautación y ocupación, y como medida jurídica la suspensión del poder dispositivo.
>
> Las anteriores medidas procederán cuando se tengan motivos fundados para inferir que los bienes o recursos son producto directo o indirecto de un delito doloso, que su valor equivale a dicho producto, que han sido utilizados o estén destinados a ser utilizados como medio o instrumento de un delito doloso, o que constituyen el objeto material del mismo, salvo que deban ser devueltos al sujeto pasivo, a las víctimas o a terceros".

La incautación es la medida previa antes de que se aplique la comisión, que es la desposesión definitiva de los bienes, además se suspende la capacidad de disposición del afectado, esto es que no pueda vender, donar, los bienes. En el sistema peruano se le denomina a esta medida inhibición. Para dictarlas opera la existencia de elementos que hagan presumir que están vinculados a eventos delictivos. El trámite de la incautación u ocupación de bienes sigue este curso:

> "Artículo 84. Trámite en la incautación u ocupación de bienes con fines de comiso. Dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes a la incautación u ocupación de bienes o recursos con fines de comiso, efectuadas por orden del Fiscal General de la Nación o su delegado, o por acción de la Policía Judicial en los eventos señalados en este Código, el fiscal comparecerá ante el juez de control de garantías para que realice la audiencia de revisión de la legalidad sobre lo actuado".

Luego de realizada la incautación se realizara una audiencia en la que el juez deberá verificar si esta medida cumple con los requisitos legales, esto es si está justificada. En el caso de suspensión o inhibición para disponer bienes, la petición será solicitada por el fiscal.

> "Artículo 85. Suspensión del poder dispositivo. En la formulación de imputación o en audiencia preliminar el fiscal podrá solicitar la suspensión del poder dispositivo de bienes y recursos con fines de comiso, que se mantendrá hasta tanto se resuelva sobre el mismo con carácter definitivo o se disponga su devolución.

> Presentada la solicitud, el juez de control de garantías dispondrá la suspensión del poder dispositivo de los bienes y recursos cuando constate alguna de las circunstancias previstas en el artículo anterior. Si determina que la medida no es procedente, el fiscal examinará si el bien se encuentra dentro de una causal de extinción de dominio, evento en el cual dispondrá en forma inmediata lo pertinente para que se promueva la acción respectiva.
>
> En todo caso, para solicitar la suspensión del poder dispositivo de bienes y recursos con fines de comiso, el fiscal tendrá en cuenta el interés de la justicia, el valor del bien y la viabilidad económica de su administración".

Vemos que si es que no hay vinculación delictiva clara de los bienes como para incautarse dentro del proceso y por lo tanto es denegada la suspensión, el fiscal colombiano tiene facultad para iniciar la extinción de dominio, proceso especial mixto que también lo tenemos en nuestro sistema procesal.

Los bienes y recursos que sean objeto de medidas con fines de comiso quedarán a disposición del Fondo Especial para la Administración de Bienes de la Fiscalía General de la Nación para su administración, y deberán ser relacionados en un Registro Público Nacional de Bienes. Las medidas se deberán inscribir dentro de los tres días siguientes a su adopción en las oficinas de registro correspondientes cuando la naturaleza del bien lo permita (art. 86).

Los bienes intrínsecamente delictivos, deberán ser destruidos. Así lo establece el artículo 87 de la ley colombiana para los objetos provenientes de delitos contra la salud pública, los derechos de autor, falsificación de moneda, los bienes que constituyen su objeto material una vez cumplidas las previsiones de para la cadena de custodia y establecida su ilegitimidad por informe del perito oficial, serán destruidos por las autoridades de policía judicial en presencia del fiscal y del agente del Ministerio Público.

Estando que es una afectación de derechos patrimoniales, que obviamente afectan a los titulares que tienen legítimo interés, la norma colombiana ha previsto la devolución bajo el siguiente procedimiento:

> "Artículo 88. Devolución de bienes. Además de lo previsto en otras disposiciones de este Código, antes de formularse la acusación y por orden del fiscal, y en un término que no puede exceder de seis meses, serán devueltos los bienes y recursos incautados u ocupados a quien tenga derecho a recibirlos cuando no sean necesarios para la indagación o investigación, o se determine que no se encuentran en una

> circunstancia en la cual procede su comiso; sin embargo, en caso de requerirse para promover acción de extinción de dominio dispondrá lo pertinente para dicho fin.
>
> En las mismas circunstancias, a petición del fiscal o de quien tenga interés legítimo en la pretensión, el juez que ejerce las funciones de control de garantías dispondrá el levantamiento de la medida de suspensión del poder dispositivo".

Se trata de bienes no vinculados a delitos o no son útiles ya para la investigación, salvo que el fiscal determine que deben ser sometidos al trámite de extinción de dominio. Puede darse el caso que los bienes no sean reclamados. Si hay una orden devolución se comunica a quien tenga derecho a recibirlos para que los reclame dentro de los quince días (art. 89) siguientes a la decisión que así lo determine. Transcurrido el término anterior sin que los bienes sean reclamados, se dejarán a disposición del Fondo Especial para la Administración de Bienes de la Fiscalía General de la Nación. Esto sucederá también si se desconoce al titular, poseedor o tenedor de los bienes que fueron afectados.

El CPPMI también tiene reglas respecto de los bienes, cosas o documentos con nexos delictivos. Sobre este aspecto dice lo siguiente:

> "**160. Entrega de cosas y documentos; secuestro.** Las cosas y documentos relacionados con el delito o los que pudieran ser de importancia para la investigación y los sujetos a confiscación serán tomados en depósito o asegurados de otra manera y conservados del mejor modo posible.
>
> Quien tuviera en su poder cosas o documentos de los señalados estará obligado a presentarlos y entregarlos, cuando lo sea requerido, rigiendo los medios de coacción permitidos para el testigo que rehúsa declarar. Pero la orden de presentación no podrá dirigirse a las personas que pueden o deban abstenerse de declarar como testigos.
>
> Si las cosas que se hallan en poder de una persona no son entregadas voluntariamente, se dispondrá su secuestro".

Es obligación de quienes tengan en su poder bienes, o cosas relacionados con delitos ponerlos a disposición a las autoridades encargadas de las investigaciones, porque son pasibles de afectación con medidas de secuestro. Sin embargo hay excepciones con respecto a cosas o documentos y así se establece en la siguiente norma:

> "161. Cosas no sometidas a secuestro. No estarán sujetas al secuestro:
>
> 1) Las comunicaciones escritas entre el imputado y las personas que puedan abstenerse de declarar como testigos por razón de parentesco o secreto particular;
>
> 2) Las notas que hubieran tomado los nombrados anteriormente sobre comunicaciones confiadas por el imputado o sobre cualquier circunstancia, a las cuales se extiende el derecho de abstenerse de declarar;
>
> 3) Otras cosas, inclusive los resultados de exámenes o diagnósticos relativos al arte de curar, a los cuales se extiende el derecho de abstenerse de declarar.
>
> La limitación solo regirá cuando las comunicaciones o cosas estén en poder de aquellas personas autorizadas a abstenerse de declarar o, en el caso de abogados y profesionales del arte de curar, archivadas o en poder del estudio jurídico o del establecimiento hospitalario, y no regirá si el autorizado a abstenerse de declarar testimonialmente es sospechoso de haber participado en el hecho punible que se considera o en su encubrimiento, o cuando se tratare de cosas sometidas a confiscación, porque proceden de un hecho punible o sirven, en general, para la comisión de un hecho punible, a ese único efecto".

La incautación u orden de secuestro de bienes o cosas o documentos conectados con delitos en investigación siguen este trámite:

> "**162. Orden de secuestro.** La orden de secuestro será expedida por el juez de la instrucción, por el juez ante quien penda el procedimiento o por el presidente del tribunal, si se tratare de un tribunal colegiado. La decisión del tribunal que autorice su expedición será fundada.
>
> En caso de peligro por la demora, también podrán ordenar el secuestro el Ministerio Público y la Policía, pero ellos deberán solicitar la autorización judicial inmediatamente, a más tardar dentro de tres días, consignando las cosas o documentos ante el tribunal competente. Las cosas o documentos serán devueltos, si el tribunal no autoriza su secuestro".

Observamos que en situación de urgencia la Policía y la fiscalía pueden ordenar la incautación, pero deberán solicitar la confirmación de la medida al juez quien examinara si se cumplen los requisitos para dictarla. Si deniega la

incautación se deben devolver a sus propietarios las cosas secuestradas. Si se confirmó la incautación debe seguirse el procedimiento para su conservación de la siguiente forma:

> "**163. Procedimiento.** Serán de aplicación las reglas previstas para el registro, analógicamente.
>
> Los efectos secuestrados serán inventariados y puestos bajo segura custodia, a disposición del tribunal, o se ordenará su depósito. Cuando se tratare de automotores u otros bienes de significativo valor se los entregará en depósito a quienes aparezcan como sus poseedores legítimos.
>
> Si transcurren seis meses sin reclamo y no se pudo averiguar a quien corresponden, las cosas podrán ser entregadas en depósito a un establecimiento asistencial o a una repartición pública que las necesite, quienes solo podrán utilizarlas para cumplir el servicio que brindan al público.
>
> Se podrá disponer la obtención de copias o reproducciones de las cosas secuestradas cuando puedan desaparecer, alterarse, sean de difícil custodia o así convenga a la investigación.
>
> Las cosas secuestradas serán aseguradas con el sello del tribunal y la firma del juez. Los documentos serán sellados y firmados en cada una de sus hojas.
>
> Si fuera necesario remover los sellos, se verificará previamente su identidad e integridad. Concluido el acto, aquellos serán repuestos y todo se hará constar".

En la legislación procesal nacional la incautación, no solo es para aseguramiento patrimonial, sino es una medida coercitiva para la adquisición material de la prueba. Es la aprehensión y retención de la cosa o efectos relacionados con el hecho que se investiga, limitando el derecho de uso y goce sobre ellos con fines de prueba. El acto en sí se agota con la aprehensión de la cosa, pero el estado coercitivo se manifiesta en la retención por custodia o depósito. Antes de la aprehensión se requiere el hallazgo de la cosa, actividad para la que pueden utilizarse los medios auxiliares(368). Por ejemplo la incautación

(368) CLARIÁ OLMEDO, Jorge. *Derecho Procesal Penal*. Tomo II, Rubinzal Culzoni, Argentina, 1996, p. 306.

de los instrumentos que han sido empleados para elaborar drogas, o el arma empleada para un homicidio.

Esta doble configuración de la incautación o secuestro ha sido reconocida por los jueces supremos en el Acuerdo Plenario Nº 05-2010/CJ-116, que conciben a la incautación como medida de búsqueda de pruebas y restricción de derechos (arts. 218 a 223 del NCPP) y como medida de coerción con una típica función cautelar (arts. 316 al 320 del NCPP).

La incautación cautelar y el decomiso tienen una relación medio –fin: la incautación tendrá como objeto o finalidad última y futura al decomiso– de los objetos, efectos, e instrumentos del delito previstos por los artículos 102(369) y 103 del CP(370). El decomiso también llamado comiso o confiscación como consecuencia accesoria del delito es la privación definitiva de los objetos, efectos e instrumentos del delito, dispuesto en una resolución definitiva o una sentencia con autoridad de cosa juzgada, esto es con una decisión jurisdiccional(371).

2. Los presupuestos para la incautación en los Acuerdos Plenarios

El Acuerdo Plenario N° 7-2011 desarrolla los presupuestos para dictar la medida de coerción real, que no difiere de la doctrina como el *fumus comissi delicti* y el *periculum in mora*.

El *fumus comissi delicti*, consiste en la existencia de indicios racionales de criminalidad –es la denominada "apariencia y justificación del derecho subjetivo", y que en el proceso penal importa, una "(…) razonada atribución del hecho punible a una persona determinada"(372).

El *periculum in mora* es el peligro o daño jurídico derivado del retardo del procedimiento. El Plenario precisa que lo relevante es: "(…) la comprobación de la extensión del daño causado por el imputado como consecuencia del delito perpetrado y, a su vez, medir el tiempo necesario que todo proceso,

(369) El juez resolverá el decomiso o pérdida de los objetos de la infracción penal o los instrumentos con que se hubiere ejecutado así como los efectos, sean estos bienes, dinero, ganancias o cualquier producto proveniente de dicha infracción, salvo que exista un proceso autónomo para ello.

El juez podrá disponer en todos los casos, con carácter previo, la medida de incautación, debiendo además proceder conforme a lo previsto en otras normas especiales (modificado por el Dec. Leg. Nº 982 publicado el 22/07/2007).

(370) YAIPÉN ZAPATA, Víctor. "La incautación como medida cautelar en el nuevo proceso penal". En: *Gaceta Penal y Procesal Penal*. N° 20, Gaceta Jurídica, Lima, marzo de 2011, p. 229.

(371) Ídem.

(372) Citan a Gimeno SENDRA. *Derecho Procesal Penal*. 2ª edición, Editorial Colex, Madrid, 2007, p. 501.

cuyo retraso puede hacer ineficaz la respuesta jurisdiccional si no se adoptan medidas tendentes a mantener la situación presente, o a evitar maniobras lesivas para los derechos de la víctima –en el caso del lavado de activos, al Estado– derivadas del comportamiento del imputado"[373].

En cuanto a lo que el Pleno de Jueces denomina *periculum* en lo civil, este exige una configuración objetiva y no se requiere necesariamente que se haya producido cierto comportamiento del imputado, ni menos una intención de este de causar perjuicio al actor. El peligro se materializa en las posibilidades del responsable civil, durante el tiempo del proceso, de que se dedique a distraer, dilapidar u ocultar sus bienes, real o ficticiamente, para hacer impracticable la satisfacción de las consecuencias jurídico-económicas. Salvo que la solvencia, honestidad y arraigo del imputado –siempre en el plano civil, que no penal– estuvieran acreditados, decae y no se justifica su imposición. Citan el artículo 303.3 del NCPP para fundamentar el *periculum*, y que estipula que la aplicación de medidas de coerción se dan cuando: "(…) por las características del hecho o del imputado, exista riesgo fundado de insolvencia del imputado o de ocultamiento o desaparición del bien".

3. Registro de bienes incautados

Los bienes que van a ser objeto de incautación deben ser registrados con exactitud y debidamente individualizados, estableciéndose los mecanismos de seguridad para evitar confusiones. Esto evita o disminuye la posibilidad de acciones de terceros, que posteriormente solicitan que se levanten las medidas cautelares ya que cuentan con documentos que acredita la titularidad de los bienes, por ejemplo un contrato de compraventa pero no coinciden con los bienes registrados.

4. Trámite

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. Realizada la incautación 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. De esto se infiere que la incautación como medida no tiene carácter jurisdiccional, lo puede hacer directamente el fiscal; sin embargo se requiere su confirmación y el juez controlará

(373) Décimo noveno considerando.

la legalidad de la misma. Si no hay peligro en la demora podrá entonces rechazar la incautación (art. 316.1 del NCPP).

5. Omisión de confirmación judicial

La incautación requiere resolución de confirmación judicial. La ausencia de esto no invalida la medida como causal de nulidad o anulabilidad. Acarrea sí, responsabilidad administrativa al fiscal omiso, tal como se ha precisado en el Acuerdo Plenario Nº 5-2010/CJ-116.

En la jurisprudencia tenemos la resolución del Exp. N° 2008-00335-25-2801-JR-PE-1 JIP-Mariscal Nieto Moquegua, del 30 de abril de 2008 que establece que la confirmación del allanamiento e incautación solo será necesaria cuando se trata de una intervención en flagrancia o peligro inminente de su perpetración. Si es que fue una medida autorizada por el juez no es necesaria su posterior confirmación(374).

En el artículo 316.3 se fija como regla que la medida a ser dictada debe tomar en cuenta las previsiones y limitaciones establecidas en los artículos 102 y 103 del Código Penal**.** Una de las limitaciones según el artículo 102 del CP, es que el juez no podrá resolver sobre lo incautado su posterior el decomiso si es que existe un proceso autónomo para ello. El artículo 103 del CP básicamente hace referencia a la regla de proporcionalidad, esto es que si los efectos o instrumentos no son de ilícito comercio y su valor no guarda proporción con la naturaleza y gravedad de la infracción penal, podrá el juez decidir no decretar la incautación y menos decomiso cuando sea posible, o puede decretarlo pero solo parcialmente.

6. Intervención judicial

Si no se da el supuesto de peligro en la demora, las partes pueden requerir al juez que expida la medida de incautación. Lo que tendrá que acreditarse es que la libre disponibilidad de los bienes relacionados con el delito pueda agravar o prolongar sus consecuencias o facilitar la comisión de otros delitos. Piénsese por ejemplo en el delito de lavado de activos, la incautación de inmuebles es necesaria porque estos bienes, habiendo sido adquiridos para darle legalidad al dinero mal habido, hacen que el delito mantenga sus efectos de manera permanente (art. 317.1 del NCPP). Rige para esta incautación judicial lo dispuesto por el artículo 316.3, respecto de los límites.

(374) ESPINOZA GOYENA, Julio César. Ob. cit., p. 74.

En la ejecución de la medida es necesario que se levante un acta, que será firmada por los participantes en el acto. Le corresponde a la Fiscalía de la Nación dictar las directivas para garantizar la corrección y eficacia de la diligencia, la fijación del de custodia y las reglas de administración de los bienes incautados (art. 318.1).

Si los bienes son muebles como vehículos, artefactos, máquinas, se les tomará bajo custodia y si es posible, como en el caso de vehículos se inscribirá en los registros públicos, exactamente en el de propiedad vehicular.

Si son bienes muebles, o derechos como acciones, títulos valores, igualmente adicionalmente a su incautación y desposesión se anotará en los registros respectivos. Esto también sirve para cautelar y evitar transferencias a terceros porque la inscripción en los registros bajo la regla de publicidad, puede evitar ventas fraudulentas o de mala fe, desincentivando las conductas de terceros que quieren beneficiarse o realizar actos de obstaculización de la persecución penal.

Alternativamente si no peligran los fines de aseguramiento que justificaron su adopción, y si la Ley lo permite, como la aplicación supletoria del Código Procesal Civil en el régimen de medidas cautelares o leyes especiales el bien puede ser:

- Devuelto al afectado a cambio del depósito inmediato de su valor, el que puede ser realizado en el Banco de la Nación, debiendo cuidarse que sea al precio de mercado, y además que haya mediado una tasación por perito calificado.

- Entregado provisionalmente al afectado; es decir, en calidad de custodia; pero siempre bajo reserva de una reversión en todo momento, para continuar utilizándolo provisionalmente hasta la conclusión del proceso. Para este efecto el titular del bien deberá presentar una caución, garantía real o cumplir determinadas condiciones.

El NCPP prevé la posibilidad que un tercero sea afectado por lo que si esta persona alega que sobre el bien incautado tiene un derecho de propiedad y cuya extinción podría ser ordenada en el caso de la incautación o del decomiso, se autorizará su participación en el proceso a efectos que sea oído, personalmente o por escrito, y podrá oponerse a la incautación (art. 318.4). Las garantías de tutela se extiende pues a personas que no teniendo vinculación con el delito no tienen por qué verse afectadas en su patrimonio. El presunto afectado se convierte en parte procesal básicamente en el tema de la incautación,

por lo que se somete a las diligencias necesarias para el esclarecimiento de los hechos y se le aplicarán los apremios para testigos.

7. Variación y reexamen de la incautación

Si hay modificación de los presupuestos que determinaron la imposición de la medida de incautación, esta será levantada inmediatamente por el juez siendo las partes legitimadas el Ministerio Público o el interesado (art. 319.1). Si hay debilitamiento del *fumus comissi delicti*, elementos razonables que ponga en duda que el afectado no es autor o partícipe del delito el juez podrá levantar la incautación.

Otras personas legitimadas para solicitar el reexamen de la medida son las que se consideren propietarias de los bienes incautados y que no han intervenido en el delito investigado. La finalidad es que se levante la incautación y se les entregue los bienes que probadamente son de su propiedad**.** El reexamen implica la incorporación de nuevos actos de investigación o elementos de convicción luego de la incautación que modifique la situación original que la generó tal como lo ha precisado el Acuerdo Plenario Nº 5-2010/CJ-116.

La variación y el reexamen serán resueltas en audiencia previa, oyendo a las partes y luego se expedirá el auto que resolverá sobre los pedidos.

El afectado puede apelar el auto de incautación, y la resolución recurrida deberá ser revisada por la Sala Superior. Si carece de presupuestos materiales, la apelación se declarará fundada y la incautación será dejada sin efecto, decretándose la devolución al apelante.

8. Pérdida de eficacia de la incautación

El CPPMI como referencia establece que si las medidas se hacen innecesarias, se debe realizar el trámite de devolución a las personas afectadas.

> "**164. Devolución.** Las cosas y documentos secuestrados, que no están sometidos a confiscación, restitución o embargo serán devueltos, tan pronto como no sean necesarios, al tenedor legítimo o a la persona de cuyo poder se obtuvieron. La devolución podrá ordenarse provisionalmente, como depósito, e imponerse al poseedor la obligación de exhibirlos.
>
> Si existiere controversia acerca de la tenencia, posesión o dominio sobre una cosa o documento, para entregarlo en depósito o devolverlo,

se instruirá un incidente separado, aplicándose las reglas respectivas del procedimiento civil".

En el NCPP si se dicta 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, como drogas, armas sin licencia, vehículos cuyo propietario se desconozca. El auto se emitirá sin trámite alguno y será de ejecución inmediata.

La restitución no será ordenada si, a solicitud de las partes legitimadas, hay pendiente pagos por responsabilidades pecuniarias del delito como días multa o reparación civil y las costas (art. 320 del NCPP). Consideramos que en caso de sobreseimiento y cuando esté pendiente que el juez se pronuncie sobre la reparación civil, no se debe levantar la incautación de tal forma que se asegure el pago a futuro. En todo caso las partes legitimadas deben solicitar que el juez no haga entrega del bien, lo que implicaría un nuevo auto porque el fundamento sería distinto, aquí no habría *fumus comissi delicti* sino *fumus bonis iuris*, es decir que el agraviado haya sido dañado por la conducta del procesado.

PARTE X

LOS PROCESOS ESPECIALES

Capítulo I
El proceso inmediato

I. Naturaleza

Es un proceso penal especial de simplificación procesal que se fundamenta en la potestad del Estado de organizar la respuesta del sistema penal con criterios de racionalidad y eficiencia en los casos que no se requieren mayores actos de investigación.

Antecedentes de este proceso es el *Giudizio Inmediato* que está regulado por *il Codice di Procedura Penal* italiano que en el artículo 453 dice que se puede solicitar juicio inmediato:

1. Cuando la evidencia es clara (excepto si este socava gravemente la investigación).

2. Si la persona objeto de investigación fue interrogada acerca de los hechos y emergen evidencias contra ella.

3. Cuando lo solicita el acusado.

El tribunal conforme al artículo 455 y dentro de cinco días, emite decreto autorizando el juicio inmediato, con la advertencia que el acusado puede solicitar el proceso abreviado.

En el Código Procesal chileno emplea como nomenclatura el de Procedimiento abreviado, que se desarrollará bajo los siguientes supuestos.

> "Artículo 406.- Presupuestos del procedimiento abreviado. Se aplicará el procedimiento abreviado para conocer y fallar los hechos respecto de los cuales el fiscal requiriere la imposición de una pena privativa de libertad no superior a cinco años de presidio o reclusión menores en su grado máximo, o bien cualesquiera otras penas de distinta naturaleza, cualquiera fuere su entidad o monto, ya fueren ellas únicas, conjuntas o alternativas.

> Para ello, será necesario que el imputado, en conocimiento de los hechos materia de la acusación y de los antecedentes de la investigación que la fundaren, los acepte expresamente y manifieste su conformidad con la aplicación de este procedimiento.
>
> La existencia de varios acusados o la atribución de varios delitos a un mismo acusado no impedirá la aplicación de las reglas del procedimiento abreviado a aquellos acusados o delitos respecto de los cuales concurrieren los presupuestos señalados en este artículo".

El sistema chileno en caso de pluralidad de agentes permite que la aceptación de alguno de ellos genere reglas del procedimiento abreviado. La oportunidad para solicitar el procedimiento es hasta antes de la etapa intermedia de preparación del juicio oral:

> "Artículo 407. Oportunidad para solicitar el procedimiento abreviado. Una vez formalizado el artículo 1, Nº 59 investigación, la tramitación de la causa conforme a las reglas del procedimiento abreviado podrá ser acordada en cualquier etapa del procedimiento, hasta la audiencia de preparación del juicio oral.
>
> Si no se hubiere deducido aún acusación, el fiscal y el querellante, en su caso, las formularán verbalmente en la audiencia que el tribunal convocare para resolver la solicitud de procedimiento abreviado, a la que deberá citar a todos los intervinientes. Deducidas verbalmente las acusaciones, se procederá en lo demás en conformidad a las reglas de este Título.
>
> Si se hubiere deducido acusación, el fiscal y el acusador particular podrán modificarla según las reglas generales, así como la pena requerida, con el fin de permitir la tramitación del caso conforme a las reglas de este Título. Para estos efectos, la aceptación de los hechos a que se refiere el inciso segundo del artículo 406 podrá ser considerada por el fiscal como suficiente para estimar que concurre la circunstancia atenuante del artículo 11 del Código Penal, sin perjuicio de las demás reglas que fueren aplicables para la determinación de la pena.
>
> Si el procedimiento abreviado no fuere admitido por el juez de garantía, se tendrán por no formuladas las acusaciones verbales realizadas por el fiscal y el querellante, lo mismo que las modificaciones que, en su caso, estos hubieren realizado a sus respectivos libelos, y se continuará de acuerdo a las disposiciones del Libro Segundo de este Código".

El debate se realizará en la audiencia. El querellante puede oponerse al procedimiento abreviado alegando que en su acusación particular ha efectuado una calificación jurídica de los hechos, atribuido a una forma de participación o señalado en circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal diferentes de las consignadas por el fiscal en su acusación y, como consecuencia de ello, la pena solicitada excediere el límite señalado en el artículo 406, es decir estima que es una pena baja (art. 407). El querellante solo podrá oponerse al procedimiento abreviado (art. 408).

El juez al intervenir debe asegurarse que el procesado se somete al procedimiento abreviado libre y voluntariamente, y procederá a preguntarle esto en la audiencia. El examen sigue las siguientes pautas:

> "Artículo 409.- Intervención previa del juez de garantía. Antes de resolver la solicitud del fiscal, el juez de garantía consultará al acusado a fin de asegurarse que este ha prestado su conformidad al procedimiento abreviado en forma libre y voluntaria, que conociere su derecho a exigir un juicio oral, que entendiere los términos del acuerdo y las consecuencias que este pudiere significarle y, especialmente, que no hubiere sido objeto de coacciones ni presiones indebidas por parte del fiscal o de terceros".

Realizado el examen del imputado y los elementos que estime conveniente en su rol de juez de garantías decidirá sobre la petición a favor o en contra.

> "Artículo 410.- Resolución sobre la solicitud de procedimiento abreviado. El juez aceptará la solicitud del fiscal y del imputado cuando los antecedentes de la investigación fueren suficientes para proceder de conformidad a las normas de este Título, la pena solicitada por el fiscal se conformare a lo previsto en el inciso primero del artículo 406 y verificare que el acuerdo hubiere sido prestado por el acusado con conocimiento de sus derechos, libre y voluntariamente.
>
> Cuando no lo estimare así, o cuando considerare fundada la oposición del querellante, rechazará la solicitud de procedimiento abreviado y dictará el auto de apertura del juicio oral. En este caso, se tendrán por no formuladas la aceptación de los hechos por parte del acusado y la aceptación de los antecedentes a que se refiere el inciso segundo del artículo 406, como tampoco las modificaciones de la acusación o de la acusación particular efectuadas para posibilitar la tramitación abreviada del procedimiento. Asimismo, el juez dispondrá que todos los antecedentes relativos al planteamiento, discusión y resolución de la

solicitud de proceder de conformidad al procedimiento abreviado sean eliminadas del registro".

Si el juez da su conformidad se procederá al rituario establecido en el artículo 411 del Código Procesal Penal chileno, que dice:

"Artículo 411.- Trámite en el procedimiento abreviado.

Acordado el procedimiento abreviado, el juez abrirá el debate, otorgará la palabra al fiscal, quien efectuará una exposición resumida de la acusación y de las actuaciones y diligencias de la investigación que la fundamentaren. A continuación, se dará la palabra a los demás intervinientes. En todo caso, la exposición final corresponderá siempre al acusado".

Una vez concluida las diligencias que sean necesarias y la última palabra del acusado se procederá a dictar sentencia.

"Artículo 412.- Fallo en el procedimiento abreviado.

Terminado el debate, el juez dictará sentencia. En caso de ser condenatoria, no podrá imponer una pena superior ni más desfavorable a la requerida por el fiscal o el querellante, en su caso.

La sentencia condenatoria no podrá emitirse exclusivamente sobre la base de la aceptación de los hechos por parte del imputado.

En ningún caso el procedimiento abreviado obstará a la concesión de alguna de las medidas alternativas consideradas en la ley, cuando correspondiere.

La sentencia no se pronunciará sobre la demanda civil que hubiere sido interpuesta.

Artículo 413.- Contenido de la sentencia en el procedimiento abreviado. La sentencia dictada en el procedimiento abreviado contendrá:

a) La mención del tribunal, la fecha de su dictación y la identificación de los intervinientes;

b) La enunciación breve de los hechos y circunstancias que hubieren sido objeto de la acusación y de la aceptación por el acusado, así como de la defensa de este;

c) La exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos que se dieren por probados sobre la base de la aceptación que el acusado hubiere manifestado respecto a los antecedentes de la investigación, así como el mérito de estos, valorados en la forma prevista en el artículo 297;

d) Las razones legales o doctrinales que sirvieren para calificar jurídicamente cada uno de los hechos y sus circunstancias y para fundar su fallo;

e) La resolución que condenare o absolviere al acusado. La sentencia condenatoria fijará las penas y se pronunciará sobre la aplicación de alguna de las medidas alternativas a la privación o restricción de libertad previstas en la ley;

f) El pronunciamiento sobre las costas, y

g) La firma del juez que la hubiere dictado.

La sentencia que condenare a una pena temporal deberá expresar con toda precisión el día desde el cual empezará esta a contarse y fijará el tiempo de detención o prisión preventiva que deberá servir de abono para su cumplimiento.

La sentencia condenatoria dispondrá también el comiso de los instrumentos o efectos del delito o su restitución, cuando fuere procedente".

Contra esta sentencia caben los medios impugnatorios (art. 414) en la forma de apelación, que se deberá conceder en ambos efectos.

II. Supuestos de aplicación

En el NCPP el fiscal está legitimado para solicitar la vía del proceso inmediato, cuando:

a) El imputado ha sido sorprendido y detenido en flagrante delito.

b) El imputado ha confesado la comisión del delito.

c) Los elementos de convicción acumulados durante las diligencias preliminares, y previo interrogatorio del imputado, sean evidentes (art. 446.1 del NCPP).

III. Procedimiento para requerir proceso inmediato

Se solicita al Juez de la Investigación Preparatoria por la fiscalía y la oportunidad: cuando han concluido las diligencias preliminares o dentro de 30 días de iniciada la Investigación Preparatoria el fiscal podrá solicitar proceso inmediato. El juez correrá traslado a las partes. Si admite, dictará un auto y el fiscal formulará acusación. Luego lo remitirá al juez competente quien dictara acumulativamente auto de enjuiciamiento y de citación a juicio.

1. Juez competente para el control de acusación en proceso inmediato

Al ser distinto al proceso común y no existir etapa intermedia, será el juez del juicio oral quien hará el control de la acusación y evaluará la admisión de medios probatorios bajo las reglas de pertinencia, conducencia y utilidad.

En la incoación de proceso inmediato, en el supuesto de diligencias preliminares, hay ausencia de disposición de formalización de la investigación preparatoria; lo que no sucede cuando se requiere dentro de los treinta días de haber sido formalizada la investigación. En este caso el requerimiento de proceso inmediato deberá tener los elementos de una disposición de formalización(375). Admitido el proceso inmediato, el fiscal presentará su acusación.

Aprobado por auto el inicio del proceso inmediato, se deriva al juez de juicio oral quien será el encargado de controlar la acusación presentada por el fiscal. La interpretación de los alcances del proceso inmediato por el Acuerdo Plenario Nº 6-2010/CJ-116 ha sido para adecuarlo a las reglas de un debido proceso y respeto al derecho a la defensa.

2. Cuando hay pluralidad de agentes

Si es una causa seguida contra varios imputados, solo será posible el proceso inmediato si todos ellos se encuentran en flagrancia, confesión o hay suficientes indicios para imputarles el delito y que este sea el mismo (art. 446.2 del NCPP).

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.

(375) Así lo ha establecido el Acuerdo Plenario Nº 6-2010/CJ-116.

Esta acumulación forzosa podría afectar el derecho a la defensa de los otros imputados quienes no tendrán tiempo de solicitar actos de investigación para el esclarecimiento a su favor, puesto que si el fiscal presenta acusación a quienes están en el supuesto de proceso inmediato, también tendría que hacerlo con los imputados por otros delitos. No podría existir una acusación distinta o posterior porque afectaría también la unidad del proceso.

3. Petición fiscal

Quien tiene legitimidad para solicitar el proceso inmediato es el Ministerio Público que sin perjuicio de pedir las medidas de coerción se dirigirá al juez presentando el requerimiento. Como lo establece el Acuerdo Plenario Nº 6-2010/CJ-116, la oportunidad será luego de culminar las diligencias preliminares o, en su defecto, antes de los treinta días de formalizada la investigación preparatoria (art. 447.1). El fiscal deberá acompañar a su solicitud de proceso inmediato el expediente fiscal, donde constarán los elementos de convicción para solicitar este proceso simplificado.

El requerimiento culminadas las diligencias preliminares debe tener la característica de disposición de formalización de investigación preparatoria.

4. Decisión sobre la petición

El trámite para resolver el requerimiento lo tenemos en el artículo 448.1 del NCPP que dice que 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 es impugnable **con efecto devolutivo**, esto es que la apelación no paraliza el proceso principal.

Nótese que esta decisión la toma el juez sin necesidad de audiencia. Si dispone la procedencia del proceso inmediato, notificará al fiscal que tendrá que formular acusación, que será remitida al juez de juzgamiento competente, quien deberá dictar acumulativamente el auto de enjuiciamiento y de citación a juicio.

El imputado antes que el fiscal presente acusación puede solicitar la iniciación del proceso de terminación anticipada.

Con la denegatoria de proceso inmediato el fiscal dictará la disposición que corresponda disponiendo la formalización de la investigación preparatoria si la solicitud la hizo en la etapa de diligencias preliminares o la continuación de la investigación preparatoria si hizo el requerimiento en esta fase.

Como ya se ha expresado, al no existir etapa intermedia el control de acusación y la admisión probatoria será llevada por el juez de juicio oral.

Capítulo II
El proceso por razón de la función pública

I. Cuestiones generales

1. Definición de funcionario público

Las características de estos empleados del Estado o de aquellos de naturaleza análoga están fijadas en el artículo 425 del Código Penal.

Es menester indicar que La Convención Interamericana Contra La Corrupción en su artículo I tiene importantes disposiciones a resaltar como la "función pública", que es toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos. También establece que "funcionario público", "oficial gubernamental" o "servidor público", es cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos. Y por último "bienes" son los activos de cualquier tipo, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, y los documentos o instrumentos legales que acrediten, intenten probar o se refieran a la propiedad u otros derechos sobre dichos activos. Este tratado ha sido ratificado por el Perú el seis de abril de mil novecientos noventa y siete y el artículo cincuenta y cinco de la Constitución Política del Estado establece literalmente que los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional.

En el NCPP se aprecia procesos especiales para los funcionarios públicos teniendo en cuenta la jerarquía de sus cargos. ¿Cuál es la razón de dicho fuero especial para estos funcionarios denominados aforados? Pues se ha establecido como privilegio en razón a que quienes ocupan altos cargos públicos en el Estado y están descritos en el artículo 99 de la Constitución Política del Estado, se encuentran sujetos a los avatares propios de la vida política. Por eso para evitar que cualquier denuncia trastoque su actividad como altos funcionarios, por venganza política por ejemplo, hay la necesidad que se establezca

una serie de filtros de tal manera que si fuere el caso, su procesamiento esté vinculado a temas netamente penales. Aunque esto es relativo puesto que va a depender de la correlación de fuerzas políticas que tenga el alto funcionario denunciado para evitar que se levante la inmunidad parlamentaria para que se realice su procesamiento. Un caso reciente ha sido el del exvicepresidente y excongresista Omar Chehade a quien la Comisión Permanente del Congreso por un voto evitó que se solicite al Pleno se levante el privilegio de la inmunidad para que sea acusado constitucionalmente y se remita su caso a la Fiscalía de la Nación. Este ente tiene la atribución de formular la denuncia ante la Corte Suprema y el Juez Supremo competente es quien abre la instrucción al alto funcionario tal como lo establece el artículo 100 de la Constitución.

Los que lo han apoyado al exvicepresidente, han considerado que ya fue sancionado por la comisión de ética y no hay indicios suficientes de la comisión de delitos. El caso es pertinente a este trabajo toda vez que se ve cómo funcionan estos mecanismos constitucionales que van a tener incidencia en el procesamiento de un alto funcionario. En los casos que se levante el privilegio que poseen, por el Congreso de la República, tienen un fuero y procedimiento especial que básicamente inciden en las jerarquías de los órganos de juzgamiento y que recae en la Corte Suprema y en sus jueces supremos. A no dudarlo quienes han llegado a esa instancia tienen la suficiente experiencia, sapiencia y probidad para abordar los juzgamientos con la mayor objetividad posible. De allí que es este el sustento de un privilegio que se podrá criticar porque va contra el derecho de igualdad de los ciudadanos frente a la ley, pero esto no es así porque existe lo que se denomina trato diferenciado que aplicado correctamente no vulnera dicho principio. Esta es la justificación para el privilegio y así se reconoce en la doctrina constitucional:

> "A la luz de un análisis superficial, las prerrogativas pueden tener la apariencia de ser excepciones al principio de igualdad (…) Pero, en rigor, son instrumentos destinados a afianzar la solidez y autoridad del Congreso en el ejercicio de sus funciones, sin quedar en una posición endeble frente a las presiones provenientes del Poder Ejecutivo, del Poder Judicial, de los grupos sociales de presión e interés y de los propios individuos"(376).

En el NCPP se ha dividido los procesos por delitos de función y los delitos comunes durante el ejercicio del cargo.

(376) BADEN, Gregorio. *Tratado de Derecho Constitucional*. Tomo 2, edición, Buenos Aires, 2004, p. 1403.

II. El proceso por delitos de función atribuidos a altos funcionarios públicos

1. Disposiciones aplicables

El proceso penal contra los altos funcionarios públicos taxativamente designados en el artículo 99[377] 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 (art. 449 del NCPP).

Esta regla es al parecer inflexible porque solo serán sometidos los que están señalados en el artículo 99 de la Carta Política; sin embargo tenemos en la jurisprudencia suprema el procesamiento de miembros del Jurado Nacional de Elecciones que no figuran en ese listado.

En el R.N. N° 3515-04, Lima, veintitrés de febrero del dos mil cinco se resolvió respecto de una declinatoria de competencia solicitada por un procesado que fue miembro de Titular del JNE argumentando que estaba sujeto a las prerrogativas que establece el artículo trece de la Ley del JNE N° 26486 que dice: "(...) Los miembros del Jurado Nacional de Elecciones gozarán durante el ejercicio de sus funciones de los mismos honores y preeminencias de los Vocales de la Corte Suprema de Justicia de la República y le son aplicables en lo pertinente las normas sobre responsabilidades y sanciones previstas para estos". La Sala Penal Suprema señaló que si bien el artículo 99 de la Constitución otorga un **blindaje preprocesal** a todos aquellos que ejercen los altos cargos públicos de la nación y no se encuentran comprendidos los miembros del Jurado Nacional de Elecciones, debe tenerse en cuenta que esto es para efectos propios del antejuicio constitucional y que el inciso cuarto del artículo 184 de la Ley Orgánica del Poder Judicial prescribe que las Salas Penales de la Corte Suprema conocen de la investigación y juzgamiento de los delitos que se imputan contra los funcionarios comprendidos en el artículo 99 de la Constitución Política del Perú, fiscales y vocales, miembros del Consejo Supremo de Justicia Militar y contra los "demás funcionarios que señala la ley, conforme a las disposiciones legales pertinentes". En consecuencia si el artículo 13 de la Ley Orgánica del Jurado Nacional de Elecciones les reconoce a estos funcionarios,

(377) Artículo 99.- Corresponde a la Comisión Permanente acusar ante el Congreso: al Presidente de la República; a los representantes al Congreso; a los Ministros de Estado; a los miembros del Tribunal Constitucional; a los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura; a los vocales de la Corte Suprema; a los fiscales supremos; al defensor del pueblo y al contralor general por infracción de la Constitución y por todo delito que cometan en el ejercicio de sus funciones y hasta cinco años después de que hayan cesado en estas.

la misma jerarquía que a los vocales supremos de la Corte Suprema; por ende la competencia objetiva para conocer el juicio oral se atribuye *ratione personae* (aforamientos) a la Corte Suprema de Justicia, correspondiendo su juzgamiento al órgano jurisdiccional de acuerdo a su rango funcional.

Al final lo que se ha establecido en la jurisprudencia es que otros funcionarios pueden ser juzgados por la Corte Suprema sin necesidad de pasar por el antejuicio en el parlamento.

2. Reglas específicas para la incoación del proceso penal

Los pasos para iniciar el proceso penal para los altos funcionarios están descritos en el artículo 450 del NCPP.

- Se 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.

- 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 Penal 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.

Un primer aspecto que podemos apreciar es que no hay diligencias preliminares, y que todo el trámite de investigación en el parlamento hasta la resolución acusatoria cubriría esta fase, que en los casos comunes estaría a cargo de un fiscal.

Un segundo elemento es determinar si el fiscal podría negarse a dictar la disposición de formalización; si evaluando la resolución acusatoria dispone su archivo por no encontrar elementos suficientes para iniciar una investigación.

Si es que el Fiscal de la Nación dictara la disposición el Juez 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 Juez Supremo de la Investigación Preparatoria respetarán los hechos atribuidos al funcionario y la tipificación determinada en la resolución del Congreso.

Esta es otra diferencia con el proceso común toda vez que la disposición de formalización no requiere aprobación judicial, ya que esta simplemente se comunica. Lo que está en discusión es si en una audiencia de tutela de derechos el juez de investigación preparatoria puede controlar si cumple la disposición con la regla de imputación necesaria. El Acuerdo Plenario Nº 4-2010 que ha determinado que el juez puede observar las deficiencias en la imputación; pero de ninguna manera puede declarar por ejemplo la nulidad de la disposición pues sería violatorio del principio acusatorio.

Siguiendo con el procedimiento tenemos que una vez que se ha notificado auto aprobatorio del Juez 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 Juez Supremo las medidas de coerción que correspondan y los demás actos que requieran intervención jurisdiccional, por ejemplo si solicita prisión preventiva, incautaciones, o embargos.

El alto funcionario imputado podrá cuestionar 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, luego de formalizada y aprobada la continuación de la investigación preparatoria. Antes no podría hacerlo y puede emplear los medios de defensa técnicos previstos en el NCPP.

3. Ampliación del objeto de la investigación

Si se determina que hay necesidad de ampliar el objeto de la investigación por nuevos hechos delictivos cometidos por el alto funcionario en el ejercicio de sus funciones públicas, se requiere resolución acusatoria del Congreso. El Fiscal de la Investigación Preparatoria se dirigirá al Fiscal de la Nación para que formule la denuncia constitucional respectiva. Esto cierra cualquier posibilidad de que la fiscalía investigue por nuevos hechos.

Si de la investigación fiscal se advierte que la tipificación de los hechos es diferente a la expresada en la resolución acusatoria del Congreso, el fiscal emitirá una disposición al respecto y requerirá al Juez de la Investigación

Preparatoria que 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.

Respecto de la calificación jurídica existe una autonomía del fiscal y del juez, por lo que no será necesario que se pida la intervención del parlamento. Los hechos sí deben seguir siendo los mismos.

4. Decisiones finales

El juzgamiento es realizado por la Sala Penal Especial Suprema. Emitida la sentencia, los afectados podrán interponer 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.

Es decir que los aforados no tendrán derecho a presentar recurso de casación, lo que aparentemente les pondría en indefensión frente a funcionarios procesados por delitos comunes. Sin embargo, debe tenerse en consideración que a diferencia del fuero de los procesados por delitos comunes, el fuero de estos funcionarios por delitos de función es la Corte Suprema, que es la más alta instancia de decisión del poder judicial y donde están los jueces supremos quienes por su experiencia podrán garantizar el debido proceso, además porque se permite que en su seno se genere otra instancia de apelación.

Si se dictara un auto de sobreseimiento o se amparara una excepción u otro medio de defensa que disuelva la pretensión acusatoria; o se emitiera una sentencia absolutoria, y adquieran firmeza, tienen como efecto devolver al procesado sus derechos políticos, sin que sea necesario un acuerdo del Congreso, es decir, recobra sus derechos suspendidos en forma automática.

5. Plazos y prescripción

El plazo que se refiere al artículo 99 de la Constitución, esto es los cinco años, no interrumpen ni suspenden la prescripción de la acción penal de conformidad con el artículo 84 del Código Penal. Vencido dicho plazo de cinco años, siempre que no se haya incoado el proceso penal, el ex alto funcionario público estará sometido a las reglas del proceso penal común. Esto es, no necesitará que el Congreso dicte resolución acusatoria levantando la inmunidad.

Por otro lado estimamos que el proceso de acusación constitucional al interior del congreso suspende el plazo de prescripción pese a que el TC tuvo un pronunciamiento distinto en el caso de la excongresista Elsa Canchaya STC Exp. N° 03116-2012-PHC/TC. Dos errores centrales que fluyen de esta

sentencia y que están centradas en una temática estrictamente formal y no de fondo son los siguientes:

En primer lugar, la inviabilidad del hábeas corpus respecto de una condena de pena de multa que es pecuniaria y que no tiene vinculación directa con el contenido esencial del derecho a la libertad individual y derechos conexos, tal como lo precisa el artículo 25 del Código Procesal Constitucional. La única forma de vincular la procedencia de la acción, sería en el supuesto de conversión de pena de multa por pena privativa de libertad, en caso de incumplimiento de condenado solvente como lo determina el artículo 56 del Código Penal, y que no es el caso.

La pena de inhabilitación que se le impuso fue la privación por tres años del cargo de congresista y la declaración de incapacidad para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público. Esta inhabilitación en concreto guarda relación con el derecho al trabajo, y no con la libertad individual, por lo que tampoco es amparable mediante esta acción de garantía.

En esta acción de hábeas corpus se debió declarar improcedente la demanda en aplicación del artículo 5.1 del Código Procesal Constitucional que dice que no proceden los procesos constitucionales cuando los hechos y el petitorio de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado tal como concluyó el voto singular del magistrado Urviola Hani.

En segundo lugar tenemos que el congresista tiene como prerrogativa la inmunidad parlamentaria, que lo protege en su función política y además es un obstáculo de orden procesal para su juzgamiento. Esto implica que para que sea procesado, el Congreso tiene que autorizarlo en el procedimiento parlamentario del antejuicio; en consecuencia, es razonable el criterio adoptado por la sentencia de la Sala Penal Especial, Exp. N° 07-2007 que confirmó la sentencia emitida por el Juzgado Penal de la Corte Suprema, que reza: **"contra quien no se puede ejercitar la acción penal la prescripción no corre".**

La sentencia de la Sala Penal Especial, Exp. N° 07-2007, en una línea con la que coincidimos, señala que el artículo 84 del Código Penal recoge la suspensión de origen y la sobreviniente. La primera es la que condiciona el inicio de un proceso. El levantamiento del fuero es el procedimiento que permite esto, por lo que el plazo está suspendido desde la consumación del delito hasta la decisión del Congreso de declarar ha lugar a la formación de causa. La segunda es la suspensión sobreviniente, que es aquella que opera cuando luego de iniciado el proceso penal su continuación debe dilucidarse en otro procedimiento.

En el caso de la congresista su defensa consideró que lo único que debía descontarse es el tiempo que duró el procedimiento de levantamiento del fuero parlamentario, que fueron un mes y días. En este caso el antejuicio se llevó en el escenario de suspensión de prescripción de origen y no el de suspensión sobreviniente, pues aún no existía proceso penal.

6. Conversión del procedimiento común y acumulación

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, es decir, tiene el privilegio de la inmunidad, el juez de la causa, de oficio o a pedido del Ministerio Público o de otro sujeto procesal, previa audiencia con la intervención de estos, 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 (art. 451.1).

7. Pluralidad de imputados con privilegios y sin privilegios de la inmunidad

Si existiese un proceso común contra varios imputados y solo 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 que tienen el privilegio del antejuicio. Si el Congreso emite resolución acusatoria, las causas deberán acumularse y serán tramitadas según las reglas especiales previstas en el NCPP (art. 451.2).

A contrario de esta línea legal, en el R.N. N° 3515-04 se estableció el criterio que cuando se encuentren imputados en un proceso penal por delitos conexos, personas con privilegio de fuero, la competencia para conocer de todos ellos se atribuye al órgano jurisdiccional a quien estuviere sometido el aforado, y que el procedimiento común ordinario a cargo de la Corte Suprema de Justicia, puede comprender inclusive en caso de existir concurso de personas, a individuos no aforados en virtud de la unidad de investigación(378).

(378) Citan a GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho Procesal Penal.* 2ª edición, Editorial Colex, Madrid - España, 1997, p. 152.

Capítulo III

Proceso por delitos comunes atribuidos a congresistas y otros altos funcionarios

I. Caracteres

Si los congresistas y otros altos funcionarios del Estado durante el ejercicio de la funciones cometieran delitos comunes también están sujetos al privilegio de la inmunidad.

El artículo 452.1 del NCPP establece que 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.

1. En caso de flagrancia

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 sea el caso. Estos entes son los que emitirán la autorización de privación de libertad y también el respectivo enjuiciamiento.

2. Procedimiento

Las reglas que se seguirán en este proceso, serán las del proceso común. En la etapa de enjuiciamiento intervendrá un juzgado colegiado. El recurso de casación procederá según las disposiciones comunes que lo rigen. En este caso los funcionarios no están aforados a la Corte Suprema.

La incoación puede generarse cuando al calificar la denuncia, durante la elaboración del informe policial, las indagaciones preliminares, o en el curso

del proceso se advierte que el imputado tiene el privilegio de inmunidad. El juez de oficio o a petición de parte, previa audiencia, elevará los actuados respecto de aquel al Presidente de la Corte Superior correspondiente para que por su conducto se remitan las actuaciones al Congreso o al Tribunal Constitucional, según el caso, a fin de que se expida la resolución de autorización de procesamiento.

La resolución expedida es inimpugnable, y 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.

II. El proceso por delitos de función atribuidos a otros funcionarios públicos

El artículo 454.1 del NCPP destaca a otros funcionarios pasibles de ser procesados por delitos en el ejercicio de sus funciones como los vocales (hoy jueces superiores) y fiscales superiores, los miembros del Consejo Supremo de Justicia Militar, el procurador público y todos los magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público.

Para el procesamiento de estos funcionarios se requiere 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.

Si el funcionario ha sido sorprendido en flagrante delito no será necesaria la disposición del Fiscal de la Nación. El funcionario será conducido al despacho del Fiscal Supremo si fuera magistrado superior o del Fiscal Superior si pertenece a niveles inferiores, para la formalización de la investigación preparatoria.

Los funcionarios aforados a la competencia suprema, Fiscal Supremo y a la Corte Suprema son los miembros del Consejo Supremo de Justicia Militar, a los jueces y fiscales superiores y al procurador público, así como a otros funcionarios que señale la ley. Aquí entran los miembros del Jurado Nacional de Elecciones. Para estos casos la Sala Penal de la Corte Suprema designará, entre sus miembros, al Juez de 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. 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.

1. Fuero para los fiscales provinciales y jueces especializados y otros de menor jerarquía

Para estos funcionarios la competencia la posee el fiscal superior y la Corte Superior del lugar de comisión del ilícito. La Presidencia de la Corte Superior designará, entre los miembros de la Sala Penal competente, al Juez de la Investigación Preparatoria(379) 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. 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.

Para el proceso penal de estos funcionarios o magistrados rigen las reglas del proceso común.

(379) R.A. Nº 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.

Capítulo IV
El proceso de seguridad

I. Naturaleza

Esta clase de proceso está vinculada a otra determinación distinta a la pena como lo es la medida de seguridad; que tiene su sustento en la peligrosidad del sujeto activo. En este caso, se sanciona a la persona que siendo su conducta típica y antijurídica, es inimputable o imputable relativo. El inimputable no tiene la capacidad para entender la ilicitud de su acto; sin embargo, es objetivamente peligroso para la sociedad y por eso se le impone la medida de seguridad.

El Código Penal en su artículo 77 señala dos clases: internación y tratamiento ambulatorio. Además, establece los requisitos. En principio, que el agente haya realizado un acto previsto como delito y que del hecho y de la personalidad del agente pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele una elevada probabilidad de comisión de nuevos delitos. Aquí entran a tallar los exámenes realizados por peritos de tal forma que se pueda establecer objetivamente su pronóstico de peligrosidad. Sin embargo, la medida no puede aplicarse en forma desproporcionada ya que debe atender a la peligrosidad delictual del agente, la gravedad del hecho cometido y los que probablemente cometiera si no fuese tratado.

La internación es un régimen por el que se ingresa al inimputable a un centro hospitalario con fines terapéuticos, esto es de tratamiento, pero también de custodia, es decir, un régimen cerrado, privado de su libertad, y esto se aplicará cuando hay el peligro que el inimputable cometa delitos graves. El parámetro para establecer la duración de la medida de seguridad es la pena hipotética que se le hubiese impuesto. Existe una exigencia de controlar el tratamiento; por eso la autoridad encargada de la medida cada seis meses 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. Si se diera esto último, el juez hará cesar la medida de internación impuesta.

La otra medida de seguridad es más flexible y es el tratamiento ambulatorio que se aplicará conjuntamente con la pena al imputable relativo que lo

requiera con fines terapéuticos o de rehabilitación, es decir, para contribuir en su regeneración.

Si se tuviera que aplicar al imputable relativo una medida de internación o a un toxicómano o alcohólico imputable, el juez dispondrá que ella tenga lugar antes de la pena y ese periodo se computará como tiempo de cumplimiento de la pena.

En la sentencia vinculante R.N. Nº 104-2005-Ayacucho del dieciséis de marzo del año dos mil cinco, la Sala Penal Suprema establece precisiones con relación a la medida de seguridad:

1. Son sanciones que se aplican judicialmente a los inimputables o imputables relativos que han cometido un hecho punible.

2. La medida de internación es privativa de libertad y solo puede aplicarse cuando existe el peligro potencial que el inimputable pueda cometer en el futuro otros delitos graves.

3. La medida de internación solo puede ser impuesta en la sentencia y luego de que en juicio se haya acreditado la realización del delito por el inimputable y su estado de peligrosidad.

4. La duración de la medida de internación no puede ser indeterminada, por eso, el operador judicial debe definir en la sentencia su extensión temporal, la cual, conforme lo establece el artículo 65 del Código Penal y en ningún caso puede exceder los límites cuantitativos de la pena privativa de libertad concreta, que se hubiera aplicado al procesado si hubiera sido una persona imputable.

5. La duración de la medida de internación debe ser proporcional a la peligrosidad potencial del agente y coherente con las recomendaciones que sobre el tratamiento a aplicar haya precisado el perito psiquiatra.

En la Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N° 0516-2006-PHC/TC-Lima de Carlos Augusto Gonzáles La Torre del 22 de febrero de 2006 se ventiló una controversia respecto a la aplicación de una medida de seguridad. El caso era que la Segunda Sala Especializada en lo Penal de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, con fecha 13 de julio de 2003, dictó sentencia contra Carlos Augusto Gonzáles La Torre, declarándolo como de alta peligrosidad y ordenando su internamiento por el plazo de tres años en el hospital Almanzor Aguinaga Asenjo de Chiclayo, siendo posteriormente trasladado al Hospital Psiquiátrico Víctor Larco Herrera de Lima. Los médicos de dicho

centro de salud declararon que el beneficiario no padecía de patología alguna que requiriera de hospitalización psiquiátrica, por lo que procedieron a darle de alta; pero el juez emplazado emitió la resolución de fecha 15 de agosto de 2005, disponiendo su reinternamiento. Esta decisión es la que el accionante considera injusta, pues es atentatorio del derecho a la libertad individual, ya que había sido declarado en estado de lucidez. El juez emplazado ordenó su reinternamiento, puesto que los médicos dispusieron el alta y su salida del hospital, sin mediar orden judicial, disponiéndose además que se remitan copias del expediente al Ministerio Público a efectos de que se investigue a los responsables de la alta médica. Como se estaba ante una ejecución judicial de sentencia el TC frente a la conducta de los médicos y del beneficiario concluyó que:

> "Se trata entonces, el presente caso, de una sentencia en etapa de ejecución, siendo obligación del centro hospitalario efectuar exámenes periódicos al beneficiario, a fin de determinar su estado psiquiátrico, mas no determinar el cese o suspensión de la medida de internación impuesta, pues esta es facultad exclusiva del juez".

En la jurisprudencia penal existen pocos antecedentes respecto a la aplicación de la medida, sin embargo, en la Ejecutoria Suprema R.N. Nº 104-2005 se ha fijado orientaciones importantes cuando en algún proceso penal el agente sea imputable relativo o inimputable.

1. Instauración del proceso de seguridad

El artículo 75 del NCPP establece que cuando exista fundada razón para considerar el estado de inimputabilidad del procesado al momento de los hechos, el Juez de la Investigación Preparatoria o el Juez Penal, de juzgamiento, dispondrá, de oficio o a pedido de parte un examen por un perito especializado. Una vez recibido el informe pericial, previa audiencia, con las partes y el perito, si el juez considera que existen indicios suficientes que el procesado es inimputable, dictará la resolución correspondiente instando la incoación del proceso de seguridad. Aquí lo sustancial es el peritaje mental del imputado, pues el juez no puede llevarse de su arbitrio de lego. Podría pasar que el procesado está fingiendo para que se le aplique este proceso especial.

El fiscal, luego de haberse dictado la resolución anterior o cuando al culminar la investigación preparatoria considera que solo corresponde imponer al imputado una medida de seguridad, según el estado de la causa realizará las actuaciones de investigación imprescindibles o, si estima que han cumplido su objeto requerirá la apertura de juicio oral y formulará el correspondiente requerimiento de imposición de medidas de seguridad. Es aplicable, lo pertinente

dispuesto para la acusación fiscal con la indicación precisa de la medida de seguridad que solicita (art. 456.1 del NCPP). Puede solicitar de acuerdo a la gravedad del hecho punible internamiento o tratamiento ambulatorio.

Está prohibido acumular un proceso común con uno de seguridad si existiesen coimputados que no tienen limitaciones en su capacidad. Se desacumulará el extremo de los cargos que se le imputan, incoándose una causa independiente.

2. Reglas aplicables

Serán las disposiciones aplicables al proceso común con las especiales que señala el artículo 457 del NCPP.

Si el imputado se encuentra en la situación prevista en el artículo 20.2 del Código Penal, luego de procederse conforme al artículo 75 del acotado, 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.

Si no se puede nombrar curador no se interrogará al imputado, pues sería violatorio del derecho a la defensa.

En el caso que el juez considere que el imputado tiene capacidad de culpabilidad puede rechazar el requerimiento de imposición de medidas de seguridad formulado por el fiscal. Contra esta resolución procede recurso de apelación, con efecto suspensivo. Aquí el juez debe haber examinado al perito y que este no le haya convencido que el imputado es incapaz.

El proceso de seguridad no podrá acumularse con un proceso común porque son de distinta naturaleza.

El juicio se realizará en privado y también podrá desarrollarse sin la presencia del imputado, si fuese imposible en razón a su estado de salud o por motivos de orden o de seguridad. En el juicio será representado por su curador.

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, en una suerte de prueba anticipada. Esta actuación solo será posible si lo permite la condición del imputado, a juicio del perito.

Si no puede contarse con la presencia del imputado, se podrán leer sus declaraciones anteriores.

Es imprescindible que en el acto oral se interrogue 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 este u otro perito. Este aspecto sustancial del proceso de seguridad debe estar suficientemente esclarecido para el juez.

La sentencia se pronunciará en sentido absolutorio o si el hecho es típico y antijurídico, se deberá decidir la aplicación de una medida de seguridad.

II. Transformación al proceso común

El proceso de seguridad puede transformarse en uno de proceso común cuando si después de la instalación del juicio oral, como consecuencia del debate, el juez advierte que no es de aplicación el proceso para inimputables y en consecuencia, crea que es posible aplicar una pena. Si es así, 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 (art. 458.1 del NCPP). El acto oral se suspende y se reiniciará antes de los ocho días hábiles que es el plazo previsto por el artículo 360.3.

Rigen análogamente las reglas sobre acusación ampliatoria, si el fiscal en el proceso de seguridad, considera que el procesado es imputable. También las reglas sobre correlación entre acusación y sentencia.

Como el proceso de seguridad permite deliberar en ausencia del imputado, si se ha transformado en proceso común, se debe repetir las partes del juicio en que no estuvo presente.

1. Jurisprudencia

Como referencia de una transformación de proceso de seguridad a proceso común tenemos la Casación N° 16-2009-Huaura del doce de marzo de dos mil diez que es interesante comentarla. Esta casación fue bajo la causal de errónea interpretación e inobservancia de norma procesal penal y por desarrollo de doctrina jurisprudencial interpuesto por el señor fiscal superior contra la sentencia de vista en la parte que declaró nulo lo actuado hasta el inicio del proceso de seguridad; en los seguidos contra Pedro Pablo Nakada Ludeña por delitos contra la vida el cuerpo y la salud –homicidio calificado y contra el patrimonio– robo agravado en perjuicio de Carlos Edilberto Merino Aguilar y otros.

En primera instancia, el encausado Pedro Pablo Nakada Ludeña fue procesado penalmente, con arreglo al Nuevo Código Procesal Penal y se le inculpó formalmente por delitos contra la vida el cuerpo y la salud –homicidio calificado y contra el patrimonio– robo agravado en perjuicio de Carlos Edilberto Merino Aguilar y otros. En la etapa de investigación preparatoria el encausado solicitó que se le siga el proceso de seguridad, petición que fue negada por el Juez del Primer Juzgado de Investigación Preparatoria de Huaral y apelada dicha resolución, la Sala Superior la revocó y en su reemplazo declaró fundado ese pedido, por lo que ordenó se transforme el proceso común a uno de seguridad y se desacumule el primero y se siga una causa independiente en su contra.

El acusado Nakada Ludeña, fue sometido a juicio oral en vía de proceso de seguridad y en el curso del juicio de primera instancia, el Juzgado Penal Colegiado transformó el proceso de seguridad a uno común y en esos términos, dictó la sentencia que condenó a Pedro Pablo Nakada Ludeña como autor de los delitos de homicidio calificado en agravio de Agustín Andrés Maguiña Oropeza y otros; y de robo agravado en perjuicio de Carlos Edilberto Merino Aguilar y otros a treinta y cinco años de pena privativa de libertad, y fijó en siete mil nuevos soles el monto por concepto de reparación civil que pagará a los herederos de los occisos; y, en otro extremo, lo absolvió de la acusación fiscal formulada en su contra por delitos de robo agravado y homicidio calificado en agravio de otros.

Apelada la sentencia fue declarada nula por la Sala Superior en mayoría, e insubsistente todo lo actuado hasta el momento del inicio del proceso de seguridad contra el acusado Nakada Ludeña, debiendo efectuarse nuevo juicio oral por otro colegiado. Contra esta decisión el fiscal superior presentó recurso de casación introduciendo dos motivos:

- Errónea aplicación de la norma procesal penal: la prevista en el artículo 458 apartado 3 del NCPP.

- Inobservancia de la norma procesal penal: el artículo 457 apartado 5 del mismo cuerpo legal.

Desarrolla los agravios de la siguiente forma:

A. El primer agravio denuncia la errónea interpretación del artículo 458 apartado 3 del NCPP. Sostiene que el tribunal de apelación declaró la nulidad de todo lo actuado hasta el inicio del proceso de seguridad porque este proceso no puede desligarse del proceso común y, por tanto, debe tramitarse como una sola unidad. Estima que el fallo retrotrae el proceso a etapas ya conclusas, lo que necesariamente implicará que

en la causa no solo se tiene que actuar un nuevo juicio oral, sino también una nueva etapa intermedia.

B. El segundo agravio imputa la inaplicación del artículo 457 apartado 5 del NCPP, norma que prescribe que el proceso de seguridad no podrá acumularse con el proceso común, norma que –a su juicio– debe ser interpretada sistemáticamente y no aisladamente como lo hizo el Tribunal Superior. Afirma que el artículo 457 apartado 5 del NCPP es aplicable para sustentar que existen diferencias en la naturaleza jurídica de los procesos de seguridad y los procesos comunes, puesto que no solo tienen objetos diferentes, sino también finalidades distintas, por lo que está prohibida su acumulación, además que no resulta lógico que solo en ciertas etapas se prohíba la acumulación de ambos procesos y en otras no. No existe mayor dificultad para discernir que se trata de dos procesos distintos y, por consiguiente, al dar por concluido uno de ellos, necesariamente se estaría dando inicio al otro, ya sea de un proceso común a uno de seguridad o viceversa. Por consiguiente, pretende que se aplique este artículo al caso concreto y que se establezcan criterios a tener en cuenta para la aplicación de las normas del proceso de seguridad y su diferenciación con el proceso común.

La sentencia de vista en su fundamento octavo sostiene que el proceso de seguridad al ser transformado a proceso común no constituye dos juicios orales independientes. Debe entenderse, que la oralidad de ambos momentos procesales es en realidad parte de un solo juicio oral, a cuyo término se dicta una sentencia que pone fin al proceso, al menos formalmente.

2. Análisis de los jueces supremos

En el itinerario procesal tuvieron presente que como consecuencia de un auto de vista, se instó la incoación del proceso de seguridad, bajo el argumento de Derecho Penal material de que la pericia psiquiátrica arrojaba indicios suficientes para estimar acreditado el estado de inimputabilidad del encausado Nakada Ludeña por sufrir de esquizofrenia paranoide y, por tanto, era del caso imponer una medida de seguridad.

Iniciado el juicio oral en el propio proceso de seguridad, el Juzgado Penal Colegiado, de oficio, al amparo del artículo 458.1 del NCPP, dictó el respectivo auto de transformación al proceso común y dispuso la reanudación de la audiencia para nueva fecha. Según la referida resolución, y siguiendo las explicaciones periciales de la Comisión de Psiquiatras de la División de Exámenes Clínicos Forenses del Ministerio Público, los actos realizados por el imputado

se llevaron a cabo con plena conciencia, quien no revelaba trastorno mental de tipo esquizofrénico, ni presentaba ni ha presentado trastorno mental de tipo psicótico, de tal manera que la supuesta esquizofrenia no habría sido la causa de la comisión de asesinatos seriales. El procesado más padece de conductas antisociales que definitivamente no lo convierten en inimputable.

Seguido el juicio oral conforme a las reglas del proceso común, se dictó la correspondiente sentencia que contiene extremos condenatorios y absolutorios. El fallo solo fue recurrido por el imputado que estimó que le correspondía la aplicación de una medida de seguridad.

El Tribunal de Apelación, en la sentencia de vista impugnada por el señor fiscal superior, entendió que la sentencia de primera instancia no estaba debidamente motivada en cuanto al juicio de culpabilidad y pudo suplir atento a la naturaleza ordinaria del recurso de apelación y a sus lógicas de corrección y subsanación en aras del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

Lamentablemente, anuló el fallo y el propio juicio oral, hasta el momento de disponerse el inicio de la fase oral del proceso de seguridad.

La fiscalía superior sostiene que la extensión de la nulidad, que incluye la decisión de transformar el proceso de seguridad a uno común, es incorrecta e infringe la norma procesal.

3. Materia de examen casacional

Si al extenderse la nulidad al inicio del juicio oral, comprendiendo esta el auto de transformación del proceso a uno de carácter común, se ha inobservado o no dos normas procesales: a) el artículo 457.5 del NCPP, que establece: **"El proceso de seguridad no podrá acumularse con un proceso común"**; y, b) el artículo 458.3 3, que preceptúa: **"Si se ha deliberado en ausencia del imputado en virtud del artículo anterior (juicio oral del proceso de seguridad), se deberán repetir aquellas partes del juicio en las que el inculpado no estaba presente**".

La Corte Suprema advierte que la sentencia de vista no cuestiona un punto central del juicio de mérito, cuyo antecedente es el **auto de primera instancia** que transformó el proceso de seguridad al proceso común: **que el imputado no está incurso en el supuesto de inimputabilidad del artículo 20, inciso uno, del Código Penal**, situación que de por sí excluye la posibilidad de aplicar la medida de seguridad que pretende el imputado (arts. 74 y 75 del Código Penal).

En la sentencia de casación se indica que el tribunal de revisión centra su censura en el denominado juicio de culpabilidad, en la ausencia de un

razonamiento constitucionalmente válido para la declaración de hechos probados y la aplicación consiguiente del derecho a estos. De encontrar inválido el análisis previo, en rigor, el presupuesto del juicio común, así lo debió haber manifestado y razonado. Entonces, si se focalizó en la declaración de hechos probados y en el juicio de culpabilidad, sobre la base del binomio delito/pena, y no peligrosidad/medida de seguridad de internación, se entiende, que ese punto, antecedente del juicio común y de la sentencia consiguiente, no lo ponía en cuestión, pese a que, precisamente, ese era el ámbito estricto del recurso de apelación, base de su competencia funcional.

Los supremos consideran que la anulación de la sentencia emitida tras un juicio oral, público y contradictorio, si se afirma la existencia de un defecto estructural de la sentencia no trae irremediablemente consigo la nulidad del juicio oral y la necesidad de su repetición. La opción anulatoria debe asumirse **como última ratio** y siempre que, de un lado, se cumplan acabadamente los principios de taxatividad y de trascendencia y se configure una efectiva indefensión material a las partes concernidas.

La nulidad de una sentencia –absolutamente necesaria cuando se trata de vicios por defecto de tramitación, producidos en actos precedentes a la misma sentencia en tanto sean insubsanables– es irremediable anular las actuaciones del juicio oral, pues en ellas se sustenta toda sentencia de mérito –artículo 393 del NCPP–.

La particularidad del presente caso es que, precisamente, como lo manda el artículo 458.1 del NCPP, luego de la instalación del juicio oral de un proceso de seguridad se dictó un auto, ya firme, que transformó el proceso y lo derivó al proceso común, a partir del cual se reordenó la audiencia y se siguió íntegramente bajo sus reglas.

Los jueces supremos se preguntan entonces: ¿La anulación del juicio por defecto estructural de la sentencia comprende esa resolución firme? La respuesta es negativa, en tanto que no se cuestionó esa premisa sino el resultado del juicio oral por proceso común: la sentencia, por lo que la nulidad no puede alcanzar a esa decisión pues el vicio declarado no la afecta.

4. Diferencias del proceso común y el proceso de seguridad según la Casación N° 16-2009

Los jueces supremos en su noveno considerando señalan esas diferencias:

> "Es claro que cambia su objeto jurídico: el proceso de seguridad discute no solo los hechos, aspecto en el que es idéntico al proceso común, sino la

> presencia del binomio peligrosidad/medida de seguridad; pero esta diferencia no lo hace necesariamente incompatible con el proceso común –comparte el cuadro matriz de las garantías de todo enjuiciamiento–, pues en este último proceso tras el juicio oral el tribunal puede incluso imponer una medida de seguridad si se dan los presupuestos para ella y medió una discusión y debate sobre el particular, es decir, si se cumplió el principio de contradicción –artículo 393, apartado 3), literal e), del NCPP–. La prohibición de acumulación de un proceso de seguridad con el común es obvia, pero solo dice de la imposibilidad de conexidad debido al diferente objeto de ambos procesos. La acumulación por conexidad importa en este último caso, y en sentido estricto diversidad de delitos culpándose a una sola persona o a varias, y procede si se cumplen sus presupuestos y condiciones; tiene como fundamento el tratamiento unitario de esas causas o imputaciones para garantizar la economía y la celeridad procesal, así como para evitar fallos contradictorios y posibilitar un conocimiento más integral de los cargos con arreglo al principio de inmediación y, en su caso, se pueda aplicar las reglas del concurso de delitos. La base común del rito del juicio oral para ambos procesos, cuando es el del caso transformarlos, solo autoriza, de modo general, a repetir aquellas actuaciones especiales que en el caso del proceso de seguridad se realizaron sin el concurso del imputado por razones de salud. No debe empezarse de cero –no puede entenderse que las actuaciones previas son ineficaces procesalmente–, sino que debe continuar en lo que es compatible y repetir lo que se hizo al margen del principio de bilateralidad y presencia efectiva del imputado".

La Sala Suprema concluyó que el Tribunal de Apelación al extender la anulación de lo actuado al auto de transformación del proceso, inobservó el principio de preclusión procesal, que integra la garantía del debido proceso. La decisión anulada no guarda relación con el vicio que detectó y censuró, única posibilidad legal de hacerlo conforme al artículo 154.1 del NCPP.

No hay dependencia entre el vicio que se dice incurrió el Tribunal de Primera Instancia, centrado en el juicio de culpabilidad, con la declaración previa de transformación de la causa en común y es de aplicación, el artículo 150, literal d), del NCPP, y como es una nulidad absoluta no puede subsanarse en casación por lo que al declarar fundada la casación establecieron que la nulidad del juicio no alcanza al auto de transformación del proceso de seguridad por el común.

Otro aspecto importante de esta Casación N° 16-2009 es que un auto de transformación del proceso no causa estado, no genera cosa juzgada, por lo que a la luz del debate oral y de la discusión pericial el Tribunal podrá optar por la decisión que considere arreglada a derecho. También se establece como pauta que no será pertinente una **discusión incidental** tendente a poner en crisis el juicio para que se suspenda la causa y se reoriente al juicio de seguridad, porque ello vulneraría el principio de concentración procesal. Lo que sí debe hacerse es una discusión de fondo acerca de la aplicación de normas de Derecho Penal material referentes al juicio de imputabilidad y a la necesidad y proporcionalidad de una posible medida de seguridad. Si no se hiciera así, sería limitar esa posibilidad al imputado lo que restringiría irrazonablemente su derecho de defensa y le produciría efectiva indefensión material.

Capítulo V
Proceso por delito de ejercicio privado de la acción penal

I. La querella en el nuevo proceso penal

1. Planteamiento

En esta parte del trabajo examinaremos la querella como proceso especial en los delitos de persecución privada regulado por el NCPP, las formas de presentación de la querella, las facultades de las partes, los medios impugnatorios, los modos de extinción de la acción penal, la sucesión procesal en caso de muerte del querellante particular.

2. La acción

La acción penal siempre es pública; es en el ejercicio en el que intervienen el Ministerio Público, o el ofendido en el caso de delitos de persecución privada. El poder es del Estado pero su ejercicio se atribuye exclusivamente al particular ofendido, o a sus representantes o herederos(380).

Si vamos al antecedente histórico de aquello que Maier denomina "sistema acusatorio privado", es en el Derecho germánico donde se presenta la especial característica de una idea global de las infracciones que no distinguían entre lo penal y lo civil. En este sistema germánico se otorgaba relevancia a las formas compositivas privadas, y recurriéndose al proceso solamente cuando aquellas fracasaban y por la única forma: una acusación sostenida por el directamente interesado. La posterior evolución en el Derecho franco y en los diversos países de la Europa de la Alta Edad Media, si bien incluye modificaciones, mantiene en lo básico la vigencia de un sistema acusatorio a cargo del ofendido y/o de sus parientes(381). En el Perú bajo el Código de 1940 se ha mantenido un procedimiento especial con variantes para la persecución de delitos contra el

(380) CLARIÁ OLMEDO, Jorge. Ob. cit., Tomo I, p, 174.
(381) VÁSQUEZ ROSSI, Jorge E. *Derecho Procesal Penal*. Rubinzal y Culzoni, Buenos Aires, 1995, p. 321.

honor, y actualmente en el Código Procesal Penal se ha unificado en un proceso único que es materia del estudio.

Vásquez Rossi define a la querella como aquella en la cual el particular ofendido por el hecho que se postula como delito acude por sí o mediante representante, instando la realización del proceso y sosteniendo la pretensión de que se condene al accionado(382).

La persecución privada según el NCPP es concebida como la acción que se ejerce ante el órgano jurisdiccional competente y se necesita la presentación de la querella (art. 1.2 del NCPP). La naturaleza privada de la persecución viene directamente determinada desde la legislación sustantiva. El Código Penal ha establecido que los siguientes delitos puede perseguirse por acción privada: lesiones culposas leves, artículo 124 primer párrafo; delitos contra el honor, injuria, calumnia y difamación y los delitos de violación a la intimidad.

El ejercicio de la acción privada no está condicionada a la conciliación previa como sí se establece en la legislación española; en los casos de delitos de calumnia e injuria con anterioridad a la deducción debe conciliarse y si no se arribó algún acuerdo se debe presentar la certificación de haberse intentado según los artículos 278 y 804 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal(383). En el modelo peruano la querella se presenta directamente al juez sin esa suerte de condición de la acción.

La facultad de la persona para poder querellar tiene limitaciones frente al Ministerio Público. Se reconoce en la doctrina que en el procedimiento de acción privada, el acusador privado tiene la posición del Ministerio Público, pero no dispone de sus posibilidades (ayuda de la policía) y de sus poderes coercitivos(384). Salvo quizá cuando el juez ordena una investigación preliminar a cargo de la policía previa a la calificación de la querella.

Baumann dice que la facultad de provocar la decisión se otorga al sujeto que se presenta como agraviado o lesionado por una conducta delictiva, y que esto implica que no actúa ningún órgano oficial y que el conflicto se circunscribe a los involucrados. La relación procesal en este tipo de acciones de persecución privada guarda semejanzas con la de índole civil, ya que fundamentalmente

(382) VÁSQUEZ ROSSI, Jorge E. Ob. cit., p. 320.
(383) ASENCIO MELLADO, José María. *Derecho Procesal Penal*. 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 57.
(384) BAUMANN, Jürgen. *Derecho Procesal Penal. Conceptos fundamentales y principios procesales. Introducción sobre la base de casos*. Traducido por Conrado A Finzi, Depalma, Buenos Aires, 1986, p. 47.

nos encontramos ante una disponibilidad o pertenencia sobre las posibilidades y maneras de actuación, lo que por lo general abarca también los modos de solución del conflicto. El Estado confiere a los particulares el poder y la decisión de actuación, además que los individuos presenten postulaciones, acreditaciones y alegaciones(385). Las actividades propias del Ministerio Público son transferidas a la parte acusadora, sin perjuicio de los derechos que tiene la parte emplazada.

En los delitos de acción privada, la querella particular es el modo exclusivo de iniciación del proceso penal e implica una específica regulación de esta pieza acusatoria(386). Según Carnelutti la querella pertenece a la categoría de las **declaraciones de voluntad**(387) (concretamente a lo que se conoce como declaraciones **recepticias) y cuya estructura** se resuelve en que el hecho jurídico, además de la actividad orientada a declarar, obliga también hacer lo necesario para que la declaración llegue a su destinatario y que cuando la declaración es escrita, es necesario que, el declarante haga llegar el escrito a su destinatario(388). Es lo que conocemos como correr traslado de la querella y sus recaudos al querellado para que cumpla con absolver y ofrecer los medios de prueba defensivos.

II. Acto postulatorio en la persecución privada

Siendo la querella un acto postulatorio se requiere una formalidad para su presentación. El artículo 459.1 del NCPP establece que la legitimación activa, esto es la capacidad procesal para incoar la acción penal, la tiene el directamente ofendido, por sí o por su representante legal a quien le haya delegado facultades especiales. El representante, de conformidad con el artículo 75 del CPC que regula el apoderamiento, requiere aquellas facultades para realizar todos los actos de disposición de derechos sustantivos, para querellar, desistirse, conciliar, transigir. El otorgamiento de poderes se rige por el principio de literalidad pues no se presume la existencia de facultades especiales no conferidas explícitamente.

El juez competente para conocer de las querellas es el juzgado penal unipersonal.

(385) BAUMANN, Jürgen. Ob. cit., p. 47.
(386) VÁSQUEZ ROSSI, Jorge E. Ob. cit., p. 364.
(387) CARNELUTTI, Francesco. *Cuestiones sobre el proceso penal*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. El Foro, Buenos Aires, 1994, p. 152.
(388) Ídem.

Las formalidades en el escrito de querella bajo sanción de inadmisibilidad son las siguientes:

- La identificación del querellante y si hubiese delegado representación la identidad de su representante. Debe indicar los domicilios reales y procesales de cualquiera de ellos, y anexar los documentos de identidad o de registro.

- 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. Debe entenderse que el querellante como acusador privado define el objeto del proceso. Formula los cargos contra el querellado en su parte fáctica y jurídica. Obviamente él o los querellados deben estar debidamente identificados de tal forma que se le pueda correr traslado del escrito de querella.

- La precisión de la pretensión penal y civil que deduce, con la justificación correspondiente. La pretensión penal es la sanción que solicita el querellante para el querellado debiendo precisar su grado de intervención, las circunstancias modificativas de responsabilidad penal. La pretensión civil está vinculada a los daños patrimoniales y extrapatrimoniales que el ofendido considera se le ha ocasionado.

- El ofrecimiento de los medios de prueba correspondientes. Toda pretensión y los elementos que la constituyen deben contar con su respectivo medio de prueba que será actuado en juicio ante el juez unipersonal (art. 108 del NCPP).

El escrito de querella debe respetar la regla de imputación necesaria, evitando la presentación de cargos ambiguos, indefinidos, no circunstanciados que en puridad afectan el derecho de defensa de los querellados. Es menester desterrar aquellas querellas que por un hecho único se le califica simultáneamente como difamación, calumnia e injuria, cuyas estructuras típicas son diferentes. También proscribir aquellas pretensiones civiles indeterminadas que adoptan la forma siguiente: **"que se me indemnice con una reparación civil no menor de cincuenta mil soles**", ya que por su vaguedad, no puede ni siquiera medirse el monto del arancel que debe acompañar a la querella.

III. Facultades del querellante particular

En la doctrina procesal se le reconoce como un sujeto privado acusador que, asumiendo voluntariamente el ejercicio de la acción penal emergente de un delito cometido en su contra en forma directa, impulsa el proceso, proporciona elementos de convicción, argumenta sobre ellos y recurre de las resoluciones en la medida en que le concede la ley(389).

El querellante particular y directamente ofendido por el delito podrá instar ante el órgano jurisdiccional, siempre conjuntamente, la sanción penal y pago de la reparación civil contra quien considere responsable del delito en su agravio (art. 107 del NCPP).

Las facultades especiales que tiene el querellante según la normativa adjetiva son:

- Participar en todas las diligencias del proceso.
- Ofrecer prueba de cargo sobre la culpabilidad y la reparación civil.
- Interponer recursos impugnatorios referidos al objeto penal y civil del proceso.
- Presentar medios de defensa y requerimientos en salvaguarda de su derecho.

Si bien el querellante particular puede intervenir en el procedimiento a través de un apoderado con facultades especiales, este no puedo reemplazarle en diligencias que son personalísimas como dar su declaración en el proceso (art. 109 del NCPP).

Requisitos

La querella se presenta por escrito que debe contener bajo sanción de inadmisibilidad:

- La identificación del querellante y, si fuese el caso, de su representante, con indicación en ambos casos de su domicilio real y procesal, y de los documentos de identidad o de registro. Este es un requisito

(389) MORAS MOM, Jorge R. *Manual de Derecho Procesal Penal*. 6ª edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2004, p. 46.

elemental pues se trata de establecer quién es el perjudicado por la conducta del querellado.

- El relato circunstanciado del hecho punible debiendo entenderse la narración situacional o contextualizada, por ello es que deben existir razones fácticas claras. Un error en la presentación de las querellas y esta es responsabilidad del abogado patrocinante es que no se relata con precisión cuándo ocurrió el hecho, en qué lugar, cuál fue la ofensa, cómo se hizo, quiénes estaban en ese momento, de tal forma que se presentan imputaciones vagas y ambiguas que afectan el derecho de defensa del querellado y no centran con claridad que va a ser objeto de prueba. Esto también afecta al mismo querellante porque al ser poco clara la imputación se va tener dificultades para probar los hechos deficientemente presentados.

- El querellante debe sustentar su imputación en un tipo penal determinado que subsuma el hecho que pretende probar, a efectos de imponer la sanción penal. En la práctica, se ve que los querellantes narran un hecho agraviante y demandan por injuria, calumnia y difamación, tipos penales cuyos supuestos de hecho tienen diferencias de tal manera que las razones jurídicas son ambiguas, dispersas y que va a incidir en el resultado del procesado. Aunque esto desde una perspectiva de saneamiento debe ser declarada la querella inadmisible a efectos que el querellante precise el tipo penal que corresponda al hecho que pretende someter a prueba.

- El querellante debe indicar expresamente quien o quienes son las personas contra la que dirige su acción, lo que implica que las tenga debidamente identificadas y señalado el domicilio a efectos que le llegue el emplazamiento.

- La precisión de la pretensión penal, esto es, qué pena solicita para el querellado, debiendo cuantificarla en su escrito de querella así como su justificación.

- La reparación civil que deduce y su justificación que debe consistir en establecer qué clase de daño se le ha causado, patrimonial o extrapatrimonial.

- El ofrecimiento de los medios de prueba para probar los hechos en el proceso, bajo las reglas de pertinencia, conducencia y utilidad.

1. Desistimiento

La acción penal en delitos de persecución privada están sujetas al principio dispositivo, depende de su inicio o término de la voluntad del querellante, por lo que se reconoce que el perjudicado puede desistirse expresamente de la querella en cualquier estado del procedimiento, sin perjuicio del pago de costas.

También se considerará tácito el desistimiento cuando el querellante particular no concurra sin justa causa a las audiencias correspondientes, a prestar su declaración o cuando no presente sus conclusiones al final de la audiencia. Esto significa que si la voluntad del querellante es no desistir, debe justificar las razones por las que no se hizo presente en las diligencias programadas, por ejemplo, una enfermedad repentina presentando para tal efecto un certificado médico. Debe acreditarse, de ser posible, antes del inicio de la diligencia o, en caso contrario, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la fecha fijada para aquella, siendo este un plazo de caducidad.

2. Control de admisibilidad

La querella como acto postulatorio análogo a una acusación tiene mérito para ser controlada. Si el juez considera que la querella no es clara, esto es, que es oscura, indeterminada, ambigua; o que se encuentre incompleta, por ejemplo sin ofrecimiento de pruebas, declarará inadmisible la demanda y dispondrá que el querellante particular dentro del plazo de tres días, aclare o subsane la omisión. Si el querellante no lo hace el juez dictará un auto dando por no presentada la querella y ordenando su archivo definitivo. Si la resolución es declarada consentida y ejecutoriada, se prohíbe renovar querella sobre el mismo hecho punible.

La norma procesal también permite que el juez rechace de plano la querella con auto motivado si es manifiesto que el hecho no constituye delito, la acción esté prescrita, o son hechos punibles de acción pública (art. 460 del NCPP).

3. Investigación preliminar

El acusador privado tiene facultades limitadas a las que posee el Ministerio Público; sin embargo el NCPP le otorga un mecanismo de investigación para la presentación de la querella, básicamente cuando haya problemas respecto del nombre o domicilio de la persona contra quien se quiere dirigir la querella. Otro supuesto es cuando el querellante tiene dificultades para describir con claridad, precisión y circunstanciadamente el delito. El acusador privado solicitará al juez en su escrito de querella la inmediata realización de una

investigación preliminar. Debe entenderse que ya el acto postulatorio se ha iniciado pero con estos vacíos que deben ser cubiertos por los resultados de la investigación. El querellante puede indicar cuáles son las medidas pertinentes que deben adoptarse. El Juez Penal, si considera que debe hacerse esa investigación ordenará a la Policía Nacional que la realice en los términos solicitados por el querellante, fijando el plazo correspondiente, con conocimiento del Ministerio Público (art. 461 del NCPP). La norma no fija plazo pero debe entenderse que estaríamos ante un plazo máximo de veinte días que es el establecido para esta clase de investigaciones por este Código adjetivo. Se entiende que todavía el juez no califica la querella, pues está condicionada a los resultados de las investigaciones.

La Policía Nacional elevará al Juez Penal un informe dando cuenta del resultado de la investigación preliminar ordenada. El querellante, una vez notificado de la recepción del documento policial, deberá completar la querella dentro del quinto día de notificado. Si no lo hiciere oportunamente caducará el derecho de ejercer la acción penal (art. 461.2 del NCPP).

IV. El juicio

Presentada la querella y si reúne los requisitos, el juez expedirá el auto admisorio y correrá el traslado respectivo al querellado para que este pueda contestar dentro del plazo de cinco días hábiles, además puede ofrecer medios de prueba. Al auto admisorio se acompañara copia del escrito de querella y sus anexos (art. 462.1 del NCPP). De esta manera se garantiza el derecho de defensa de la otra parte de la relación jurídico procesal.

Una vez vencido el plazo para que el querellado conteste, si lo hizo o no, el juez dictará el auto de citación a juicio, convocando a las partes a una audiencia que debe celebrarse en un plazo no menor de diez días ni mayor de treinta (art. 462.2 del NCPP).

Luego de instalada la audiencia el juez tiene obligación legal de invocar a las partes en sesión privada para que concilien y logren un acuerdo. Si las partes no quieren conciliar se dejará constancia en el acta de las razones de su no aceptación. A diferencia del proceso civil son las partes quienes proponen la formula conciliatoria y no el juez a quien solo le corresponde instarlos a que concilien.

La audiencia, ante la imposibilidad de conciliación con continuará en acto público y se aplicarán en lo que sea pertinente las reglas del juicio oral. El NCPP

le reconoce al querellante particular las facultades y obligaciones del Ministerio Público, sin perjuicio de poder ser interrogado por ser el ofendido (art. 462.3).

Los medios de defensa técnico podrán presentarse en el escrito de contestación o en el curso del juicio oral. Estas incidencias se resolverán conjuntamente con la sentencia de tal forma que no pueda interrumpir el desarrollo del proceso, si es que presentara apelaciones (art. 462.4 del NCPP).

La inasistencia injustificada del querellante a la audiencia o si se ausenta durante su desarrollo, se interpreta como un desistimiento de la acción privada, y en este supuesto el juez sobreseerá la causa.

La ausencia debe ser injustificada por lo que razonando a contrario si el querellante demuestra que su inasistencia ha sido por causas ajenas a su voluntad se podrá reprogramar la audiencia para que ejercite sus derechos.

V. Medidas de coerción personal

La coerción procesal es personal cuando recae sobre las personas, afectando en alguna medida su libertad, y su finalidad es prevenir la normal realización del proceso y la obtención de su resultado. Restringe la libertad física de los particulares que intervienen(390). Siempre dentro de las limitaciones que tiene la parte querellante, a pesar de que tiene facultades análogas al Ministerio Público, puede peticionar que el juez dicte medidas como la comparecencia, simple o restrictiva. Las restricciones solo se impondrán si existen fundamentos razonables de peligro de fuga o de entorpecimiento de la actividad probatoria (art. 463 del NCPP).

El juez podrá dictar únicamente la medida de impedimento de salida, la misma que deberá tener un plazo de caducidad puesto que en la legislación existe el plazo de cuatro meses ya que una persona indefinidamente no puede estar con esa medida de restricción.

En el caso de que el querellado haya sido debidamente notificado y este 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. Para estos efectos aplicándose la ley de contumacia el juez podrá suspender los plazos de prescripción.

(390) CLARIÁ OLMEDO, Jorge. Ob. cit., Tomo II, p. 352.

VI. Muerte o incapacidad del querellante

Si falleciera el querellante o quedara incapacitado antes que concluya el juicio oral se reconoce a los herederos la facultad de sustituir al finado o al discapacitado, asumiendo el carácter de querellante particular. Tienen un plazo para comparecer y es los treinta días siguientes del fallecimiento o la incapacidad (art. 465). Se supone que si no comparecen la acción penal se extingue, puesto que la legitimación activa está concebida solo para el ofendido y sus representantes. Esto hay que interpretarlo sistemáticamente con el artículo 138 segundo párrafo del Código Penal que dice: "Si la injuria, difamación o calumnia ofende a la memoria de una persona fallecida, presuntamente muerta, o declarada judicialmente ausente o desaparecida, la acción penal podrá ser promovida o continuada por su cónyuge, ascendientes, descendientes o hermanos". Cuando dice "continuada", lo podemos entender como sucesión procesal, pero no nos da la respuesta si es que al no presentarse los herederos, se trataría de un desistimiento tácito y en consecuencia favorable al querellado. Podemos concluir que sí, porque si lo consideramos como abandono, los herederos ya no podrían iniciar nuevamente la querella.

VII. Medios impugnatorios

La sentencia puede ser apelada rigiendo las reglas comunes para la admisión y trámite del medio impugnatorio (art. 466.1 NCPP). Contra la sentencia de la Sala Penal Superior no procede recurso alguno; es decir, que aquí se pone fin al proceso (art. 466.2). Recordemos que en los delitos contra el honor empleando medios de comunicación el Código de Procedimientos Penales de 1940, habiéndose adecuado todos al trámite sumario conforme al Decreto Legislativo N° 124, sí considera una tercera instancia que es la Corte Suprema, que previo a resolver debe existir una opinión del fiscal supremo. ¿Podría plantearse recurso de casación? La norma es taxativa, dice que no procede recurso alguno, incluyendo la casación. Podría decirse que sí procede, si leemos aisladamente el artículo 427.1 que admite el recurso sobre sentencias definitivas; sin embargo a continuación establece en el numeral 2 que son supuestos objetivos de procedencia que la pena conminada mínima para el delito imputado sea de 6 años, lo que no es aplicable a delitos contra el honor que ni en su máximo llegan a esa cantidad de años. La excepción es cuando se desea desarrollar doctrina jurisprudencial.

VIII. Publicidad

Si el delito se cometió mediante la palabra oral o escrita o la imagen por cualquier medio de comunicación social, a petición del querellante particular y con cargo del condenado el juez puede ordenar la publicación o lectura cuando las sentencias condenatorias tengan la calidad de firmes (art. 467 del NCPP). El sentido de esta publicación es buscar contrarrestar la afectación del honor del querellante en su vertiente objetiva, esto es de aquello que se encuentra expuesto ante la opinión pública y ha sido objeto de ataque por el querellado. Es distinto pues que se le haya difamado a una persona ante un grupo reunido como exige la norma que ante una audiencia de un medio televisivo que puede llegar a millones de personas. Allí radica la importancia de esta regla.

IX. Extinción de la acción penal en los delitos de persecución privada

Desde la perspectiva sustantiva tenemos que el artículo 78 del Código Penal establece como causales la muerte del imputado, prescripción y amnistía y el derecho de gracia. Si es que respecto al delito ya hubo proceso y la decisión final está consentida, entonces opera la *res iudicata*. El mencionado artículo en su inciso 3 prevé como formas de extinción de la acción penal el desistimiento y la transacción. Estas figuras son desarrolladas bajo las reglas del NCPP siendo aplicables también las normas del Código Procesal Civil supletoriamente. La transacción para el tema reparatorio está comprendida en el NCPP en el artículo 14 numeral 1 que dice que la acción civil derivada del hecho punible podrá ser objeto de transacción. Esto porque la reparación civil aun en delitos de persecución pública puede ser disponible por las partes. Por ello el numeral 2 dispone que una vez que la transacción se formalice ante el Juez de la Investigación Preparatoria, respecto de la cual no se permite oposición del Ministerio Público, el fiscal se abstendrá de solicitar reparación civil en su acusación.

El artículo 464 del NCPP también recoge las instituciones del desistimiento y la transacción; y del abandono. Este último puede ser considerado también como una modalidad tácita de desistimiento. La inactividad procesal produce el abandono del proceso, que será declarado de oficio. El plazo para declarar el abandono son tres meses (art. 464.1).

La oportunidad para que el querellante pueda desistirse o transigir es en cualquier fase del proceso. El efecto es que quien se ha desistido de una querella o la ha abandonado, no podrá intentarla de nuevo (art. 464.3), sino estaríamos ante la vulneración del derecho al *ne bis in idem*.

Respecto a su naturaleza y trámite de la transacción es necesario, como lo hemos expresado, acudir al Código Procesal Civil para cubrir supletoriamente los vacíos en el NCPP. La transacción como lo establece el artículo 464 puede realizarse en cualquier fase del proceso. Similar al artículo 334 del CPC que dice que en cualquier estado del proceso las partes pueden transigir su conflicto de intereses, incluso durante el trámite del recurso de casación y aun cuando la causa esté al voto o en discordia.

1. La transacción

1.1. La formalidad de la transacción

Los sujetos procesales legitimados para realizar la transacción son las partes o quienes tengan la facultad expresa para hacerlo. La transacción constará en un documento, presentándose por escrito, con la precisión del contenido y legalizando las firmas ante el secretario judicial (art. 335 del CPC).

No será necesaria la legalización de firma si la transacción se ha realizado en escritura pública o documento con firma legalizada.

1.2. Homologación de la transacción

El juez deberá homologar la transacción haciendo un control de legalidad. Solo la aprobará la transacción si esta contiene concesiones recíprocas (art. 337 del CPC).

En tanto que estamos ante derechos disponibles y el CPC centra la concesión sobre derechos patrimoniales; sin embargo, las pretensiones del acusador privado son de naturaleza sancionatoria con pena, y patrimonial o reparatoria. Entonces podemos admitir que en la transacción se puede acordar la aceptación de la responsabilidad, la sanción y la indemnización. En cualquiera de estos acuerdos debe darse la característica esencial de la transacción como son las concesiones recíprocas. Por ejemplo, la no aplicación de sanción penal pero sí la indemnización; o una sanción, pero con la disminución o eliminación de la reparación civil. Todo esto dentro de los marcos de los delitos materia del proceso de querella.

Haciendo el control de legalidad, el juez lo aprobará si al verificar la transacción concluye que no afecta el orden público o las buenas costumbres. Declarará concluido el proceso si alcanza a la totalidad de las pretensiones propuestas, en el caso de la querella, la penal y la civil. Si hay decisión sobre

el fondo; pero no se encuentra firme, quedará sin efecto puesto que se privilegiará la validez de la transacción que resuelve la controversia.

La transacción que pone fin al proceso tiene la autoridad de cosa juzgada y si se diera el incumplimiento de la transacción no autoriza al perjudicado a solicitar la resolución de esta.

1.3. Acto jurídico posterior a la sentencia

Si hubiese una sentencia consentida o ejecutoriada, y aplicando supletoriamente a la reparación civil, las partes pueden acordar, condonar la obligación que esta contiene, novarla(391), prorrogar el plazo para su cumplimiento, convenir una dación en pago(392) y, en general, celebrar cualquier acto jurídico destinado a regular o modificar el cumplimiento de la sentencia. Si bien es aplicable al ámbito indemnizatorio podría regularse o modificarse respecto de la sanción impuesta siempre y cuando sea beneficioso al condenado. Estos acuerdos o actos jurídicos no tienen la calidad de transacción ni produce los efectos de esta (art. 339 del CPC).

2. Desistimiento

Como que toda su actividad depende del acto voluntario de su asunción de parte, puede también voluntariamente desistir de su condición. Este desistimiento puede ser expreso, quedando sujeto a las responsabilidades que hubiere contraído. En cambio, dicho desistimiento puede ser tácito, lo que en síntesis se resume en un acto de abandono(393).

En la legislación procesal penal se tiene que el querellante particular puede desistirse expresamente de la querella en cualquier estado del procedimiento, lo que no lo eximirá del pago de costas.

También se admite una modalidad de desistimiento tácito cuando el querellante particular no concurre sin justa causa a las audiencias correspondientes, a prestar su declaración o cuando no presente sus conclusiones al final de la audiencia.

(391) La novación es la extinción de una obligación por el nacimiento de una nueva que viene a sustituirla. En: ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, José Antonio. *Curso de Derecho de las Obligaciones*. Vol. I, Civitas, Madrid, 2000, p. 133.

(392) Se produce una dación en pago cuando el acreedor accede a recibir a título de pago una prestación distinta de la que constituía el objeto de la obligación. Ibídem, p. 119.

(393) MORAS MOM, Jorge R. Ob. cit., p. 48.

Si el querellante tiene o ha tenido problemas para asistir al juicio y es una causa justa esta deberá acreditarla y de ser posible, antes del inicio de la diligencia o, en caso contrario, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la fecha fijada para aquella de lo contrario se considerará un desistimiento tácito (art. 110 del NCPP).

El NCPP regula el desistimiento como una forma de extinguir el proceso; sin embargo, aplicando el artículo 340 del CPC, también puede extenderse a algún acto procesal. El desistimiento no se presume, hay que expresarlo. En el escrito que lo contiene se debe precisar su contenido y alcance, legalizando su firma el proponente ante el secretario judicial respectivo. El desistimiento es incondicional y solo perjudica a quien lo hace (art. 341 del CPC). La oportunidad para plantear el desistimiento es antes que la situación procesal que se renuncia haya producido efecto (art. 342 del CPC).

X. Extinción de la pena

Si el juez competente ya emitió sentencia y esta tiene la calidad de consentida, la pena puede extinguirse según el Código Penal en su artículo 85.1 por muerte del condenado, amnistía, indulto y prescripción; 85.2 por el cumplimiento de la pena y 85.3 por exención en los casos que corresponda y también por perdón del ofendido. Este perdón del ofendido debe constar en un acta y es un acto unilateral que debe ser presentado al juez de ejecución para que lo valide.

XI. Las costas

Tienen la calidad todos los gastos que se han generado en el proceso y que deben ser abonadas como regla general por la parte que ha sido vencida en juicio. Tiene lógica que el ofendido por un hecho punible tenga que ser resarcido por los gastos que ha tenido que hacer para emplazar a su ofensor, como el pago de los honorarios de los abogados, los aranceles, o costos de alguna diligencia procesal. Es obligación del juez pronunciarse de oficio, es decir, sin necesidad que se lo soliciten y con fundamentación respecto del pago de costas. No procede el pago de costas si se culmina por transacción o desistimiento (art. 497.3).

Como conclusiones de este proceso especial de persecución privada, tenemos que la legitimación activa en la querella la tiene el directamente ofendido o a través de sus representantes; la querella es un acto postulatorio similar a la acusación, y que en la calificación tiene que ser sometida a control por el juez; el acusador privado posee facultades análogas a las que tiene el Ministerio Público pero con limitaciones; hay una intervención por excepción de la policía cuando el querellante solicita una investigación preliminar para poder reunir información y elaborar la querella para presentarla; y la querella en el NCPP a diferencia del Código de Procedimientos Penales se tramita en un proceso único.

Capítulo VI
El proceso de terminación anticipada

I. Antecedentes

1. En el Derecho anglosajón

En las *Rules Federal of Procedure Criminal* de los Estados Unidos en la regla 11 podemos encontrar la base del *plea bargaining* en los que la negociación se da entre la fiscalía y el imputado. La regla extraída de la Universidad de Cornell(394) con referencias doctrinales y de jurisprudencia comentaremos a continuación pues nos darán luces en esta institución de bastante utilidad no solo en el sistema norteamericano sino en el peruano en sus diversas manifestaciones, principio de oportunidad, acuerdo reparatorio y terminación anticipada.

"Regla 11. Motivos

A) Introducción de una súplica.

1) En general. El acusado puede declararse no culpable, culpable, o (con el consentimiento de la corte) *nolo contendere*(395).

2) *Plea* condicional. Con el consentimiento de la corte y el gobierno, el acusado puede presentar una declaración condicional de culpable o *nolo contendere*, reservando por escrito el derecho a tener

(394) En: <http://www.law.cornell.edu/rules/frcrmp/rule_11>. [Fecha de consulta: 12 de febrero de 2015].

(395) El término del latín *nolo contendere* que significa "no quiero contender" o "no voy a contestar". Es un alegato exclusivo del Derecho estadounidense que se puede declarar en vez de culpabilidad o inocencia tras la lectura de los cargos, significa negarse a discutir o admitir el hecho de su culpabilidad. El acusado que se declara *nolo contendere* se somete a una sentencia igual que si fuera declarado culpable, pues se niega a rebatir su inocencia. La diferencia es que una declaración de *nolo contendere* no puede ser empleada más tarde para probar irregularidades en un juicio civil por daños y perjuicios, en cambio la declaración de culpabilidad si puede usarse. El vicepresidente estadounidense Spiro Agnew utilizó esta fórmula en 1973 antes que estallara el caso Watergate. Describió el alegato así: "*I didn't do it, but I'll never do it again*" es decir "no lo hice, pero no lo volveré a hacer jamás".

una opinión tribunal de apelación de una determinación adversa de una moción previa al juicio especificado. Un acusado que prevalece en la apelación puede entonces retirar la declaración de culpabilidad.

3) No me opongo *plea*. Antes de aceptar una declaración de *nolo contendere*(396), el tribunal debe tener en cuenta las opiniones de las partes y el interés público en la administración efectiva de la justicia.

4) El no entrar en una declaración. Si el acusado se niega a entrar en una declaración o si una organización demandada no comparece, el tribunal debe presentar una declaración de no culpable.

B) Considerar y aceptar una declaración de culpabilidad o *nolo contendere*.

1) Asesoramiento y cuestionamiento de la demandada. Antes de que el tribunal acepte una declaración de culpabilidad o *nolo contendere*, el acusado puede estar bajo juramento, y el tribunal debe abordar el acusado personalmente en audiencia pública. Durante esta dirección, el tribunal debe informar al acusado y determinar que el acusado entiende, lo siguiente:

a) el derecho del gobierno, en un juicio por perjurio o falso testimonio, para usar contra el acusado cualquier declaración que el acusado da bajo juramento.

b) el derecho a no declararse culpable, o a persistir en ello de ya haberlo hecho.

c) el derecho a un juicio con jurado.

d) el derecho a ser representado por un abogado y si es necesario que el tribunal designe un abogado en el juicio y en cualquier otra etapa del procedimiento.

e) el derecho en el juicio a confrontar e interrogar a los testigos de cargo, a estar protegido contra la autoincriminación obligada, para testificar y presentar pruebas, y obligar la asistencia de testigos

(396) Sobre el motivo de *nolo contendere* ha existido siempre en los tribunales federales, *Hudson vs. Estados Unidos*, 272 EE.UU. 451; Estados Unidos vs. Norris, 281 EE.UU. 619. El uso del motivo es reconocido por la Ley de Libertad Condicional, 18 USC 724 (ahora 3651). Aunque a veces criticados como teóricamente carente de base lógica, la experiencia ha demostrado que cumple una función útil desde un punto de vista práctico.

f) la renuncia de la parte demandada de estos derechos a un juicio si el tribunal acepta una declaración de culpabilidad o *nolo contendere*.

g) la naturaleza de cada cargo para el cual el acusado está suplicando.

h) cualquier pena máxima posible, incluyendo la prisión, multa, y el plazo de libertad bajo supervisión.

i) cualquier pena mínima obligatoria.

j) cualquier pérdida aplicable.

k) la autoridad de la corte que ordene la restitución.

l) la obligación del tribunal de imponer un gravamen especial.

m) en la determinación de una sentencia, la obligación del tribunal para calcular el rango-sentencia directriz aplicable y considerar ese rango, las posibles salidas bajo las pautas de sentencia, y otros factores de sentencia en virtud de 18 USC §3553 (a).

n) los términos de cualquier disposición *plea* - acuerdo de renunciar al derecho de apelar o para atacar colateralmente la sentencia; y

o), que, si es declarado culpable, el demandado que no es un ciudadano de los Estados Unidos puede ser removido de los Estados Unidos, se niega la ciudadanía, y se les niega la entrada a los Estados Unidos en el futuro.

2) Asegurarse de que una declaración es voluntaria. Antes de aceptar una declaración de culpabilidad o *nolo contendere*, el tribunal debe abordar al acusado personalmente en audiencia pública y determinar que el motivo es de carácter voluntario y no el resultado de la fuerza, amenazas o promesas (distintas a las acordadas por las partes).

3) La determinación de la base fáctica de una súplica. Antes de entrar en juicio sobre una declaración de culpabilidad, el tribunal debe determinar que existe una base fáctica para la declaración de culpabilidad.

C) Procedimiento *plea agreement*.

1) En general. Un abogado para el gobierno y el abogado del acusado, o el demandado al proceder pro se, pueden discutir y llegar

a un acuerdo con la fiscalía. El tribunal no debe participar en estas discusiones. Si el acusado se declara culpable o *nolo contendere*, ya sea a un delito imputado o un delito menor o relacionado, el acuerdo de culpabilidad puede especificar que un abogado para el gobierno hará lo siguiente:

a) No presentará ni descartará otros cargos.

b) recomendar, o comprometerse a no oponerse a la solicitud de la parte demandada, que un rango condena o sentencia en particular es apropiado o que una disposición particular de las pautas de sentencia, o declaración de política, o factor de la sentencia que hace o no se aplican (tal recomendación o petición no es vinculante para el tribunal); o

c) aceptar que una condena específica o un rango de condena sea la disposición adecuada del caso, o que una disposición particular de las pautas de la sentencia, o declaración política, o factor de sentencia que se apliquen o no (tal recomendación o petición se une a la corte una vez que el tribunal acepta el acuerdo de culpabilidad).

2) La revelación de un acuerdo de culpabilidad. Las partes deben revelar el acuerdo de declaración en audiencia pública cuando se ofrece la declaración de culpabilidad, a menos que la corte por una buena causa permite a las partes a revelar el acuerdo de culpabilidad en la cámara.

3) El examen judicial de un acuerdo de culpabilidad.

a) En la medida en el acuerdo de culpabilidad es del tipo especificado en la Regla 11 (c) (1) (A) o (C) , el tribunal puede aceptar el acuerdo, rechazarla, o aplazar la decisión hasta que el tribunal ha revisado el informe previo.

b) En la medida en el acuerdo de culpabilidad es del tipo especificado en la Regla 11 (c) (1) (B), el tribunal deberá informar al acusado de que el acusado no tiene derecho a retirar la petición si el tribunal no sigue la recomendación o petición.

4) La aceptación de un acuerdo de culpabilidad. Si el tribunal acepta el acuerdo de culpabilidad, debe informar al acusado de que en la medida en el acuerdo de culpabilidad es del tipo especificado en la

Regla 11 (c) (1) (A) o (C), la disposición acordada será incluida en la sentencia.

5) Al rechazar un acuerdo de culpabilidad. Si el tribunal rechaza un acuerdo de culpabilidad que contiene disposiciones del tipo especificado en la Regla 11 (c) (1) (A) o (C), el tribunal debe hacer lo siguiente en el expediente y en abierto tribunal (o, por causa justificada, a puerta cerrada):

a) informar a las partes que el tribunal rechaza el acuerdo de culpabilidad;

b) asesorar al acusado personalmente de que el tribunal no está obligado a seguir el acuerdo de culpabilidad y dar al acusado la oportunidad de retirar la declaración; y

c) asesorar al acusado personalmente que si el motivo no se retira, el tribunal podrá resolver el litigio de manera menos favorable hacia la parte demandada que el acuerdo de declaración contemplado.

D) Retirar una declaración de culpabilidad o *nolo contendere*. Un acusado puede retirar una declaración de culpabilidad o *nolo contendere*:

1) antes de que el tribunal acepta la petición, por cualquier razón o sin razón alguna; o

2) después de que el tribunal acepta la petición, pero antes de imponer condena si:

a) el tribunal rechaza un acuerdo de culpabilidad con arreglo a 11 (c) (5); o

b) el demandado puede mostrar una razón justa y equitativa para solicitar la retirada.

E) Finalidad de una declaración de culpabilidad o *nolo contendere.* Después de que el tribunal imponga sentencia, el acusado no podrá retirar una declaración de culpabilidad o *nolo contendere*, y sobre el motivo puede ser reservado solo en apelación directa o ataque colateral.

F) La admisibilidad o inadmisibilidad de una declaración de culpabilidad, *plea* debates y declaraciones relacionadas. Sobre la admisibilidad o

inadmisibilidad de un motivo, una discusión de culpabilidad, y cualquier declaración relacionada se rigen por la Regla Federal de Evidencia 410.

G) Grabación del proceso. El proceso durante el cual el acusado se declara debe ser registrado por un reportero de la corte o por un dispositivo de grabación adecuado. Si hay una declaración de culpabilidad o una súplica de *nolo contendere*, el registro debe incluir las consultas y asesoramiento al acusado requerido bajo la Regla 11 (b) y (c).

H) Error inofensivo. A diferencia de los requisitos de esta norma es el error inofensivo si no afecta a los derechos sustanciales".

De la lectura de la regla observamos un conjunto de garantías de quien se desea someterse al alegato de súplica. Un primer deber que tiene la corte para comprobar que se confiese culpable es que esta se hace de forma inteligente y voluntariamente, que se deriva del caso *Fogus vs. Estados Unidos*, 34 F. 2d 97 (cuarto CCA)(397).

El perfeccionamiento del alegato de súplica llevó a que en 1966 se plantearan enmiendas, máxime si la gran mayoría de todos los acusados que se presentaron en los tribunales federales se declararon culpables, mientras que solo un número relativamente pequeño iba a juicio(398). Se reconoce que tres cambios se realizaron. El primer cambio deja claro que antes de aceptar ya sea una declaración de culpabilidad o *nolo contendere* el tribunal debe determinar que el motivo se hace voluntariamente con la comprensión de la naturaleza de la carga. El segundo cambio exige expresamente la corte para tratar el acusado personalmente en el curso de la determinación que el motivo se hace voluntariamente y con conocimiento de la naturaleza de la carga(399). El tercer cambio en la segunda frase añade las palabras "y las consecuencias de su súplica" a lo que afirman claramente es la ley. Se recomienda los casos *Von*

(397) En: <http://www.law.cornell.edu/rules/frcrmp/rule_11>. [Fecha de consulta: 12 de febrero de 2015].
(398) Ver: EE.UU. Informe Estadístico, Año Fiscal 1964, p. 1. Cornell University.
(399) De los casos *Estados Unidos vs. Diggs*, 304 F. 2d 929 (sexto Cir 1962); *Domenica vs. Estados Unidos*, 292 F. 2d 483 (primera Cir 1961); *Gundlach vs. Estados Unidos*, 262 F. 2d 72 (cuarto. Cir 1958), cert., 360 US 904 (1959); y *Julian vs. Estados Unidos*, 236 F. 2d 155 (sexto. Cir 1956), se extrae la regla que el interrogatorio personal del acusado es la mejor práctica, incluso cuando está representado por un abogado, con *Meeks vs. Estados Unidos*, 298 F. 2d 204 (quinto Cir 1962); *Nunley vs. Estados Unidos*, 294 F. 2d 579 (. 10a Cir 1961), cert., 368 EE.UU. 991 (1962); y *Estados Unidos vs. Von der Heide*, 169 F. Supp. 560 (DDC 1959).

Moltke vs. Gillies, 332 EE.UU. 708, 724 (1948). *Kercheval vs. Estados Unidos*, 274 EE.UU. 220, 223 (1927). *Múnich vs. Estados Unidos*, 337 F. 2d 356 (9th Cir 1964); *Pilkington vs. Estados Unidos*, 315 F. 2d 204 (cuarto Cir 1963); *Smith vs. Estados Unidos*, 324 F. 2d 436 (DC Cir 1963).

En Moore vs. Estados Unidos se recomienda que el juez informe al acusado y determinar que él entiende lo siguiente:

- Que un término especial de libertad condicional se añadirá a cualquier pena de prisión que reciba.
- La longitud mínima de la libertad condicional especial que debe ser impuesta y la ausencia de un máximo legal.
- Que la libertad condicional especial es completamente diferente de la ordinaria libertad condicional.
- Que si la libertad condicional especial es violada, el acusado puede ser devuelto a la cárcel por el resto de su condena.

2. Base fáctica para la declaración de culpabilidad o *nolo contendere*

Si el acusado se declara culpable el tribunal debe de cerciorarse de que existe una base fáctica para la declaración antes de entrar en juicio. El tribunal debe cerciorarse, por la investigación del acusado o el abogado del gobierno, o mediante el examen del informe previo, o de cualquier forma que la conducta que admite el acusado constituye el delito imputado en la acusación. Esta indagación busca proteger a un acusado que se encuentra en la posición de declararse voluntariamente con una comprensión de la naturaleza de la carga, pero sin darse cuenta de que su conducta en realidad no entra en el cargo(400). Esta regla es un símil a la que usamos en nuestros sistemas procesales que no basta la autoincriminación para emitir una sentencia de condena, sino prueba adicional que lo corrobore. No aplica a confesión de parte relevo de prueba. En el sistema norteamericano la consecuencia de una determinación de que no hay una base objetiva para la petición sería que el tribunal anule la declaración de culpabilidad y plantee en una declaración de no culpabilidad. Esto se excepciona

(400) Se sugierte ver Mich. Stat. Ann. §28.1058 (1954); Mich. Sup. Ct. Regla 35A; In re Valle, 364 Mich 471, 110 NW2d 673 (1961); *La gente vs. Barrows*, Mich 358 267, 99 NW2d 347 (1959); *La gente vs. Bumpus*, Mich 355 374, 94 NW2d 854 (. 1959); *La gente vs. Coates*, 337 Mich 56, 59 NW2d 83 (1953). Ver también *Stinson vs. Estados Unidos*, 316 F. 2d 554 (quinto. Cir 1963).

en el caso de la declaración de *nolo contendere* por lo que no habría que hacer una investigación sobre la base fáctica de la declaración de culpabilidad(401).

Un acusado que desea declararse *nolo contendere* lo hace por evitar declararse culpable, porque la declaración de culpabilidad puede ser introducida como una admisión en el litigio civil subsiguiente. La fiscalía pude oponerse a la declaración de *nolo contendere* porque quiere una resolución definitiva de culpabilidad del acusado o la inocencia, ya sea con fines correccionales o por motivos de litigio posterior.

3. El *plea bargaining* desde la jurisprudencia de la Corte Suprema

En *Santobello vs. New York* (1971), la corte dijo: la disposición de los cargos penales por acuerdo entre el fiscal y el acusado, a veces vagamente llamado *plea bargaining*, es un componente esencial de la administración de justicia, que correctamente administrado, se debe fomentar. El Tribunal Supremo de California recientemente ha declarado la conveniencia de negociación de los cargos en *People vs. West* (1970).

Si el demandado por su declaración ayuda a asegurar la aplicación pronta y algunas de las medidas correccionales, los fines propios del sistema de justicia penal son promovidos porque un castigo rápido y seguro sirve a los extremos de ambos, disuasión general y la rehabilitación de la parte demandada individual.

La concesión de una reducción de la carga a cambio de una declaración de culpabilidad puede dar al juez de sentencia necesaria discreción, en particular cuando los hechos de un caso no justifican las duras consecuencias de una sentencia o colaterales a largo obligatorios consecuencias que son excesivamente severa. Una declaración de culpabilidad evita la necesidad de un juicio público y puede proteger a la víctima inocente de un delito contra el trauma de interrogatorio directo.

Un acuerdo de culpabilidad también puede contribuir a la prosecución exitosa de otros delincuentes más graves.

Con respecto a la necesidad de que el acusado haya sido asesorado por un abogado para llegar al acuerdo, los tribunales han indicado que las discusiones de declaración de culpabilidad en la ausencia del abogado del acusado pueden ser constitucionalmente prohibidas. Ver *Anderson vs. Carolina del Norte*, 221 F. Supp. 930, 935 (WDNC1963); *Forma vs. Sigler*, 230 F. Supp. 601, 606 (. D.Neb 1964).

(401) *Lott vs. Estados Unidos*, 367 EE.UU. 421, 426 (1961).

El acuerdo implica que haya concesiones para quien se declara culpable. Los procedimientos de negociación de la fiscalía permiten por lo menos cuatro concesiones posibles:

- La carga puede ser reducido a un delito menor o relacionados.
- El abogado del gobierno puede prometer para moverse por anulación de otros cargos.
- El abogado del gobierno puede estar de acuerdo para recomendar o no oponerse a la imposición de una pena en particular.
- Los abogados para el gobierno y la defensa podrán convenir en que una sentencia dada es una disposición apropiada del caso.

Existen reglas que prohíben la intervención de los jueces en las negociaciones de culpabilidad. En el caso *Estados Unidos ex rel. Elksnis vs. Gilligan* , 256 F. Supp. 244, 254 (SDNY 1966) se ha dicho que hay una posición desigual del juez y el acusado, pues uno tiene poder para enviarlo a la cárcel y el otro está profundamente preocupado para evitar la cárcel. El juez no debe participar en las discusiones de declaración de culpabilidad que conducen a un acuerdo con la fiscalía. Se contempla que el juez puede participar en esos debates como puede ocurrir cuando el acuerdo de culpabilidad se da a conocer en audiencia pública. Esta es la posición de la Corte Suprema de Illinois, Regla 402 (d) (1) (1970), Ill.Rev.Stat. 1973, ch. 110A, §402 (d) (1).

4. Las reglas del procedimiento criminal de Puerto Rico

También los acuerdos con la fiscalía están regulados en este procedimiento que tiene su origen en el derecho anglosajón. Se le denomina alegaciones preacordadas. El procedimiento inicial es el siguiente:

> "Regla 72. ALEGACIONES PREACORDADAS (34 L.P.R.A. Ap. II R 72)
>
> En todos aquellos casos en que mediaren alegaciones preacordadas entre la defensa del imputado y el representante del Ministerio Público, se seguirá el siguiente procedimiento:
>
> 1) El fiscal y el imputado, por mediación de su abogado, podrán iniciar conversaciones con miras a acordar que, a cambio de una alegación de culpabilidad por el delito alegado en la acusación o

denuncia, o por uno de grado inferior o relacionado, el fiscal se obliga a uno o varios de los siguientes cursos de acción:

a) solicitar el archivo de otros cargos pendientes que pesen sobre él;

b) eliminar alegación de reincidencia o delincuencia habitual;

c) recomendar una sentencia en particular o no oponerse a la solicitud que haga la defensa sobre una sentencia específica, entendiéndose que ni lo uno ni lo otro serán obligatorios para el tribunal, o

d) acordar que determinada sentencia específica es la que dispone adecuadamente del caso".

La declaración de culpabilidad permiten que el fiscal pueda plantearle algunas opciones para su beneficio, como solicitar el archivo de cargos pendientes, eliminar reincidencia que le agravara la pena, recomendar una sentencia que le favorezca o no oponerse a la solicitud de pena ante el juez.

Para garantizar la imparcialidad se establece que el juez o el tribunal no participarán en estas conversaciones, en la línea de las reglas de procedimiento criminal estadounidenses. Si hay alegaciones preacordadas se hará la presentación en la Corte y el tribunal podrá adoptar la decisión que corresponda de acuerdo a su razonamiento. Los preacuerdos no vinculan al tribunal.

"2) De llegarse a un acuerdo, las partes notificarán de sus detalles al tribunal en corte abierta, o en cámara si mediare justa causa para ello. Dicho acuerdo se hará constar en récord. Si el imputado se refiere a alguno de los cursos de acción especificados en las cláusulas a), b) y d) del inciso 1 de esta regla, el tribunal podrá aceptarlo o rechazarlo, o aplazar su decisión hasta recibir y considerar el informe presentencia. Si el curso de acción acordado fuere del tipo especificado en la cláusula c) de dicho inciso el tribunal advertirá al imputado que si la recomendación del fiscal o la solicitud de la defensa no es aceptada por el tribunal, el imputado no tendrá derecho a retirar su alegación.

3) Si la alegación pre acordada es aceptada por el tribunal, este informará al imputado que la misma se incorporará y se hará formar parte de la sentencia.

4) Si la alegación preacordada es rechazada por el tribunal, este así lo informará a las partes y advertirá al imputado personalmente en corte abierta, o en cámara si mediare justa causa para ello, que el tribunal no está obligado por el acuerdo, y brindará al imputado la oportunidad de retirar su alegación. Le advertirá, además, que si persiste en su alegación de culpabilidad, la determinación final del caso podrá serle menos favorable que la acordada entre su abogado y el fiscal. De este trámite se tomará constancia en el récord.

5) La notificación al tribunal sobre una alegación preacordada se hará antes del juicio, preferiblemente en el acto de lectura de la acusación, pero el tribunal podrá, en el ejercicio de su discreción, si las circunstancias lo ameritaren, permitirlo en cualquier otro momento.

6) La existencia de una alegación preacordada, sus términos o condiciones, y los detalles y conversaciones conducentes a esta no serán admisibles contra el imputado en ningún procedimiento criminal, civil o administrativo si la alegación preacordada hubiere sido rechazada por el tribunal o invalidada en algún recurso posterior o retirada válidamente por el imputado. Lo anterior será admisible por excepción en un procedimiento criminal por perjurio contra el imputado basado en manifestaciones hechas por él bajo juramento".

Como observamos en el curso de este procedimiento el tribunal puede solicitar al imputado que retire su alegación de culpabilidad, y si persiste en ella puede tener efectos en una sentencia desfavorable. La alegación de culpabilidad rechazada o anulada, no podrá ser empleada en otros procesos criminales, civiles o administrativos contra el imputado, salvo si se le procesó por perjurio si es que la alegación se hizo bajo juramento.

Si hay aceptación de la alegación preacordada el tribunal tiene la obligación de comprobar si el imputado conoce las consecuencias de ella, y si lo ha aceptado voluntariamente, sin presiones externas.

"7) Al decidir sobre la aceptación de una alegación preacordada el tribunal deberá cerciorarse de que ha sido hecha con pleno conocimiento, conformidad y voluntariedad del imputado; que es conveniente a una sana administración de justicia, y que ha sido lograda conforme a derecho y a la ética. A este fin, el tribunal podrá requerir del fiscal y del abogado del imputado aquella información, datos

> y documentos que tengan en su poder y que estime necesarios, y podrá examinar al imputado y a cualquier otra persona que a su juicio sea conveniente.
>
> El tribunal, previo a aceptar una alegación preacordada deberá, haciéndolo constar en el registro, efectuar la siguiente advertencia al imputado:
>
> 'Si usted no es ciudadano de los Estados Unidos, se le advierte que una convicción por el delito por el cual se le acusa puede traer como consecuencia la deportación, la exclusión de admisión a los Estados Unidos o la denegación de naturalización conforme a las leyes de los Estados Unidos'.
>
> De ser solicitado, el tribunal concederá al imputado un tiempo adicional para considerar si la alegación preacordada es la acción adecuada a la luz de la advertencia descrita en esta regla".

La idea es confirmar que el imputado se ha sometido voluntariamente, de allí que se refuerce las advertencias, de tal forma que a cabalidad se tenga la seguridad que se está haciendo justicia.

Las salidas negociadas son importantes en el procedimiento penal de Puerto Rico, pero hay limitaciones cuanto se trata de delitos vinculados en la Ley de Sustancias Controladas de Puerto Rico[(402)].

5. Costa Rica

El Código Procesal Penal de Costa Rica tiene una normativa sobre preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado. Le da un cierto privilegio a las salidas negociadas en aras de humanizar el proceso y la pena, y la práctica de otros principios y garantías procesales.

> "Artículo 348. Finalidades. Con el fin de humanizar la actuación procesal y la pena; obtener pronta y cumplida justicia; activar la solución de los conflictos sociales que genera el delito; propiciar la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el injusto y lograr la participación del imputado en la definición de su caso, la fiscalía y el imputado o acusado podrán llegar a preacuerdos que impliquen la terminación del proceso.

(402) Enmendada en el 1985, Ley Nº 37; 1988, Ley Nº 85; 2000, Ley Nº 337.

El funcionario, al celebrar los preacuerdos, debe observar las directivas de la Fiscalía General de la Nación y las pautas trazadas como política criminal, a fin de aprestigiar la administración de justicia y evitar su cuestionamiento".

Establece límites que traspasados solo obligan a que se rechace los preacuerdos si no hay garantía de pago de la indemnización de las víctimas.

> "Artículo 349. Improcedencia de acuerdos o negociaciones con el imputado o acusado. En los delitos en los cuales el sujeto activo de la conducta punible hubiese obtenido incremento patrimonial fruto del mismo, no se podrá celebrar el acuerdo con la fiscalía hasta tanto se reintegre, por lo menos, el cincuenta por ciento del valor equivalente al incremento percibido y se asegure el recaudo del remanente".

El fiscal con el imputado y su defensa pueden sentarse a negociar un acuerdo hasta antes que se presente la acusación. Si hay preacuerdo se pondrá en conocimiento del juez:

> "Artículo 350. Preacuerdos desde la audiencia de formulación de imputación. Desde la audiencia de formulación de imputación y hasta antes de ser presentado el escrito de acusación, la fiscalía y el imputado podrán llegar a un preacuerdo sobre los términos de la imputación. Obtenido este preacuerdo, el fiscal lo presentará ante el juez de conocimiento como escrito de acusación.
>
> El fiscal y el imputado, a través de su defensor, podrán adelantar conversaciones para llegar a un acuerdo, en el cual el imputado se declarará culpable del delito imputado, o de uno relacionado de pena menor, a cambio de que el fiscal:
>
> 1. Elimine de su acusación alguna causal de agravación punitiva, o algún cargo específico.
>
> 2. Tipifique la conducta, dentro de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena".

La justificación para un imputado de acogerse a acuerdos negociados es para recibir beneficios en lo que se refiere a la pena, por lo que cada sistema procesal ha establecido los rangos de esos beneficios. En el caso de Costa Rica se puede beneficiar hasta la mitad de la pena por imponer.

> "Artículo 351. Modalidades. La aceptación de los cargos determinados en la audiencia de formulación de la imputación, comporta una

> rebaja hasta de la mitad de la pena imponible, acuerdo que se consignará en el escrito de acusación.
>
> También podrán el fiscal y el imputado llegar a un preacuerdo sobre los hechos imputados y sus consecuencias. Si hubiere un cambio favorable para el imputado con relación a la pena por imponer, esto constituirá la única rebaja compensatoria por el acuerdo. Para efectos de la acusación se procederá en la forma prevista en el inciso anterior.
>
> En el evento que la fiscalía, por causa de nuevos elementos cognoscitivos, proyecte formular cargos distintos y más gravosos a los consignados en la formulación de la imputación, los preacuerdos deben referirse a esta nueva y posible imputación.
>
> Los preacuerdos celebrados entre fiscalía y acusado obligan al juez de conocimiento, salvo que ellos desconozcan o quebranten las garantías fundamentales".

Si el juez aprueba preacuerdos por el juez controlando la legalidad de estos, convocará a la audiencia para dictar la sentencia correspondiente. Las reparaciones efectivas a la víctima que puedan resultar de los preacuerdos entre fiscal e imputado o acusado, pueden aceptarse por la víctima. En caso de rehusarlos, esta podrá acudir a las vías judiciales civiles.

Puede darse la situación que los preacuerdos se arriben con posterioridad a la acusación, y ya en juicio.

> "Artículo 352. Preacuerdos posteriores a la presentación de la acusación. Presentada la acusación y hasta el momento en que sea interrogado el acusado al inicio del juicio oral sobre la aceptación de su responsabilidad, el fiscal y el acusado podrán realizar preacuerdos en los términos previstos en el artículo anterior.
>
> Cuando los preacuerdos se realizaren en este ámbito procesal, la pena imponible se reducirá en una tercera parte".

En este caso si el tribunal acepta el preacuerdo, el beneficio de pena será hasta un tercio menos de la que se le debe imponer. La demora en aceptar cargos va en perjuicio del imputado, pero eso responde a la estrategia de su defensa técnica.

Se prevé también la aceptación total o **parcial de los cargos**. En estos casos los beneficios de punibilidad solo serán extensivos para efecto de lo

aceptado (art. 354). También para asegurarse que el imputado obra libremente el artículo 354 señala con claridad que son inexistentes los acuerdos realizados sin la asistencia del defensor. Prevalecerá lo que decida el imputado o acusado en caso de discrepancia con su defensor, de lo cual quedará constancia. Si la índole de los acuerdos permite la rápida adopción de la sentencia, se citará a audiencia para su dictado en la cual brevemente la fiscalía y el imputado podrán hacer las manifestaciones que crean conveniente, básicamente para temas de pena y reparación civil que el juez debe tener en cuenta al sentenciar.

6. El modelo italiano

Antecedente de la terminación anticipada como proceso especial, es el reglado por el artículo 444 del Código Procesal Penal italiano de 1988, y que se le denomina el *pattegiamento* (negociación), se usa para presentar la solicitud Aplicación de la Pena por Solicitud de las Partes. El fiscal y el acusado se pueden poner de acuerdo para solicitar al tribunal la pena, siempre que no estén dentro de las exclusiones. El imputado renuncia a un juicio oral aceptando cargos.

"Artículo 444. La aplicación de la pena bajo petición.

1. El acusado y el fiscal puede pedir al tribunal que la aplicación, en este caso y en la medida indicada, la pena sustitutiva o una multa, se redujo a un tercio, o a una pena de prisión cuando este, teniendo en cuenta las circunstancias y reducidos a un tercero, no superior a cinco años solo o en sanción monetaria conjunta.

   1a. Quedan excluidos de la aplicación del apartado 1 de los procedimientos por infracción a que se refiere el artículo 51, apartados 3 bis y 3 quater, los procedimientos por delitos contemplados en los artículos 600 bis, 600 ter, primero, segundo, tercero y quinto, 600 quater, según párrafo 600 quater.1, en relación con el desarrollo del comercio y la producción de material pornográfico, 600 quinquies y 609 bis, 609 ter, 609 octies 609 quater y el Código Penal, así como aquellos en contra de aquellos que han sido declarados delincuentes habituales, profesionales y de moda, o a los reincidentes artículo 99, párrafo cuarto, del Código Penal, donde la pena superior a dos años solo o en sanción monetaria conjunta.

2. Si no es ni siquiera el consentimiento de la parte que no hizo la solicitud, y no debe ser pronunciado sentencia absolutoria conformidad con el artículo 129, el tribunal, sobre la base de las actuaciones,

si considera corregir la descripción legal del hecho, la aplicación y comparación de las circunstancias descritas por las partes, así como el castigo adecuado indica, tiene una sentencia según la aplicación en el dispositivo que fue la petición de las partes. Si hay un civil y no el juez decide sobre la solicitud; el acusado es declarado culpable, sin embargo, para pagar los gastos efectuados por el demandante, salvo causa justificada para la compensación total o parcial. No se aplica a la disposición del artículo 75, apartado 3.

3. La parte en la formulación de la solicitud, puede hacer que esa eficacia sujeto exención a la concesión de la libertad condicional. En este caso, el tribunal, si considera que no se concederá la libertad condicional, rechaza la solicitud"(403).

Si el tribunal acepta los acuerdos, estas pueden ser las consecuencias en la aplicación de la pena:

"Artículo 445. Efectos de la aplicación de la pena bajo petición.

1. La sentencia en virtud del artículo 444, párrafo 2, cuando la pena impuesta no exceda de dos años de prisión sola o combinada con sanciones, no se trata de la condena al pago de las costas del procedimiento o la aplicación de sanciones adicionales y medidas de seguridad, con la excepción de la confiscación en los casos previstos en el artículo 240 del Código Penal.

   1-bis. Salvo lo dispuesto en el artículo 653, la sentencia en virtud del artículo 444, apartado 2, incluso cuando se pronuncia después de que el cierre de la audiencia, no es eficaz en la vida civil o administrativa. De otra manera prevista por la ley, la sentencia es equivalente a una decisión de condena.

2. El delito se extingue, donde se le impuso una pena de prisión no superior a dos años solo o combinado con sanciones, si, dentro de los cinco años, cuando la sentencia se refiere a un delito, o dos años, cuando la decisión se refiera a un delito, el imputado no comete un crimen o un delito de la misma naturaleza. En este caso expira todos los efectos penales, y si se aplica una sanción monetaria o una pena sustitutiva, la aplicación sigue siendo un obstáculo para la concesión de un período de prueba posterior".

(403) En: <www.StudioCataldi.it> [Fecha de consulta: 12 de marzo de 2015].

7. El sistema colombiano

En el derecho comparado se aprecia que la terminación anticipada tiene como antecedente inmediato el artículo 37 del Código de Procedimiento Penal de Colombia de 1991 que regula la denominada sentencia anticipada y que fue modificada por la Ley N° 365 de 1997, artículo 11 que dice que hasta antes de que se cierre la investigación, el procesado podrá solicitar que se dicte sentencia anticipada. Realizada la solicitud, el fiscal, si lo considera necesario, podrá ampliar la indagatoria y practicar pruebas dentro de un plazo máximo de ocho días. Los cargos formulados por el fiscal y su aceptación por parte del procesado se consignarán en un acta suscrita por quienes hayan intervenido. El juez dentro del término de diez días hábiles, dictará sentencia conforme a los hechos y circunstancias aceptados, y verificando que no haya existido violación de garantías fundamentales. Al momento de sentenciar el juez dosificará la pena que corresponda y sobre el monto que determine hará una disminución de un tercio por razón de haber aceptado el procesado su responsabilidad. Si hay acusación y hasta antes que se fije fecha para la celebración de la audiencia pública el procesado acepta todos los cargos, el juez le rebajará la pena en una sexta parte de la pena. Es decir mientras más se demore en aceptar cargos el procesado el juez tendrá menos margen en la rebaja de la sanción.

II. La terminación anticipada. Naturaleza jurídica

Conforme el artículo 446 del NCPP las partes podrán presentar una solicitud de pena hasta la declaración de apertura del juicio de primera instancia en el juicio de manera directa. La solicitud y audiencia de consentimiento se formulan oralmente; en otros casos se formulan en un instrumento escrito. La voluntad del acusado se expresa personalmente a través de un agente especial y la suscripción es autenticada para garantizar que él es quien lo presenta. Se le debe conceder un plazo para examinar la solicitud, y el tribunal, si lo considera adecuado para garantizar el carácter voluntario de la solicitud o consentimiento, deberá examinarlos.

La solicitud también puede presentarse durante la investigación preliminar (art. 447). Si el juez en la audiencia preliminar, el juicio directo y en el juicio inmediato, considera que hay condiciones de concesión de la solicitud pronuncia juicio inmediato. En caso de desacuerdo por parte de la fiscalía o el rechazo de la solicitud por el juez para las investigaciones preliminares, el acusado, antes de la declaración de apertura del juicio de primera instancia, puede renovar la solicitud, y el juez, si considera fundada, dictar sentencia inmediatamente. La solicitud no es más renovable ante otro juez. Del mismo modo, el

juez lo hará después del cierre de la audiencia en primera instancia o en apelación cuando considere injustificada la disidencia del fiscal o el rechazo de la solicitud. Si el juez no aprueba el acuerdo el fiscal puede apelar.

En el sistema italiano lo consideran equivalente al *plea bargaining*, que es un procedimiento especial, de carácter "recompensa", concebido con el objetivo de agilizar el proceso, lo que permite al acusado llegar con el fiscal a una sentencia reducida (hasta un tercio en comparación con el que corresponda).

La solicitud puede hacerse unilateralmente por el acusado (en persona o por el fiscal especial), con el consentimiento del fiscal, o bien conjuntamente por las partes, y debe hacerse por escrito (se permite petición oral solo en la audiencia). En el caso de una solicitud unilateral, el solicitante no puede dar su consentimiento o expresar su desacuerdo; donde el fiscal, no consiente en el acuerdo de culpabilidad está obligado a explicar los motivos y el juez, si se considera injustificada todavía puede conceder la reducción de la pena. Sin embargo, incluso en caso de rechazo, el acusado puede renovar la petición al juez en el juicio artículo 448 del Código Procesal Penal(404).

Este proceso especial fue examinado por los Jueces Supremos en el Acuerdo Plenario N° 5-2008/CJ-116. Se discutió con relación a su viabilidad 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; la apelación del auto que desaprueba el acuerdo de terminación anticipada y de la sentencia anticipada; si es posible apelar si es que el procesado considera que la sentencia no le favorece al no haber tenido en cuenta su confesión sincera, si es necesario para la terminación anticipada que el procesado preste declaración previa; y los alcances de los acuerdos extra judiciales realizados por el fiscal con el imputado. En el recorrido crítico que haremos al acuerdo plenario trataremos la terminación anticipada desde sus antecedentes, la aplicación en el nuevo modelo procesal penal y los problemas que se han generado en la praxis judicial.

El Acuerdo Plenario N° 5-2008/CJ-116-Lima dado el trece de noviembre de dos mil nueve en su sexto considerando dice sobre la naturaleza jurídica de la terminación anticipada que es: "(…) un proceso penal especial y, además, una forma de simplificación procesal, que se sustenta en el principio del consenso. Es, además, uno de los exponentes de la justicia penal negociada (…)

(404) En: <www.StudioCataldi.it>.

se erige en un proceso penal autónomo, no es una mera incidencia o un proceso auxiliar (…)".

Esta precisión conceptual respecto de la terminación anticipada en el sentido de tenerlo como un proceso penal especial permite según el Pleno de Jueces Supremos como regla hermenéutica: "(…) la aplicación supletoria del proceso común u ordinario siempre que exista un vacío normativo, en tanto en cuanto la norma objeto de integración jurídica no vulnere los principios que sustentan el proceso de terminación anticipada o las disposiciones y su estructura procesal".

1. Antecedentes normativos en la legislación peruana

El Acuerdo Plenario N° 5-2008/CJ-116 respecto del tratamiento legal del proceso de terminación anticipada en el Código Procesal Penal de 2004 en su sétimo considerando dice que su contenido fluye del artículo 468. 4 y 5 del Código Procesal Penal de 2004 y que al haberse regulado para todo tipo de delitos –ámbito de aplicación general– y sometido sus reglas a una pauta unitaria, es obvio que, por razones de coherencia normativa y de primacía de la ley posterior que reemplaza un instituto legal determinado, las disposiciones del Código Procesal de 2004 ha reemplazado a las leyes números 26320 y 28008. Pero en cuanto a esta última –Ley de Delitos Aduaneros número 28008–, las normas de contenido relevantemente penal material y las reglas procesales específicas vinculadas a las primeras y al modo cómo se han regulado estos delitos siguen rigiendo, como los literales c), d) y e), y los cinco párrafos finales del artículo 20.

2. Terminación anticipada en TID según la Ley Nº 26320

Esta ley estableció en su artículo 2 que los procesos por delito de tráfico ilícito de drogas previsto en los artículos 296, 298, 300, 301 y 302 del Código Penal, podían terminar anticipadamente observándose las siguientes reglas:

La iniciativa era del Ministerio Público o del procesado que solicitaban al juez que en cualquier momento una vez iniciado el proceso y antes de que culminara el plazo de instrucción o investigación, o el plazo complementario, por una sola vez, la celebración de una audiencia especial y privada, que se realizaba en cuaderno aparte con la sola asistencia de dichos sujetos procesales y del abogado defensor.

En la audiencia, el fiscal presentaba los cargos y este tenía la oportunidad de aceptarlos, en todo o en parte, o rechazarlos. El juez debía explicar al

procesado los alcances y consecuencias del acuerdo y las limitaciones que representaba a la posibilidad de controvertir su responsabilidad.

Si el fiscal y el procesado llegaban a un acuerdo acerca de las circunstancias del hecho punible y de la pena a imponer el juez debía controlar la legalidad de dichas convenciones. Si el juez consideraba que la calificación jurídica del hecho punible y la pena a imponer, de conformidad a lo acordado por los sujetos procesales, eran correctas y obraba prueba suficiente, sentenciaba aplicando la pena y la reparación civil.

La sentencia aprobatoria a diferencia del Código Procesal Penal de 2004 debía subir en consulta y el auto desaprobatorio era apelable en un solo efecto. La parte civil solo podía solicitar el incremento del monto de la reparación civil.

Además en procesos complejos, ya sea por el número de delitos –incluidos los conexos con el tráfico ilícito de drogas, siempre que no fueran de mayor gravedad que este– o de inculpados, se exigía el acuerdo de todos estos y por todos los cargos que se imputaba a cada uno. La excepción era aprobar acuerdos parciales, siempre y cuando se trataran de hechos punibles independientes. En caso de fracasar la terminación anticipada las declaraciones realizadas en este procedimiento se consideraban inexistentes y no podían ser utilizadas en contra de los imputados. En cuanto a los beneficios se consideraba la rebaja de la pena de una sexta parte y acumulable al beneficio por confesión. Se aprecia que este es un antecedente más cercano con reglas casi idénticas a las del NCPP.

3. La conclusión anticipada en delitos aduaneros

Es necesario hacer un examen del artículo 20 incisos c), d) y e) de la Ley N° 28008 que regula la conclusión anticipada del proceso por delitos aduaneros, porque en el Acuerdo Plenario N° 5-2008/CJ-116 se sostiene que aún con la puesta en vigencia la terminación anticipada, esas normas no han sido derogadas, en consecuencia siguen siendo aplicables.

> "c. Tratándose de la terminación anticipada, se impondrá al procesado que acepte su aplicación el mínimo legal de la pena, según corresponda al delito aduanero cometido".

Con esto se fija una regla de determinación de la pena. Aquí hay un beneficio de rebajar hasta el mínimo legal. Téngase presente que la pena mínima por delito aduanero en su tipo básico, son cinco años; entonces con esta regla prácticamente irían a prisión los imputados que aceptan llegar a un acuerdo con el fiscal.

> "d. Tratándose de la reducción de la pena privativa de la libertad, el procesado deberá abonar por concepto del beneficio otorgado, una suma equivalente a dos veces el valor de las mercancías materia del delito más los tributos dejados de pagar, y los derechos *anti-dumping* o compensatorios cuando correspondan, sin perjuicio del decomiso de las mercancías e instrumentos materia del delito".

Además de perder los bienes por decomiso, el imputado tendría que pagar el doble del valor de esa mercancía, más los tributos y otros derechos. Esta regla hace impracticable una negociación por la onerosidad con la que es sancionado el responsable. Completado con el siguiente inciso:

> "e. Una vez efectuado el depósito del monto establecido en el inciso anterior, el juez dictará sentencia conforme a lo acordado dentro de las cuarenta y ocho (48) horas".

Esta última regla cancela definitivamente cualquier posibilidad de arreglo legal. Somos de la opinión que esas normas pueden inaplicarse vía control difuso porque colisionan con el derecho de igualdad de los imputados ante la ley, y la puesta en vigencia del artículo 468 del NCPP tiene primacía sobre el artículo 20 incisos c, d y e de la Ley N° 28008 desde una perspectiva constitucional.

III. La terminación anticipada en el NCPP

El artículo 468 del NCPP es el que fija normativamente las reglas para aplicar la terminación anticipada. Estudiaremos cada una de estos criterios de aplicación:

> "Artículo 468.1. 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".

Este proceso especial se llevará una vez expedida la disposición fiscal y hasta antes de formularse la acusación por una sola vez la audiencia de terminación que tendrá carácter de privada. Esto es la contraparte de la publicidad, puesto que en la negociación con el fiscal se tocarán los temas más sensibles para las partes. En el procedimiento penal de 1940 se aplica durante la etapa instructora en el proceso ordinario y en el sumario hasta antes que se formule

acusación. Los legitimados a solicitar el inicio de este proceso especial son el fiscal y el imputado.

Si bien es un proceso especial autónomo, sin embargo se tramita como incidente toda vez que no puede paralizar el proceso principal y así lo ha referido expresamente el artículo 468 inciso 1 y respecto de la formación del cuaderno, esta regla puede flexibilizarse en casos que ya por práctica se sabe que va a terminar por esta vía, como los casos de Burriers en TID. Es un criterio de celeridad procesal.

> "Artículo 468. 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".

El artículo 468 inciso 2 del NCPP autoriza que el fiscal y el imputado se reúnan informalmente y puedan presentar una solicitud conjunta y un acuerdo provisional sobre pena y reparación civil, y se entiende que esta se presentará en la audiencia. Por ello es necesario que en la difusión de este proceso especial se deba orientar a los abogados y justiciables la posibilidad que entren en negociación con el fiscal de tal forma que la audiencia privada sea lo más fluida del caso. Ahora no está bien regulada la intervención del juez en esta etapa porque actualmente las audiencias se hacen en presencia de este y cuando los abogados están negociando con el fiscal tratan de involucrar al juez en la negociación lo que desvirtúa el rol que este debe tener de examinar la legalidad del acuerdo, y su imparcialidad. Por ello, la regla debería ser que una vez dada las pautas por el juez respecto de los alcances de la negociación, los efectos, el tiempo necesario para acordarlo, este se debe retirar de la audiencia hasta que los actores lleguen a un acuerdo o no.

> "Artículo 468. 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".

El NCPP no establece bajo que supuestos se formularán oposiciones a este proceso especial. Actualmente vemos una labor activa de la procuraduría de drogas para oponerse tajantemente y el fundamento es que con la terminación anticipada se favorece la impunidad. Los casos donde se aplica mucho este procedimiento son los de los correos de drogas. Más conocidos como burriers. Allí se negocia la pena en 8 años, generalmente cuando la droga es menos de

3 kg y luego de aprobado el acuerdo con la reducción respectiva se les impone 6 años 8 meses, de tal forma que a los 2 años 2 meses el interno pueda salir beneficiado con semilibertad siempre y cuando sea la primera vez. Entonces es una alternativa rápida y sencilla para terminar con los procesos. Frente a esto la procuraduría se opone por considerar que las penas son leves; sin embargo vemos que por el lado del Poder Ejecutivo se dan muchas conmutaciones de penas de tal forma que los sentenciados salen con menos de dos años de carcelería. Entonces el contrasentido es ese, y más bien la Procuraduría por sus canales respectivos debería hacer que se examine la procedencia de las conmutaciones porque el mensaje del Ejecutivo al sistema judicial, es que el Estado no está siendo severo con estos casos. En fin es un tema a analizar. ¿Cuál sería otro sustento de la oposición? Si acudimos a la ley, vemos que sí hay una pluralidad de agentes y solo unos se acogen podrán oponerse a su procedencia, aunque a mi modo de ver esta regla es irrazonable porque si uno acepta y otro no sobre el primero se debe llegar al acuerdo y con quien no se considera responsable se debe seguir el trámite del proceso, como ocurre por ejemplo en la conclusión anticipada en juicio oral, debiendo realizarse una modificación legal en esta dirección.

La pretensión de la reparación civil debe presentarse también a efectos que se puedan calcular adecuadamente los daños a ser indemnizados. Se debe fundamentar con datos objetivos la magnitud de los daños causados como el emergente, el lucro cesante, el moral y el del proyecto de vida si fuese el caso.

> "Artículo 468. 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 este 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".

Al decir que la audiencia se instala con asistencia obligatoria del fiscal, imputado y el abogado, debe entenderse que no se les puede limitar su derecho a participar; sin embargo en un caso judicializado en Huaura un juzgado

determinó así: "(…) constatándose la inasistencia del imputado, a quien he apercibido de que ordenaré su conducción compulsiva en caso de inasistencia voluntaria a esta audiencia, ya que es obligatoria su presencia para poder instalar la audiencia de terminación anticipada (…) **Resuelvo:** declárese REO CONTUMAZ al imputado (…) ORDÉNESE la conducción compulsiva del mismo (…)". Huacho - Expediente N° 808-2007, 18/09/2007. Esto va en contra del sustento de la terminación anticipada que es el consenso. Si no asiste el imputado a la audiencia, debe entenderse que no desea llegar a ningún acuerdo.

Se requiere la presencia del imputado porque hay derechos que no se pueden dejar a la libre disposición del abogado, como la libertad, quien de todas formas debe intervenir necesariamente. El fiscal formulará los cargos y el imputado los aceptará o los rechazará.

La redacción de la parte donde interviene el juez para explicar al procesado los alcances y consecuencia del acuerdo no parece que sea la adecuada. Cuando se dice que juez le advierte al imputado de "**las limitaciones que representa la posibilidad de controvertir su responsabilidad**", aparentemente deja traslucir una velada amenaza, algo así como, si no aceptas te va a ir mal. Por eso, consideramos que es infeliz esta redacción en la medida que es el juez quien aprueba el acuerdo y quien dicta sentencia, debiendo resguardar su imparcialidad.

La regla dice que se pronunciarán el imputado y las demás partes y el juez las instará a que lleguen a un acuerdo. Esta petición conlleva a decirle al imputado que acepte su responsabilidad. Por ello nos parece innecesaria la intervención judicial aquí, por lo que insistimos que la participación del juez debe ser mínima dejando a las partes a que por su propia voluntad lleguen a un acuerdo.

1. Las etapas de la terminación anticipada

El Acuerdo Plenario N° 5-2008/CJ-116 en el considerando octavo describe las etapas de la terminación anticipada así:

> "El proceso de terminación anticipada atraviesa diversas etapas o fases, que va desde la calificación de la solicitud de terminación anticipada –sin que para ello o para la continuación del referido proceso corresponda realizar diligencia preliminar alguna o tomar una declaración al imputado– (fase inicial), hasta la realización de la audiencia respectiva (fase principal) y la consecuente emisión de la decisión resolutoria correspondiente: auto desaprobatorio del acuerdo o sentencia anticipada (fase decisoria)".

La calificación de la solicitud de terminación anticipada deberá realizarse haciendo un examen de inadmisibilidad y un examen de improcedencia.

Examen de inadmisibilidad: La inadmisibilidad se conceptualiza como la sanción prevista expresa y tácitamente en la ley para declarar la ineficacia de un acto procesal penal que la ley considera que no debe producir efectos procesales(405). Debe examinarse en la solicitud:

- Que sea realizada por escrito.
- El objeto sobre el que se debe negociar esté referido al cargo imputado.
- La vía procedimental sea el proceso especial de terminación anticipada.
- La firma del solicitante o de su abogado.

El pleno señala que no es necesario que se haya tomado una declaración al imputado previamente a la solicitud o se realice una diligencia preliminar. Esto tiene sentido puesto que el trámite de la terminación es incidental de tal forma que en la audiencia respectiva solo se requiere que el imputado acepte los cargos y negocie con el fiscal.

Examen de improcedencia: La improcedencia sirve para denunciar la existencia de una invalidez cuyo defecto invocado es considerado insubsanable y pone fin a un procedimiento, en cambio con la inadmisibilidad, el juez de oficio o a pedido de parte, expide una declaración provisional de invalidez por medio de la cual sin concluir con el procedimiento otorga un plazo para remover el defecto que la provocó por considerar que es subsanable(406). Una improcedencia será la terminación solicitada solo por unos de los agentes del mismo hecho delictivo cuando hay pluralidad.

El pleno indica que la audiencia es privada y que se justifica porque es consecuencia del carácter de publicidad relativa de la investigación preparatoria desde la perspectiva del imputado. Es uno de los efectos benéficos de este proceso especial, que apunta a que su caso no se ventile públicamente.

(405) TORRES, Sergio. *Nulidades en el Proceso Penal*. II edición, Edit. Ad-hoc, Buenos Aires, 1993, p. 53.
(406) MONROY PALACIOS, Juan José. "Admisibilidad, procedencia y fundabilidad en el ordenamiento procesal civil peruano". En: *Revista Oficial del Poder Judicial*. Lima, 2007, p. 302.

2. La emisión de la decisión resolutoria correspondiente: auto desaprobatorio del acuerdo o sentencia anticipada

El juez desde una óptica garantista debe revisar si el imputado tiene debido conocimiento de los alcances y consecuencia del acuerdo al que puede llegar. Debe controlar que la aceptación de cargo presentados por el fiscal, el consentimiento debe ser libre, voluntario –sin presiones o amenazas–, informado, prestado con el auxilio de un abogado defensor, y con pleno conocimiento de lo que hace o deja de hacer y a lo que se somete una vez que acepta el acuerdo.

El no ir a juicio implica que el imputado está aceptando los cargos y tiene que ver con los elementos de convicción o de juicio que tiene el fiscal. Ahora esto dependerá de la estrategia de la defensa, quien si considera que su cliente no es culpable, lo llevará a afrontar el juicio oral para demostrar o lograr que se le declare inocente, o aun siendo culpable puede evaluar que el fiscal no tiene la información suficientemente sólida para que en juicio se le condene al imputado. Por eso, el éxito del *plea bargaining* en sus variantes el principio de oportunidad y la terminación anticipada depende del conjunto de evidencias acopiadas durante la investigación preparatoria fiscal y que hayan sido suficientes para armar un caso sólido contra el imputado. Es decir que una premisa previa a la salida alternativa es que la persona imputada haya sentido que los cargos contra ella tienen elementos de prueba suficientes y que preliminarmente, sin juicio ya exista una proyección de culpabilidad. Esta consideramos, es la verdadera razón del éxito de la terminación anticipada y por eso, es importante labor de la función fiscal en la investigación preparatoria. Una inteligente y eficiente investigación realizada por la fiscalía con el apoyo de la policía debe ir tamizando en lo que se ha denominado interdicción de la arbitrariedad, quienes deberían de ser acusados e ir a juicio y además potenciales candidatos para que se aplique la terminación anticipada; y quienes no lo son y cuya proyección es la inocencia. Mientras mayores evidencias tengan un fiscal contra un futuro acusado, mayor será su fuerza para negociar un acuerdo con este ahorrándole un juicio al Estado y logrando la represión del delito.

> "Artículo 468. 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".

La negociación va a girar sobre varios temas, uno de hechos o parte fáctica; otro sobre la pena que podrá ser condicional o efectiva; la reparación civil para beneficiar a la víctima del comportamiento delictivo del imputado; las consecuencias accesorias en puridad son establecidas cuando hay personas jurídicas involucradas en el proceso penal, descritas estas sanciones en los artículos 104 y 105 del Código Penal. Los acuerdos deben presentarse al juez que al aprobarlos dictará sentencia dentro de las 48 horas de realizada la audiencia.

3. Control de legalidad de los acuerdos arribados por el fiscal y el imputado

El Acuerdo Plenario N° 5-2008/CJ-116 en el noveno considerando afirma que si el imputado y el fiscal llegan a un acuerdo, que implica aceptación de responsabilidad y la precisión de las consecuencias jurídico penales y civiles, le corresponde al juez ejercer controles respecto de la legalidad del acuerdo y de la razonabilidad de la pena. En el décimo considerando establece los niveles de control desarrollando el artículo 468. 6 del Código Procesal Penal:

- La tipicidad o calificación jurídica penal, en relación a los hechos objeto de la causa y a las circunstancias que rodean al hecho punible.

- La legalidad de la pena; la correspondencia con los parámetros, mínimo y máximo de penas conminadas; así como las circunstancias modificativas de la responsabilidad (atenuantes y agravantes). El control de legalidad alcanza a la reparación civil, bajo el principio dispositivo; y las consecuencias accesorias.

- Suficiente actividad indiciaria; esto es que de los actos de investigación realizados por el fiscal haya base suficiente para establecer en esta etapa i) la comisión de los hechos imputados y su vinculación con el imputado, y ii) estén presentes los presupuestos de la punibilidad y de perseguibilidad.

IV. Razonabilidad de la pena y reparación civil

El Acuerdo Plenario N° 5-2008/CJ-116 sobre la determinación de la pena y su razonabilidad en su décimo primer considerando establece que el centro es el examen del *quantum* de la pena y de la reparación civil objeto del acuerdo. Como regla el juez debe realizar una valoración que evite que se vulnere, por exceso o por defecto, el principio de proporcionalidad, se lesione la finalidad de la pena o se afecte indebidamente los derechos e intereses legítimos de la

víctima. Si esto sucede así, el juez solo podrá rechazar el acuerdo si de modo evidente se estipule una pena o una reparación civil evidentemente desproporcionada o que en el caso de la pena se lesione manifiestamente el principio preventivo.

En cuanto a la legitimidad, está la ostenta el Ministerio Público y la parte agraviada cuando se ha constituido en actor civil. Así lo precisa esta resolución de un Juzgado de Investigación Preparatoria: "(...) Si es que el acuerdo provisional lo transa el Ministerio Público existiendo parte civil constituida dicho acuerdo debe desaprobarse (…) pues según los artículos 11.1 y 94.2 si el perjudicado se constituye en actor civil, cesa la legitimación del Ministerio Público para intervenir en el objeto civil del proceso (…)" Tacna - Expediente N° 2008-01062-87-2301, 19/08/2008.

V. Sentencia de terminación anticipada y sentencia de juicio oral. Diferencias

En el considerando décimo segundo el Pleno de Supremos dice que el análisis corresponde al Juez Penal para homologar el acuerdo que le presentan las partes procesales y que es distinto a la valoración y examen jurídico penal que hace el juez en el proceso común, luego de concluido el juicio oral.

En la sentencia de juicio oral el juez aprecia y valora los actos de prueba y puede aplicar criterios como el *in dubio pro reo* para absolver al imputado, lo que no es posible en el proceso de terminación anticipada, en atención a los mecanismos reconocidos para su conformación sobre la base del consenso procesal. Si el juez advierte elementos para absolver debe desaprobar el acuerdo para que los cargos se diluciden en el proceso común.

Esta regla jurídica del Pleno de Supremo ya había sido adoptada en las decisiones de los Jueces de la Investigación Preparatoria como la siguiente: "(…) Si bien, el juez considera que dichos presupuestos probatorios son insuficientes y por ende no genera convicción sobre la responsabilidad penal del imputado le correspondía únicamente limitarse a desaprobar el acuerdo y que se prosiga con el proceso penal (…)" Huacho - Expediente N° 564-2006- F1.30, 03/10/2006. Otra resolución en esta dirección es la que proviene del Expediente N° 2007-0045-0-1308-SP-PE1, 27/03/2007, Huacho que dice: "(…) El artículo 468.6 del NCPP cuando nos remite al 398 (…) da a entender que autoriza la emisión de una sentencia absolutoria, lo que considera esta instancia superior que es un error, porque no puede absolverse si no existe acusación (…)".

No deja de tener lógica este último razonamiento, ya que el fiscal va a la terminación anticipada sin acusación.

Sin embargo han existido posturas distintas, esto es considerar que en terminación anticipada se puede absolver como la que fluye del Expediente N° 2008-00428-14-1308-JR-PE-2, 08/05/2008, Huacho que dice: "(…) el artículo 468 último numeral expresamente remite al artículo 398 cuyo texto normativo contempla la posibilidad de absolver en audiencia de terminación anticipada, es más en el último evento realizado en la ciudad de Tacna con la concurrencia de magistrados de la más alta jerarquía (…) se llegó a establecer que en efecto sí es posible absolver en una audiencia de terminación anticipada. Por estas consideraciones DECIDO: ABSOLVER DE LA IMPUTACIÓN a la procesada (…)".

VI. La sentencia

En la elaboración de la sentencia de la terminación anticipada, la doctrina procesal penal alemana(407) plantea que se deben respetar siete reglas:

1. El principio de investigación, esto es, que no se puede fundar una sentencia solo en una confesión prestada en el marco de un acuerdo pudiendo examinar su credibilidad e incorporar otros elementos de prueba.
2. El principio *nemo tenetur* por el cual nadie está obligado a auto incriminarse.
3. El principio de publicidad porque debe ser examinado en el juicio oral. En la práctica peruana esto más se acerca a la conclusión anticipada del juicio oral mas no así en la terminación anticipada donde se garantiza la privacidad.
4. El principio de inmediación no puede ser lesionado porque el tribunal no puede ofrecer antes de la sentencia una pena sin examinar la totalidad del debate.
5. El principio de culpabilidad se debe respetar. El tribunal no puede ofrecer una pena por debajo de lo que le debe corresponder.
6. El principio del procedimiento legal que significa que como regla general debe estar supeditado al máximo de la pena, y excepcionalmente si hay circunstancias agravantes, podría subir la pena.
7. El tribunal no puede prometer que el imputado abandone los recursos.

(407) ROXIN, Claus. Ob. cit., p. 101.

En el sistema norteamericano el rol del juez en cuanto al control de legalidad tiene límites precisos. El juez no acepta la declaración de culpable sin cerciorarse que este haya entendido los cargos y haya cedido su derecho a un juicio por jurados y demás derechos como el de apelación. Las discusiones y acuerdos previos con relación a la declaración de culpabilidad no son admisibles ni a favor ni en contra del imputado y en caso que se establezca un acuerdo a cambio de un proceso por una ofensa menos grave el fiscal norteamericano procede así: presenta una acción por la que se desiste de los cargos acordados y recomienda una pena rebajada. La corte no toma parte en las negociaciones y puede aceptar o rechazar el acuerdo en su fallo por lo que al culpable declarado debe ser consciente que el acuerdo al que llegó con el fiscal no obliga a la Corte; sin embargo, si el tribunal acepta el acuerdo debe respetarlo en su fallo(408). Estamos aquí pues frente a un control de legalidad de los acuerdos a cargo del órgano jurisdiccional como el caso peruano.

En el Acuerdo Plenario N° 5-2008/CJ-116 en su décimo tercer considerando se establece que la determinación de la pena debe respetar las penas conminadas legalmente en el tipo penal y las normas que contienen las circunstancias modificativas de la responsabilidad genéricas, sean agravantes y/o atenuantes y los factores de individualización estipulados en los artículos 45 y 46 del Código Penal que permiten la fijación de la pena concreta o final.

VII. Recursos en el proceso especial de terminación anticipada

El artículo 468. 7. del Código Procesal Penal habilita a los sujetos procesales apelar la sentencia aprobatoria pero solo en su ámbito de intervención procesal. Cuando apela el actor civil, la Sala Penal Superior puede incrementar la reparación civil dentro de los límites de la pretensión de aquel. El Acuerdo Plenario N° 5-2008/CJ-116 respecto de los medios impugnatorios en su décimo quinto considerando dice que están regulados por el principio de taxatividad, esto es que la admisión de todo recurso está condicionada a que se encuentre taxativa o expresamente previsto en la ley. Es parte del presupuesto procesal objetivo del recurso. Por el principio de singularidad cada recurso tiene su propia regulación, porque está diseñado para cada situación específica por lo que no admite un recurso cuando corresponde otro.

(408) FIERRO-MÉNDEZ HELIODORO. *Sistema Procesal Penal de EE.UU.* Editorial Ibáñez, Colombia, 2006, p. 109.

El Pleno de Supremos fija que el gravamen o agravio integra el presupuesto procesal de carácter subjetivo del recurso y que la admisión está condicionada a que perjudique el derecho o interés legítimo de la parte impugnante. El apelante como consecuencia del principio dispositivo es quien debe argumentar la forma que ha sufrido agravio y que el recurso es el remedio con capacidad para excluir el perjuicio invocado que proviene de la parte decisional de la resolución judicial.

En su considerando décimo sexto interpreta el Pleno que cuando el artículo 468.7 del NCPP prescribe que la sentencia anticipada, aprobatoria del acuerdo, puede ser apelada por los demás sujetos procesales, lo entiende fuera de fiscal y del imputado siempre que respecto de estos, la sentencia anticipada respete los límites del acuerdo. Claro pues sería ilógico que si la sentencia ha recogido los acuerdos entre fiscal e imputado estos apelen cuando allí se expresa su voluntad de consenso. La legitimidad para impugnar el agraviado la obtiene cuando es constituido en actor civil como lo subraya la siguiente decisión: "Sí se requiere previa constitución. Si la misma es posterior a la sentencia carece de efecto su intervención. No tiene legitimidad para impugnar". Trujillo - Expediente N° 157-2008, 05/05/2007.

Respecto al artículo 468.7 del NCPP el Pleno hace hincapié que esta norma no se ha pronunciado acerca de la posibilidad de apelación u otro recurso contra el auto que desaprueba el acuerdo. En una interpretación sistemática tiene en consideración la regla general establecida por el artículo 416.1 del NCPP que determina como objeto impugnable en apelación los autos que ponen fin al procedimiento o a la instancia –literal b)– o, los que causen gravamen irreparable –literal e)–.

La desaprobación del acuerdo tiene como efecto la culminación del proceso de terminación anticipada y causa un gravamen irreparable porque cancela la vía consensuada y evita la aplicación del beneficio premial. Si no se permite apelar se vulneraría el derecho a la tutela jurisdiccional en su expresión del acceso a los recursos legalmente previstos, además la infracción de la regla de pluralidad de instancia que está vinculado al derecho al debido proceso. El Plenario considera entonces que sí puede apelarse la sentencia así como el auto desaprobatorio. Esto permite corregir y orientar a la judicatura en el nuevo modelo puesto que ha existido tendencias contrarias a esta regla jurídica como las emitidas por algunos Juzgados de Investigación Preparatoria como la siguiente: "La sentencia probatoria del acuerdo puede ser apelada por los demás sujetos procesales, siendo esto así, se verifica de la normativa que solo está permitido el recurso de apelación contra las resoluciones que aprueban el acuerdo, a contrario sensu no procede contra las resoluciones que deniegan el

acuerdo entre el imputado y el Ministerio Público; "RESOLUCIÓN: DECLARARON NULO el concesorio de apelación (…) DECLARARON INADMISIBLE (…)" Trujillo - Expediente N° 351-2008, 09/06/2008. Sin embargo hay otras sentencias que sí han sostenido la orientación de la Corte Suprema como esa que dice: "(…) tal como se advierte de las apelaciones (…) estas cumplen con los presupuestos legales previstos en el artículo 405 del Código Procesal Penal, por lo que dichos recursos devienen en admisibles, en consecuencia este Colegiado procede a pronunciarse sobre el mismo (…) RESOLVIERON: declarar NULO el auto que desaprueba el acuerdo. ORDENARON que el juez de la causa emita nueva resolución (…)" Moquegua - Expediente N° 2008-00015-25-2801-SP-PE-1, 23/06/2008.

VIII. Pluralidad de hechos punibles e imputados

El artículo 469 del NCPP como regla establece que cuando hay una 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. Como excepción 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. Consideramos que esta regla no es consistente con la tendencia de fortalecer las salidas alternativas, como por ejemplo la de conclusión anticipada que sí considera la aceptación parcial. Hay casos concretos donde uno de los imputados desea acogerse a la terminación y su coimputado no desea hacerlo. Hay un refrán que dice "al enemigo puentes de plata". Impedir acuerdos parciales va en contra de la celeridad procesal, no se entiende entonces porque todos los que han cometido el mismo delito tienen que asumir responsabilidad, cuando podría haber imputados que se consideran inocentes de tal forma que no se les puede obligar a la negociación, y tampoco los que aceptando responsabilidad no tienen por qué ser sometidos a un juicio oral y alargar más las penurias propias de un proceso judicial. Este artículo debería ser modificado. Ya dependerá de la habilidad del fiscal y del juez para ir precluyendo las otras etapas.

El artículo 470 del NCPP establece como regla que cuando no se llegue a un acuerdo o este no sea aprobado, la declaración formulada por el imputado en este proceso se tendrá como inexistente. El fracaso de una negociación en este proceso especial conlleva como consecuencia que lo que se haya dicho en esas audiencias privadas no pueda ser utilizada contra el imputado. La base de esto es que el imputado ha tenido que aceptar responsabilidad y si luego se retracta esta aceptación se tiene por no puesta, por el derecho a la

no autoincriminación. El cuaderno quedará cerrado, como si nunca se hubiese dado la terminación anticipada.

Esta regla tiene sindéresis con la Regla 410. Motivos, debates y declaraciones relacionadas del procedimiento criminal estadounidense:

"A) **Usos Prohibidos**. En un caso civil o penal, la evidencia de los siguientes no es admisible contra el acusado que hizo la súplica o participó en los debates de declaración de culpabilidad:

1) una declaración de culpabilidad que fue retirada más tarde;

2) una declaración de *nolo contendere*;

3) una declaración hecha durante un procedimiento en cualquiera de estos motivos en virtud de la Regla Federal de Procedimiento Penal 11 o un procedimiento estatal comparable; o

4) una declaración hecha durante las discusiones de declaración de culpabilidad con un abogado de la fiscalía si las discusiones no dieron lugar a una declaración de culpabilidad o dieron lugar a una declaración de culpabilidad posterior retirada.

B) **Excepciones**. El tribunal puede admitir una declaración descrita en la Regla 410 (a) (3) o (4):

1) en cualquier procedimiento en el que otra solicitud de debate ha sido incorporada, si bajo un criterio de justicia las declaraciones deben ser consideradas en conjunto; o

2) en un proceso penal por perjurio o falso testimonio, si el acusado hizo la declaración bajo juramento, en el expediente, y con presencia de un abogado".

En los fallos en procesos federales las súplicas de culpabilidad retiradas se declararon inadmisibles. Caso *Kercheval vs. Estados Unidos* , 274 EE.UU. 220, 47 S. Ct 582, 71 L.Ed. 1009 (1927). El Tribunal señaló que admitir la petición retirada menospreció la asignación de retiro colocando al acusado en un dilema completamente inconsistente con la decisión de concederle un juicio, que es lo que nos parece sustancial. El Tribunal de Apelaciones de Nueva York, en *Pueblo vs. Spitaleri*, 9 NY2d 168, 212 NYS2d 53, 173 NE2d 35 (1961), volvió a examinar y volcó sus decisiones anteriores que habían permitido el ingreso. Además de las razones expuestas en Kercheval, que fue citado

extensamente, el tribunal señaló que el efecto de la admisión de la declaración fue acusado de obligar a subir al estrado a modo de explicación y de abrir el camino para que la fiscalía llamara al abogado que lo había representado en el momento de entrar a la súplica. Esta actitud de la fiscalía de aprovechamiento de las negociaciones a la larga la debilitaban como institución. Esto es aplicable también para la declaración de *nolo contenderé* retirada.

Una excepción recogida por la regla es que si se pueden dar validez probatoria cuando exista proceso penal por falso juramento(409).

IX. Beneficios en el proceso especial de terminación anticipada

El artículo 471 del NCPP precisa que el imputado que se acoja a la terminación anticipada recibirá un beneficio de reducción de la pena de una sexta parte y este beneficio es adicional y se acumulará al que reciba por confesión. Esta es una regla tasada por cuanto el derecho premial obliga a que sea beneficiado con un sexto de reducción de la pena entendida esta como la pena pactada con el fiscal si obviamente es aprobada por el juez. Si hay confesión esta será acumulable. Podría darse el caso que la persona, en el ámbito de la culpabilidad, en razón de la edad pueda ser beneficiado por el instituto de responsabilidad restringida; lo que facultará al juez a hacer otra disminución; aunque esta no es obligatoria. En el Acuerdo Plenario N° 5-2008/CJ-116 en su décimo cuarto considerando al analizar el artículo 471 del NCPP respecto de la confesión la asimila como una circunstancia modificativa de la responsabilidad de carácter genérica y excepcional, y que al verificarse esta condición permite disminuir la pena hasta en una tercera parte por debajo del mínimo legal adoptando la regla del artículo 161 del NCPP.

Siendo una salida alternativa y en aplicación de la celeridad procesal, se entiende que el procesado debe tener algún beneficio que se expresa en la reducción de la pena. La Ley N° 30076 sin embargo, reconociendo la compensación del procesado a cambio de la aceptación de cargos, ha fijado mayores límites en su aplicación cuando ha establecido reglas adicionales en el artículo 471 del NCPP que ha quedado redactado de la siguiente forma:

> "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

(409) <https://www.law.cornell.edu/rules/fre/rule_410> [Fecha de consulta: 10 de febrero de 2015].

> 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".

Se reconoce el beneficio del imputado en cuanto a la reducción de la pena que es hasta una sexta parte. Si hubiese existido confesión también tendrá un beneficio adicional de reducción de hasta un tercio de pena, pero siempre que esta haya sido anterior al acuerdo, es decir de forma sincera y espontánea, pero que además sea útil para los fines del proceso.

El beneficio de reducción por confesión no prospera si el imputado tiene la calidad de reincidente o habitual. Lo que si se mantiene es el sexto de reducción.

Limita la reducción de la pena en terminación anticipada si el agente es miembro de una organización criminal. Esto va en contra del fundamento de las salidas alternativas o negociadas. Si no hay algún beneficio qué interés tendría el imputado para negociar. Esto más bien incentivará que el Estado gaste recursos procesándolo. Para sincerarnos el legislador pudo haber señalado que no procede la terminación anticipada en los casos de delito de crimen organizado o debió mantener una reducción pero menor a un sexto, lo que es concordante con el fundamento de salidas negociadas.

X. Proceso de terminación anticipada y etapa intermedia del proceso común

El Pleno de Jueces Supremos en su décimo sétimo considerando desarrolla las diferencias entre la terminación anticipada y la etapa intermedia y refiere que en el proceso común, la etapa intermedia es imprescindible y que sus funciones más importantes son controlar los resultados de la investigación preparatoria, y 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 proceso de terminación anticipada no guarda correspondencia con el proceso común ya

que es un proceso especial sujeto a sus propias reglas de iniciación y con una estructura particular y actuaciones singulares no equiparables con el proceso común, que se basa en el principio de contradicción mientras que en la terminación anticipada prima el consenso.

1. Etapa intermedia y oportunidad de la terminación anticipada

La regla para la oportunidad de aplicación de la terminación anticipada es hasta antes de la acusación fiscal. Entonces cuando el Código Procesal Penal dice que uno de los procedimientos a realizarse en la etapa intermedia es someterse a un criterio de oportunidad, ¿comprende esto a la terminación anticipada? El Pleno de Supremos responde negativamente, en su considerando décimo octavo porque la etapa intermedia y la terminación anticipada tienen diferencias sustantivas, en la primera hay contradicción y en la segunda hay consenso. Que cuando se hace referencia a un criterio de oportunidad solo puede estar destinada a la aplicación de los supuestos o "criterios" contemplados en el artículo 2 del NCPP.

En el décimo noveno considerando, el Pleno de Supremos hace una crítica a esta referencia de aplicación de criterio de oportunidad en la etapa intermedia, y la incorporación de la terminación anticipada en dicha fase, en razón que desnaturaliza su regulación propia y naturaleza jurídica, y tergiversa otro eje de su reconocimiento en el proceso penal nacional que es la función de acortar los tiempos procesales y evitar las etapas procesales comunes intermedia y de enjuiciamiento.

La conclusión de este razonamiento que hacen los Jueces Supremos es que la terminación anticipada no se puede realizar en la etapa intermedia porque en esta se realiza el control de acusación y tiene como base el contradictorio mientras que la terminación anticipada se sustenta en el consenso. Entonces interpretan que debe entenderse que cuando se hace referencia a criterios de oportunidad estamos ante los supuestos del artículo 2 del Código Procesal Penal: en consecuencia estos acuerdos sí se pueden hacer en la etapa intermedia. Dice un refrán: **tanto nadar para terminar ahogado en la orilla**, por la sencilla razón que también en el principio de oportunidad y los acuerdos reparatorios prima el consenso, y en la lógica de los Jueces Supremos estas instituciones tampoco debieran contemplarse en la fase intermedia. Somos de la opinión que siendo la etapa intermedia la fase de examen del requerimiento fiscal acusatorio, aunque esto no es todo porque puede haber requerimiento de sobreseimiento; el ingreso de criterios de oportunidad en una audiencia donde hay contradictorio, puede atentar contra la estructura esencial de la etapa intermedia, por lo que esa referencia legal debiera ser dejada sin efecto básicamente

del escenario procesal intermedio y debiera tratarse no necesariamente hasta antes que el fiscal acuse; sino puede extenderse teniendo como límite la fecha de inicio del juicio oral, en audiencia especial aparte como se hace en el modelo colombiano, artículo 37 del Código de Procedimiento Penal de Colombia de 1991 que estableció la sentencia anticipada.

En suma, podemos afirmar que mientras que en la etapa intermedia se privilegia el contradictorio en la terminación anticipada se sustenta en el consenso, siendo ambas incompatibles; cualquier criterio de oportunidad debe ir en proceso especial distinta a la etapa intermedia por lo que se debe realizar una modificación del NCPP; deberían aceptarse acuerdos parciales en terminación anticipada pero se requiere también de una modificación legislativa del NCPP; el juez debe realizar un control de legalidad del acuerdo antes de aprobarlo y luego sentenciar; no puede absolverse en la terminación anticipada, solo desaprobar el acuerdo; el juez no puede ir por encima de la pena acordada, solo desaprobar el acuerdo; y si fracasa la terminación anticipada lo declarado por el imputado como la aceptación de cargos no podrá ser utilizado por el Ministerio Publico contra él.

Capítulo VII
Proceso por colaboración eficaz

I. Generalidades

El delator es una figura menospreciada en el mundo del hampa, y que solo merece la eliminación porque tiene el conocimiento de los secretos del accionar de las personas con las que ha desarrollado actividad criminal. Esta persona es el eje de los procesos por colaboración eficaz que implica un procedimiento destinado a obtener información, fuentes de prueba sobre organizaciones criminales para poder arrestarlos y procesarlos. El colaborador o delator busca obtener algún beneficio de tal forma que pueda justificar su actuación al dar a las autoridades la información necesaria para desarticular estructuras delictivas.

En la doctrina no es pacífico el tema del delator porque algunos sostienen que el Estado golpea un pilar que lo debe sostener como lo es la ética en aras de un pragmatismo en la persecución penal.

> "Por encima de la cáustica y certera opinión de Mario Diament que recuerda que a lo largo de la historia, el delator ha sido una figura universalmente desacreditada, cuya abyección ha tenido la extraña virtud de repugnar por igual a maleantes y moralistas, a progresistas y a conservadores (aun quienes se benefician de las infidencias del delator suelen sentir por él un desprecio similar al que experimentan las víctimas), se ha dado como fundamento de la aceptación de esta figura (aceptada por la legislación argentina para graves delitos como la conspiración para la traición y el narcotráfico), la prevalencia en ciertos casos de la 'necesidad sobre la moralidad', lo que genera una fuerte polémica. De un lado, Eugenio Zaffaroni señala que 'la impunidad de los llamados arrepentidos constituye una seria lesión a la eticidad del Estado', pues 'el Estado no puede valerse de medios inmorales para evitar la impunidad'; en la misma línea Julio Maier critica 'estos proyectos de compraventa de la verdad y de la pena'. Pero hay quienes están a favor como Carlos Niño quien expresa

> que la figura del arrepentido 'suele causar horror en nuestra sociedad, acostumbrada a dar prioridad a una moral de la amistad –en la que la delación es el peor pecado– sobre la moral pública. No veo tan mal –concluye–, combatir contra una moral 'siciliana de la complicidad a favor de un moral cívica'"[410].

Las razones expuesta por quienes consideran que es un atentado contra la eticidad del Estado son atendibles; sin embargo pierden de vista que se trata de eliminar a quienes dirigen las organizaciones criminales que ponen en erosión no solo la eticidad del Estado sino su propia supervivencia. Si lo vinculamos a fenómenos subversivos, la figura del colaborador es más que necesaria.

II. Derecho premial en el Derecho comparado

En el panorama del Derecho comparado se encuentran desarrolladas normas de fomento de la figura del arrepentido o colaborador con la justicia para el descubrimiento del delito.

En el Derecho anglosajón, es el llamado *witness crown* (testigo de la corona) que obtiene inmunidad (*grant of inmunity*) a cambio de su testimonio; y los supuestos de transacción penal (*plea bargaining*), que permiten al imputado que testifica contra los demás una reducción de la condena.

En el Derecho italiano, están los *collaboratori della giustizia* o *pentiti*, que han contribuido decisivamente –en el contexto de la legislación excepcional dictada en los años 70 y 80– al ocaso del terrorismo y el levantamiento de estructuras mafiosas del sur de Italia.

También aparecen en el Derecho de los países de lengua alemana (Alemania, Suiza, Austria), donde son conocidas como *Kronzeugenregelungen* (reglas del testigo "principal" o "de la corona").

Han proliferado en el moderno Derecho Penal en sectores particularmente graves de la criminalidad como el crimen organizado, el narcotráfico y el terrorismo. Solo se ha renunciado ha renunciado a ellas expresamente en Dinamarca, y algo en Alemania[411].

(410) CAFFERATA NORES, José I. "El arrepentido, según la Ley Nº 25.241". En: *Tema de Derecho Procesal Penal* (contemporáneo). Mediterránea, Buenos Aires, 2001, p. 147.

(411) SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel. "El coimputado que colabora con la justicia penal". En: *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-05.pdf>, p. 3. [Fecha de consulta: 12 de junio de 2014].

Hay dos modelos de regulación del colaborador:

1. El arrepentido entra en escena como testigo en el juicio oral y está obligado a declarar en el mismo como condición para obtener algún tipo de inmunidad que le permite dejar de ser imputado (*grant of immunity*). Está entonces expuesto a una situación de peligro especial, por lo cual se le otorga la condición de testigo protegido. Así lo solemos encontrar en los países anglosajones, como Estados Unidos y Gran Bretaña, también en Polonia desde la ley de 01/09/1998.

2. El arrepentido interviene fundamentalmente en la fase de instrucción del procedimiento, colaborando con las autoridades de persecución penal en el esclarecimiento de los hechos y el descubrimiento de los culpables, conducta premiada generalmente de modo facultativo para el juez con una rebaja o incluso una exclusión de la pena. Como no tiene necesariamente que aparecer ante el tribunal como testigo no tiene por qué preverse siempre un programa de protección de testigos para él. Este es el modelo propio de Alemania, Suiza, Austria y Holanda; y también del Derecho español(412).

III. Antecedentes legislativos

El primer antecedente legal en el Perú fue aprobado durante el gobierno del ingeniero Fujimori y aplicado a los casos de terrorismo. Es el Decreto Ley N° 25499 - Ley de Arrepentimiento, que estableció los beneficios de reducción, exención y remisión de la pena a quienes hubieran participado o se encuentran incursos en la comisión del delito de terrorismo previsto en el Decreto Ley Nº 25475. Asimismo se aprobó el Decreto Supremo N° 015-93-JUS que lo reglamentó.

Los beneficios al delator o colaborador están en la exención y remisión de la pena. La exención se aplicaba a la persona que involucrada en delito de terrorismo, comprendida o no en un proceso penal, conforme al Dec. Ley N° 25475 proporcionaba voluntariamente información oportuna y veraz que permitiera conocer detalles de grupos u organizaciones terroristas y su funcionamiento, la identificación de los jefes, cabecillas, dirigentes y/o de sus principales integrantes, así como futuras acciones que con dicha información se impidan o neutralicen. Había un procedimiento pues la declaración se hacía

(412) SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel. Ob. cit., pp. 3-4.

ante la policía, en presencia del representante del Ministerio Público o ante el juez de la causa, según sea el caso. En las zonas declaradas en estado de emergencia o de sitio, la declaración era ante las autoridades del comando político militar en presencia de un representante del Ministerio Público.

El beneficio de remisión de la pena era aplicable al sentenciado por delito de terrorismo que proporcionaba información en el mismo sentido.

En ambos casos la eficacia y veracidad de las informaciones obtenidas se debía someter a comprobación ordenada por el Ministerio Público. Una vez constatada la veracidad de la información proporcionada, el beneficio de la exención o la remisión de la pena, se concedía según el siguiente procedimiento:

Si el colaborador o arrepentido no estaba investigado, el Ministerio Público se encargaba de ordenar el archivo. Si existía proceso penal se formaba un cuaderno incidental y era la Sala Penal quien debía resolver sobre la exención de la pena. Si declaraba fundado el beneficio disponía el corte de la secuela del proceso en lo que al imputado que solicitó el beneficio se refiere, si fuere el caso. Esta resolución de la sala especializada podía ser impugnada con recurso de nulidad ante la Corte Suprema.

En el caso de remisión de pena de condenado por terrorismo el representante del Ministerio Público, agotada la investigación, remitía copia de lo actuado a la sala especializada que dictó la condena, la que en el término de tres días, luego de emitido el dictamen fiscal, resolvía sobre el beneficio. Igualmente esta resolución de la sala especializada podía ser impugnada ante la Corte Suprema.

El segundo antecedente de importancia es el Decreto Legislativo N° 824 del 24 de abril de 1996, Ley de Lucha contra el Tráfico de Drogas que en su Título III sobre Beneficios Procesales y Penitenciarios Excepcionales otorga exención o remisión de la pena a quienes den información que permita el decomiso de drogas, insumos químicos fiscalizados, dinero, materias primas, infraestructuras y otros medios, utilizados en la obtención de drogas ilícitas. Información que establezca fehacientemente el funcionamiento de una organización dedicada al TID y además que permita la identificación de los dirigentes o jefes; y, el desbaratamiento de organizaciones criminales. Se les daba protección asignándole claves para su identificación.

Posteriormente se dictó la Ley N° 27378 de 20 de diciembre de 2000 que estableció beneficios para colaboración en los casos de criminalidad organizada con un procedimiento más detallado, en los que incluía la revocación del

beneficio otorgado si el beneficiado incumplía las obligaciones dispuestas en el artículo 17 de la Ley.

Por Decreto Legislativo N° 925 se agregó el delito de terrorismo y conexos previstos en el Decreto Ley N° 25475, apología de terrorismo artículo 316 del CP, Lavado de activos de terrorismo previstos en la Ley N° 27765, y por Ley N° 28008 del 18 de junio de 2003 se extendió el alcance del beneficio a los delitos aduaneros.

Los beneficios de colaboración eficaz no alcanzaban a cabecillas, dirigentes de organizaciones criminales ni los que hayan participado en muertes. También a los que obtuvieron beneficios en delito de terrorismo y volvieron a cometerlos.

IV. Perspectiva desde el Tribunal Constitucional

En la STC Nº 003-2005-PI/TC del 9 de agosto de 2006 se sienta posición respecto al proceso de colaboración eficaz la que tiene reconocimiento constitucional.

> "Colaboración eficaz de los arrepentidos y determinación de derechos eventualmente comprometidos.
>
> 268. Mediante el Decreto Legislativo Nº 925 se ha regulado la colaboración eficaz en delitos de terrorismo y conexos, de apología del delito en el caso de terrorismo y de lavado de dinero en supuestos de terrorismo. La institución de la colaboración eficaz es un instituto del denominado 'Derecho Penal Premial', mediante el cual se atenúa o exime de responsabilidad penal a la persona que colabora con las autoridades de persecución penal en el descubrimiento y juzgamiento de delitos perpetrados en el ámbito de la criminalidad organizada, supuestos que se encuentran regulados por la Ley Nº 27378 y sus modificatorias.
>
> 269. En sí misma considerada, esta institución no genera problemas de orden constitucional. En el marco de su competencia de prevención y sanción de los delitos, el Estado goza de un amplio margen de apreciación para crear, organizar y regular las instituciones penales o procesales penales que mejor contribuyan con tales tareas. Al Tribunal Constitucional no le corresponde evaluar si estas son oportunas, convenientes o eficaces en el marco de los fines para los cuales fueron creados. Su tarea se reduce a determinar si en la regulación de los

> institutos que lo conforman, se han puesto en entredicho derecho o principios constitucionales.
>
> 270. El instituto de la colaboración eficaz centra en la figura del colaborador, también denominado "arrepentido", la posibilidad de alcanzar los fines para el cual fue creado. Y es en las exigencias que se imponen para conceder el beneficio que su regulación puede comprometer derechos fundamentales reconocidos en la ley fundamental. En efecto, el tribunal observa que para acogerse al beneficio de la colaboración eficaz, y así obtener una exención o atenuación de pena, el arrepentido asume una situación singular en el proceso penal. Por un lado, tiene la condición de investigado o imputado, en la medida que confiesa su participación en cualquiera de los delitos para los cuales se ha previsto el beneficio. Pero, de otro, también asume la condición de inculpado-testigo, ya que para acogerse al beneficio proporciona información sobre actos criminales de terceros (art. 3 de la Ley Nº 27378).
>
> 271. En el primer supuesto, es decir, cuando confiesa su culpabilidad o declara contra sí mismo, su colaboración en el proceso penal podría entenderse, prima facie, como que afecta el derecho a no autoinculparse. En el segundo supuesto, es decir, cuando asume la condición de inculpado-testigo, la información que facilita sobre los actos ilícitos de sus coinculpados podría comprometer su derecho/principio de presunción de inocencia, pues en su condición de inculpado-testigo no está obligado a decir la verdad".

En la Sentencia **Nº 003-2005-PI/TC** también se hace referencia a la validez del testimonio de arrepentidos y las motivaciones que pueden estar detrás de la delación así:

> "(…) en esta misma sentencia, el Tribunal señaló que la información que pudiera proporcionar el colaborador eficaz podría comprometer también el derecho a la presunción de inocencia de los coinculpados del inculpado-testigo. Ello es así porque el inculpado o acusado que presta colaboración eficaz, por el hecho de acogerse a un beneficio de esta clase, no deja de tener la situación jurídica de inculpado. Y porque la tiene, en ejercicio del derecho a no confesar su responsabilidad, no tiene la obligación de decir la verdad. En ese sentido, si bien el tribunal valora que la colaboración de los denominados "arrepentidos" representa (y ha representado) en la lucha contra la delincuencia terrorista un medio constitucional para hacer frente en la prevención

> y sanción de los delitos de esta naturaleza, también observa que, en determinados casos, la información que se pueda obtener de los colaboradores puede ser falsa, manipulada o anidar venganza personal, al estar orientada solo a obtener el beneficio de la exención o atenuación de la pena".

Esta observación del Tribunal Constitucional también es acogida en el informe del Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU en su 54 periodo de sesiones, de fecha 19 de febrero de 1998 con base en la información recabada por la misión enviada a Perú. Se hizo una apreciación sobre los aspectos negativos de la Ley de Arrepentimiento de la siguiente forma:

> "La denominada Ley de Arrepentimiento, que estuvo en vigencia entre mayo de 1992 y noviembre de 1994, beneficiaba a los miembros 'arrepentidos' de los grupos armados de oposición que suministraban información al Gobierno sobre actividades terroristas: las penas eran objeto de remisión, se reducían o los interesados no eran enjuiciados. En los informes de los abogados y de las fuentes no gubernamentales se afirma que esta ley resultó en la detención injusta y arbitraria de muchas personas que no formaban parte de la oposición armada"(413).

Reconocemos que un fenómeno que se dio en esa época fue que algunos arrepentidos con la finalidad de beneficiarse de la exención o remisión de pena se acogían a la ley y daban información falsa sobre otras personas. El gobierno del ingeniero Fujimori promovió una comisión de indultos y delegó su representación al fallecido sacerdote Hubert Lanssier, que luego del estudio de muchos casos logró que se liberara a personas condenadas injustamente por información de arrepentidos.

Si bien este antecedente negativo pone en tela de juicio al colaborador, obliga entonces a maximizar la comprobación que debe hacer el Ministerio Público dentro de un marco de respeto escrupuloso de los derechos humanos.

V. El proceso de colaboración en el NCPP

El NCPP recoge muchos aspectos de la legislación que hemos comentado. Es el Ministerio Público el ente que tiene legitimidad para celebrar acuerdos de beneficios y colaboración.

(413) En: <http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/TestFrame/821635a7a3656be2c1256608003246f5?Opendocument>. [Fecha de consulta: 24 de junio de 2014].

El beneficiado puede ser una persona que se encuentra 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 (artículo 472.1).

Para beneficiarse con un probable acuerdo la norma establece que 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.

El acuerdo de colaboración está sujeto a la aprobación judicial. En este caso no se le da la posibilidad que el fiscal de por si apruebe el acuerdo si por ejemplo se trata de diligencias preliminares.

1. Delitos que pueden ser sometidos a colaboración eficaz

El NCPP establece los delitos que pueden ser objeto de acuerdo, aunque deja abierto que se amplíe si así la ley los establece conforme al artículo 473 y son:

a) Asociación ilícita, terrorismo, lavado de activos, contra la humanidad;

b) Secuestro agravado, robo agravado, abigeato agravado, delitos monetarios y tráfico ilícito de drogas, siempre que en todos estos casos el agente actúe en calidad de integrante de una organización delictiva.

c) Concusión, peculado, corrupción de funcionarios, tributarios, aduaneros contra la fe pública y contra el orden migratorio, siempre que el delito sea cometido en concierto por una pluralidad de personas.

Puede darse el caso que exista un concurso de delitos y uno no esté dentro del ámbito de beneficio de colaboración; en este caso no será obstáculo para la celebración del acuerdo.

Hay una norma de organización en el sentido que 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 especial. En todo

caso responde la aplicación de este dispositivo a los planes de cada órgano del sistema de justicia.

2. Calidad de la información

El artículo 474.1 establece que la información que proporcione el colaborador debe permitir alternativa o acumulativamente lo siguiente:

- 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. Es decir que esta información debe abonar en la prevención de los delitos sujetos a colaboración.

- Conocer las circunstancias en las que se planificó y ejecutó el delito, o las circunstancias en las que se viene planificando o ejecutando.

- Identificar a los autores y partícipes de un delito cometido o por cometerse 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;

- Entregar los instrumentos, efectos, ganancias y bienes delictivos relacionados con las actividades de la organización delictiva, averiguar el paradero o destino de estos, o indicar las fuentes de financiamiento y aprovisionamiento de la organización delictiva.

3. Beneficios obtenidos

El colaborador puede obtener como beneficio premial, condicionado a la eficacia o importancia de la colaboración y 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.

- Remisión de la pena para quien la está cumpliendo.

En el supuesto 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, esto es que la pena no sea mayor a cuatro años, exista un pronóstico que no cometerá nuevo delito y no tenga la condición de reincidente o habitual.

En el caso que el colaborador tiene como medida cautelar mandato de prisión preventiva, el juez podrá variarlo por el de comparecencia, imponiendo cualquiera de las restricciones previstas en el artículo 288 del NCPP, inclusive la medida de detención domiciliaria.

La exención y la remisión de la pena exigirán que la colaboración activa o información eficaz permita:

a) Evitar un delito de especial connotación y gravedad;

b) Identificar categóricamente y propiciar la detención de líderes de especial importancia en la organización delictiva;

c) Descubrir concluyentemente aspectos sustantivos de las fuentes de financiamiento y aprovisionamiento de la organización delictiva, o de los instrumentos, efectos, ganancias y bienes delictivos de notoria importancia para los fines de la organización.

En la misma tradición legislativa de la colaboración eficaz, se establece que no podrán acogerse a ningún beneficio premial los jefes, cabecillas o dirigentes principales de organizaciones delictivas. A quien ha intervenido en delitos que han causado consecuencias especialmente graves únicamente podrá acogerse al beneficio de disminución de la pena, que será 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.

4. Diligencias previas al acuerdo

El fiscal en cualquier etapa del proceso tiene facultades para celebrar reuniones con los colaboradores cuando no haya impedimento ni medida cautelar de detención. Si tuviesen estos inconvenientes podrá reunirse con sus abogados para acordar si proceden los beneficios (art. 475.1).

El fiscal con la información obtenida procederá a realizar la corroboración disponiendo los actos de investigación necesarios. Se apoyará en la policía para que, bajo su conducción, realice las indagaciones previas y eleve un informe

policial. Esto no detiene el curso de los procesos, incluyendo las investigaciones preparatorias, que se siguen contra el solicitante.

El fiscal puede 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.

5. Situación del colaborador

La norma prevé que el colaborador, mientras dure el proceso, se le puede otorgar medidas de aseguramiento personal necesarias para garantizar el éxito de las investigaciones, la conclusión exitosa del proceso y su seguridad personal. 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. Las medidas si se otorgaran, se dictarán reservadamente y en coordinación con el fiscal.

El fiscal en los marcos del proceso de colaboración 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.

El agraviado tiene derecho a intervenir en la etapa de verificación de información por lo que deberá ser citado. Deberá informar sobre los hechos, propondrá 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 también firmar el acuerdo de beneficios y colaboración.

6. Acta de colaboración eficaz

Si el fiscal considera que es procedente la concesión del beneficio la documentara en un acta que contendrá:

- El beneficio acordado remisión, exención u otra.
- Los hechos a los cuales se refiere el beneficio y la confesión si esta se produjere.
- Las obligaciones a las que queda sujeta la persona beneficiada (art. 476.1).

7. Denegatoria de la solicitud de colaboración

Si por el contrario el fiscal estima que la información proporcionada no permite la obtención de beneficio alguno, por no haberse corroborado suficientemente sus aspectos fundamentales, denegará la realización del acuerdo y dispondrá que se proceda respecto del solicitante conforme a lo que resulte de las actuaciones de investigación que ordenó realizar.

La disposición no es impugnable. Aunque puede darse el caso que el solicitante si ha cumplido con los requisitos, y existen informes favorables, estaría en indefensión si es que no hay un órgano revisor de la decisión del fiscal. No entendemos el carácter de inimpugnable pues podría ser controlada la denegatoria por un ente superior del Ministerio Público.

En la Sentencia Nº 1425-2002-HC/TC se declaró fundado el recurso de agravio constitucional de un colaborador puesto que si bien el Dec. Leg. N° 824 no establecía la procedencia del recurso de nulidad ante auto denegatorio de sala superior, sin embargo el artículo 139, inciso 6), de la Constitución Política del Estado prevé el derecho constitucional a la doble instancia, y a nivel supranacional este derecho resulta igualmente reconocido en el artículo 8, inciso 2), literal "h" de la Convención Americana de Derechos Humanos; más aún, garantiza a toda persona el derecho de recurrir a una instancia superior por un fallo que le sea adverso. Se ordenó que se concediera el recurso de nulidad y que la Corte Suprema resuelva sobre el fondo.

VI. Efectos de la información del colaborador

Si la información proporcionada por el colaborador arroja indicios suficientes de participación delictiva en las personas sindicadas o de otras personas, será materia de la correspondiente investigación y decisión por el Ministerio Público, a los efectos de determinar la persecución y ulterior sanción de los responsables.

Sin embargo, los colaboradores no tienen carta blanca para dar información, pues si se dieran casos en los que se demostrara la inocencia de quien fue involucrado por el informante, el fiscal deberá informarle de su identidad, siempre que se advierta indicios de que a sabiendas hizo la imputación falsa, para que el afectado tome las acciones legales que considere adecuados para el resguardo de sus derechos (art. 476.4).

1. Colaboración durante el proceso contradictorio

El artículo 477.1 establece que cuando el proceso por colaboración eficaz está referido a hechos que son materia de un proceso penal que se encuentra en la etapa de investigación o incluso si no existe investigación, el acuerdo de beneficios y colaboración se remitirá al Juez de la Investigación Preparatoria, conjuntamente con los actuados formados al efecto, para el control de legalidad respectivo.

El Juez Penal, en el plazo de cinco días, mediante resolución inimpugnable tiene la facultad de formular observaciones al contenido del acta y a la concesión de los beneficios y en la misma resolución ordenará devolver lo actuado al fiscal.

2. Audiencia

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. Cada parte expondrá los motivos y fundamentos de sus pretensiones. El juez, el fiscal, la defensa y el procurador público en los delitos contra el Estado podrán interrogar al solicitante. Se levantará un acta donde constarán resumidamente sus incidencias.

3. Resolución de impugnación

Concluida 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 de colaboración y constituido en parte, tendrá derecho a impugnar la sentencia aprobatoria.

VII. Sentencia aprobatoria

El juez está facultado para controlar la legalidad del acuerdo. Deberá establecer que el acuerdo no tiene infracciones legales, no resulta manifiestamente irrazonable, o no es evidente su falta de eficacia. De cumplirse estos requisitos, 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.

VIII. Colaboración durante las otras etapas del proceso

El proceso de colaboración eficaz puede promoverse durante la etapa intermedia y el fiscal previa verificación remitirá el acta y recaudos al Juez Penal que celebrará una audiencia privada especial. Las reglas de procedimiento establecidos en el artículo 477 del NCPP son aplicables a este supuesto. 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.

1. Colaborador sentenciado

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 con las reglas ya indicadas 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.

2. Jurisprudencia constitucional

En la Sentencia N° 2672-2003-HC/TC del 21 de abril de 2004, en un caso de tráfico de drogas tratado bajo los parámetros del Dec. Leg. N° 824 se ha reconocido la procedencia del hábeas corpus si es que el colaborador ha cumplido con dar la información que ha logrado la captura de cabecillas o decomisar bienes provenientes del delito y se le ha negado el beneficio.

El recurso de agravio fue presentado por la defensa de la persona de clave secreta N° TA-012606000030 contra los vocales integrantes de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema por haber emitido una resolución, que declaró no haber nulidad en el auto, que declaró improcedente el beneficio de exención de pena solicitado por el beneficiario de esta acción, desnaturalizando el pedido formulado por la Fiscal Suprema en lo Penal, quien en su dictamen concluyó que "(...) por haber el procesado proporcionado información oportuna

y veraz, se intervino al cabecilla de una banda dedicada al tráfico ilícito de drogas y se desbarató su organización, por lo que se ha hecho merecedor del beneficio de exención de la pena", según lo expresado por el artículo 19 del Decreto Legislativo N° 824.

La controversia planteada por el Tribunal Constitucional radica en dilucidar si al favorecido por esta acción le corresponde la aplicación del beneficio de exención de pena que establece el artículo 19 del Decreto Legislativo N° 824. Dicha norma dispone que "el agente que se encuentre sometido o no a investigación policial o proceso judicial, por tráfico ilícito de drogas, podrá quedar exento de pena en los siguientes casos:

a) cuando proporcione información oportuna y veraz que permita identificar y detener a dirigentes de organizaciones dedicadas al tráfico ilícito de drogas, y

b) cuando la información proporcionada permita el decomiso de drogas, insumos químicos fiscalizados, dinero, materias primas, infraestructuras y otros medios utilizados en la obtención de drogas ilícitas, que establezcan fehacientemente el funcionamiento de una organización dedicada al TID. Dicha información también deberá permitir la identificación de los dirigentes o jefes y el desbaratamiento de la organización criminal".

El Tribunal Constitucional analizando los informes dentro del cuaderno de hábeas corpus concluyó que el recurrente había proporcionado información valiosa que permitió capturar al cabecilla de una organización de tráfico ilícito de drogas, así como la fiscalización de insumos y otros, por lo que cumple los requisitos señalados por ley para obtener el beneficio de exención de pena, y que al haber cumplido el colaborador con los supuestos de ley, se vulnera su libertad individual al mantenerlo aún con orden de detención, a pesar de haber colaborado eficazmente, pues, en esencia, el hábeas corpus es una acción en garantía de la libertad personal frente al poder público, cuando este la afecta de alguna forma y siempre que la afectación implique una ilegalidad. Debe tenerse en cuenta que las autoridades judiciales no solo pueden violar la libertad individual por comisión, sino también por omisión.

El Tribunal Constitucional realza la importancia del proceso de colaboración eficaz así:

> "Cuando la colaboración eficaz se produce, esta debe protegerse para alentar el propósito social que contiene ese beneficio de política estatal, conforme lo señala la propia Exposición de Motivos del Decreto

> Legislativo Nº 824, antes citado. La concesión de beneficios penitenciarios, como la exención, remisión e indulto, permite obtener información eficaz y legítima que posibilita desarticular la estructura de las organizaciones dedicadas al TID y obtener celeridad procesal evitándose procesos dilatorios, alcanzándose un mejor esclarecimiento del delito y la aplicación de una drástica sanción, con evidente ahorro de medios materiales y humanos"[414].

El Tribunal Constitucional determinó que se había vulnerado el derecho a la libertad individual, el derecho a la igualdad ante la ley, que las leyes no deben ser discriminatorias y que los jueces y funcionarios del Estado no deben actuar de manera discriminatoria al hacer cumplir la ley por haber comprobado que en otro caso si se concedió el beneficio declarando fundado el hábeas corpus disponiendo que la Sala Penal de la Corte Suprema emplazada se pronuncie sobre el fondo teniendo en cuenta el razonamiento del Supremo Intérprete de la Constitución. Se ratifica en el criterio que sea el propio órgano jurisdiccional cuya resolución fue declarada nula sea la que emita el pronunciamiento de acuerdo a la sentencia del Expediente Nº 1425-2002-HC/TC.

IX. Condiciones, obligaciones y control del beneficiado

El NCPP ha establecido obligaciones para el colaborador que ha sido beneficiado.

La concesión del beneficio premial está condicionado a que el colaborador no cometa nuevo delito doloso dentro de los diez años de habérsele otorgado (art. 479).

Las obligaciones son las siguientes:

- Informar de todo cambio de residencia;
- Ejercer oficio, profesión u ocupación lícitos;
- Reparar los daños ocasionados por el delito, salvo imposibilidad económica;
- Abstenerse de consumir bebidas alcohólicas y drogas;

(414) Octavo considerando.

- Someterse a vigilancia de las autoridades o presentarse periódicamente ante ellas;
- Presentarse cuando el juez o el fiscal lo solicite;
- Observar buena conducta individual, familiar y social;
- No salir del país sin previa autorización judicial;
- Cumplir con las obligaciones contempladas por el Código de Ejecución Penal y su Reglamento;
- Acreditar el trabajo o estudio ante las autoridades competentes.

Todas estas 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.

El control de su cumplimiento corresponde 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.

X. Revocación de los beneficios

Según el artículo 480.1 el Fiscal Provincial es quien tiene legitimidad luego de una indagación previa para solicitar al juez que otorgó el beneficio premial la revocatoria de los mismos. El juez correrá traslado de la solicitud al beneficiado 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 inconcurrencia 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.

1. Revocación de exención de la pena

Si la revocatoria se refiere a la exención de pena, toda vez que a esta persona no se le condenó, que una vez que quede a firme la resolución que le revoca, se seguirá el siguiente trámite que es una suerte de proceso inmediato:

- 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;

- 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;

- 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.

- Contra la sentencia procede recurso de apelación, que conocerá la Sala Penal Superior.

2. Revocación de la disminución de la pena

Una vez firme la resolución revocatoria seguía el siguiente trámite:

- 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;

- 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.

- Contra la sentencia procede recurso de apelación, que será de conocimiento de la Sala Penal Superior.

3. Revocación de la remisión de la pena

En este caso cuando la resolución revocatoria queda firme el Juez Penal en la misma resolución ordenará que el imputado cumpla el extremo de la pena remitida. Lo que implica que el tiempo que le faltaba sea cumplido por el beneficiario ahora afectado por su responsabilidad, por haber incumplido sus obligaciones.

En el supuesto de resolución revocatoria referida a 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. La pérdida de los beneficios por colaboración eficaz implicará que se apliquen las normas procesales y de ejecución para continuar con el cumplimiento de la pena o medidas coercitivas que se le hubiese dado en su contra.

XI. Mérito de la información y de lo obtenido cuando se rechaza el acuerdo

¿Cuál es el valor probatorio de las declaraciones de un colaborador cuando ha sido denegado? Pues no tienen ningún valor y se tendrán como inexistentes y no podrán ser empleadas en su contra. El derecho que se salvaguarda y que está detrás de esta regla es el de no autoincriminarse (art. 481.1).

Sin embargo, se establece una excepción. 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 que fijas las reglas de valoración de la prueba y al artículo 159 que establece que el juez no podrá utilizar, directa o indirectamente, las fuentes o medios de prueba obtenidos con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona. El juez tendrá que tamizar la información que ha sido tomado de un proceso de colaboración eficaz que no ha arribado a ningún acuerdo.

Capítulo VIII
El proceso por faltas

I. Conceptos

Las faltas son infracciones cuyo grado de lesividad de bienes jurídicos es cuantitativamente menor a los delitos. La doctrina nacional ha desarrollado poco sobre estos ilícitos por lo que es menester apoyarse en doctrina y legislación comparada.

En la doctrina comparada se señala que las faltas no son sino supuestos de delitos en los que –por lo general por razones cuantitativas– se considera que la ilicitud es de menor gravedad y requiere solo una pena (criminal) atenuada especialmente(415). Es el elemento cuantitativo del injusto que fija la frontera entre faltas y delitos.

En la legislación comparada tenemos al Código Penal español que en su artículo 13 establece que son faltas las infracciones que la Ley castiga con pena leve. En el artículo 33 último párrafo del Código acotado, se fija una relación de penas leves que son: a) la privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de tres meses a un año, b) la privación del derecho a la tenencia y porte de armas de tres meses a un año, c) la multa de cinco días a dos meses, d) el arresto de uno a seis fines de semana y e) los trabajos en beneficio de la comunidad de dieciséis a noventa y seis horas.

En el Código Penal nacional tenemos que es el artículo 440 la norma que precisa los alcances de las faltas. En principio son aplicables a las faltas las disposiciones contenidas en el Libro Primero, se entiende del Código, con las modificaciones siguientes:

No es punible la tentativa, salvo en el caso de las faltas previstas en el primer y segundo párrafos de los artículos 441 lesión dolosa y lesión culposa y 444 esto es hurto simple, daño simple y hurto sobre ganado.

(415) BACIGALUPO, Enrique. *Derecho Penal. Parte General.* 2ª edición, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1999, p. 54.

Solo responde el autor y no hay participación.

Las penas que pueden imponerse son las restrictivas de derechos y multa, salvo el caso de reincidencia en faltas dolosas reguladas en los artículos 441 y 444. En este supuesto, se aplica pena privativa de libertad, para cuyo efecto se procede a efectuar la conversión de las penas limitativas establecidas, aplicando lo dispuesto en los artículos 55 y 56 del CP.

Los días multa no serán menos de diez ni más de ciento ochenta.

La acción penal y la pena prescriben al año. En caso de reincidencia, prescriben a los dos años.

La investigación está a cargo de la autoridad policial y el juzgamiento corresponde a los jueces de paz, letrados o no letrados.

Constituye circunstancia agravante la reincidencia. El juez puede aumentar la pena hasta el doble del máximo legal fijado(416).

II. La faltas en la jurisprudencia vinculante. Prescripción extraordinaria y la reincidencia en faltas

Los Jueces Supremos pusieron en discusión algunos aspectos de las faltas y arribaron al Acuerdo Plenario Nº 1-2010/CJ-116. En este acuerdo se hace referencia que el inciso 5 del artículo 440 del Código Penal señala que la prescripción ordinaria en faltas es un año; y dos en caso de reincidencia. El Pleno de Jueces Supremos advierte que no se ha regulado el plazo extraordinario.

En una interpretación sistemática el artículo 440 del CP dice que son aplicables las disposiciones contenidas en el Libro Primero del mismo cuerpo legal. El Pleno, fija como regla jurídica que se debe observar lo dispuesto por el artículo 83 del CP de incrementar en un 50 por ciento el plazo extraordinario; por tanto, en faltas opera la prescripción extraordinaria al cumplirse el año y seis meses de cometido el hecho.

En caso de reincidencia, el Pleno de Supremos dispone que la prescripción sea a los tres años que es la resultante de la suma de la pena más la mitad de esta.

(416) Modificado por la Ley Nº 29407 publicada en el diario oficial *El Peruano* el 18/09/2009.

El artículo 46 del CP no establece los fundamentos de la reincidencia para las faltas; por lo que existiendo un vacío normativo el Pleno acuerda fijar el siguiente criterio:

- Se produce cuando el agente incurre, luego de que la condena adquiere firmeza, otra falta. Es reincidencia ficta pues no se exige que se haya cumplido la pena en todo o en parte.

III. Reincidencia y modificación de la pena en faltas

Los Jueces Supremos señalan que la reincidencia determina modificaciones en la pena conminada de tal forma que el máximo de pena originalmente establecido por ley, se convertirá en mínimo, y el límite máximo será equivalente al máximo original más la mitad de esta pena.

La reincidencia debe ser cometida dentro de los dos años de quedar firme la condena anterior.

Veamos con un ejemplo: en hurto simple la sanción es de 40 a 120 jornadas. En caso de reincidencia el mínimo es 120 jornadas y el máximo, 120 más el 50% que es igual a 180 jornadas.

El acuerdo plenario tiene una justificación, en la impunidad, que generan los plazos de prescripción, que son desbordados por los plazos procesales para su juzgamiento. La unificación de la judicatura en torno a la aplicación de la prescripción extraordinaria apunta a evitar que los sujetos responsables de las faltas se queden sin sanción.

Por otro lado, el Código Penal es un sistema normativo que engloba tanto delitos como faltas de tal forma que las reglas de los primeros son aplicables a las segundas, dejando en claro que no existe aplicación analógica que está prohibida, sino estamos ante una interpretación sistemática.

1. El concurso real de faltas

El Acuerdo Plenario **N° 4-2009/CJ-116** en su considerando décimo hace una crítica a la Ley N° 29407, promulgada el 16 de setiembre de 2009 que incorporó en el Código Penal el artículo 50-A para regular el concurso real de faltas que dice que " Cuando se realiza una pluralidad de acciones que deben considerarse como faltas independientes que perjudican a varias personas e infringen el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza,

será sancionado como autor y se le impone la pena privativa de libertad prevista para este, teniendo en cuenta el perjuicio total causado".

El Pleno considera que tiene una confusa redacción que complica el análisis dogmático sobre la estructura y configuración de esta modalidad concursal pero en un esfuerzo interpretativo señala sus presupuestos y requisitos que son los siguientes:

a) Pluralidad de acciones.

b) Pluralidad de faltas independientes.

c) Pluralidad de personas perjudicadas.

d) Unidad de autor.

El Pleno advierte que hay ausencia de doctrina especializada respecto del concurso real de faltas por lo que fija criterios generales. Establece que puede existir concurso real homogéneo o heterogéneo de faltas puesto que el texto de la norma alude a que los actos del agente "(…) infringen el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, (…)". El problema que encuentra es sobre las reglas de determinación de la pena en el párrafo final del artículo 50-A del Código Penal que dice que será sancionado como autor y se le impone la pena privativa de libertad prevista para este, teniendo en cuenta el perjuicio total causal. En principio como regla general en faltas no hay pena privativa de libertad por lo que no podría aplicar los criterios para el concurso real de delitos. Las faltas solo pueden ser sancionadas con penas restrictivas de derechos –prestación de servicios a la comunidad– y multa, conforme al artículo 440 inciso 3 del Código Penal. El Pleno detecta que como excepción la única posibilidad legal de aplicar esta clase de pena privativa de libertad en una falta es el supuesto de conversión que estipula el modificado inciso 3 del artículo 440 del Código Penal pero que solo opera en casos de reincidencia en faltas contra la persona del artículo 441 o contra el patrimonio del artículo 444 del acotado, pero que no compatibilizan con uno de los supuestos, esto es pluralidad de infracciones.

El Pleno observa que el origen de esa incoherencia está en el Proyecto Parlamentario definitivo que dio origen a la Ley N° 29407 y que si bien aludía a un concurso real de faltas sin embargo, contradictoriamente para la imposición de pena tomaba como referencias las penas privativas de libertad propia de los delitos. La fe de erratas publicada el 29 de setiembre de 2009 (diario oficial *El Peruano*), edición del martes 29 de setiembre de 2009, página 403452 no hizo la corrección respectiva. Dicen los Jueces Supremos en una crítica de la

labor parlamentaria en la dación del artículo 50 A del Código Penal que dicha norma no señala cuál es el delito correspondiente que aportará la pena aplicable ni cuántas faltas deben cometerse para que se asimilen a un delito. Como una alternativa establece la regla jurídica que es posible aplicar al concurso real de faltas iguales reglas de determinación de la pena concreta que actualmente rigen para el concurso real de delitos. **Que se adicionen o acumulen todas las penas concretas parciales aplicables a cada una de las faltas cometidas por el mismo agente y que perjudicaron a varios agraviados**. Pero el resultado final no deberá exceder los límites genéricos de las penas de prestación de servicios a la comunidad y de multa que fijan los artículos 34 del Código Penal (ciento cincuenta y seis jornadas de servicios semanales) y 440 inciso 4 de este (ciento ochenta días-multa), respectivamente.

Esta regla fijada por los Jueces Supremos demuestra la importante labor de la interpretación jurisprudencial respetando la voluntad legislativa que es la acumulación de penas.

IV. Competencia

Los procesos por faltas serán conocidos por los Jueces de Paz Letrados y 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.

El recurso de apelación contra las sentencias es de conocimiento del Juez Penal.

1. Incoación

El ofendido por una falta puede denunciar su comisión ante la policía o dirigirse directamente al juez comunicando el hecho, constituyéndose en querellante particular. Es decir que el proceso es similar al de la querella a pedido de la parte afectada.

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.

Con 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. Si no hay elementos de comisión de faltas dictará auto archivando las actuaciones. Contra esta resolución procede recurso de apelación ante el Juez Penal.

2. Audiencia

En el auto de citación a juicio se 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.

Si no se puede convocar 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.

3. Desarrollo

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, conforme al artículo 484.2. Entonces es claro que esta norma establece que se pueda llevar a cabo la audiencia sin la presencia obligatoria del agraviado que es querellante particular. Se ha discutido la posibilidad de aplicar la figura del desistimiento tácito que está contemplado en el artículo 110 del NCPP, sin embargo estamos ante una regla especial de este proceso por faltas que es el que debe primar, además que estamos ante la presencia de infracciones que inciden en bienes jurídicos que tienen relevancia social como la propiedad, la salud e integridad personal, de diferente jerarquía como lo son los delitos contra el honor o la intimidad de un ámbito de derechos personalísimos.

Siguiendo el procedimiento tenemos que si el imputado no tiene abogado se le nombrará uno de oficio, salvo que en el lugar del juicio no existan abogados o estos resulten manifiestamente insuficientes. Las partes, podrán asistir acompañados de los medios probatorios que pretendan hacer valer testigos, documentos si fuere el caso.

El juez efectuará una breve relación de los cargos que aparecen del informe policial o de la querella. Si se hallare 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.

Si no hay 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.

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.

La audiencia es única y solo se desarrollará en una sesión. Excepcionalmente 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.

Oídos los alegatos orales, el juez dictará sentencia en ese acto o dentro del tercero día de su culminación sin más dilación.

V. Medidas de coerción

Respecto a medidas cautelares, el artículo 485.1 es bastante claro ya que dispone que el juez solo dicte mandato de comparecencia sin restricciones contra el imputado.

Si el imputado no se presenta voluntariamente a la audiencia, podrá hacérsele comparecer por medio de la fuerza pública, y en un caso extremo se ordenará la prisión preventiva hasta que se realice y culmine la audiencia, la cual se celebrará inmediatamente.

VI. Impugnación

Contra la sentencia del Juez de Paz se podrá interponer recurso de apelación y los autos se elevaran en el día al Juez Penal (art. 486.1). Siendo un proceso similar a la querella el ofendido no requerirá haberse constituido en actor civil. El imputado condenado tiene también legitimidad para apelar.

Recibida la apelación, el Juez Penal resolverá en el plazo improrrogable de diez días, por el solo mérito de lo actuado. El recurrente tiene derecho de proponer una actuación probatoria, en ese 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.

La sentencia del Juez Penal es inimpugnable. La ejecución corresponderá al Juez que dictó la sentencia de primera instancia, es decir el Juez de Paz.

VII. Desistimiento

El ofendido bajo el principio dispositivo tiene la potestad de desistirse en continuar la acción por faltas que podrá hacerlo en cualquier estado. También tiene la facultad de realizar una transacción con el imputado en el que se harán mutuas concesiones. Ambas facultades permiten poner fin al proceso. Reiteramos que este proceso especial no contempla la aplicación del desistimiento tácito previsto en el artículo 110 del NCPP.

Capítulo IX
Proceso especial de pérdida de dominio

I. Antecedentes legislativos

Por Ley N° 29009, publicada el 28 de abril de 2007, se otorgó facultades al Poder Ejecutivo para legislar en materia de tráfico ilícito de drogas, lavado de activos, terrorismo, secuestro, extorsión, trata de personas, crimen organizado y pandillaje pernicioso, con el objeto de establecer y construir una estrategia integral contra el crimen organizado. Al amparo de esta delegación se dictó el Decreto Legislativo N° 992, que fue el primer cuerpo normativo en regular la pérdida de dominio de bienes ilícitamente obtenidos vinculados a delitos graves.

El Dec. Leg. N° 992 provocó la crítica de legisladores, juristas y algunas instituciones bajo dos argumentos principales: El primero que el Ejecutivo se había excedido en las facultades delegadas, y el segundo por inconstitucional al afectar el Derecho de propiedad tutelado por el artículo 70 de la Constitución. La comisión de Constitución del Congreso en mayoría aprobó un proyecto de ley por el que se derogaba el Dec. Leg. N° 992, mientras que el de minoría se oponía y presentaba una alternativa de modificaciones a los aspectos no claros de este decreto. Estas alternativas fueron sometidas a debate parlamentario el 27 de marzo de 2008, y hemos usado el diario de debates como fuente documental para acercarnos a determinar la naturaleza de la extinción o pérdida de dominio. Nos adelantaremos para señalar que la propuesta de derogatoria del Dec. Leg. N° 992 fue rechazada y se presentó un proyecto de modificatoria consensuado entre las bancadas que se concretó en la Ley Nº 29212. El Dec. Leg. N° 992 nunca se puso en vigencia y fue derogado por el Decreto Legislativo Nº 1104 el 18 de abril de 2012, que recoge en lo esencial el espíritu original del derogado decreto.

El acercamiento al debate parlamentario respecto del Dec. Leg. N° 992 nos permitirá rastrear cuál ha sido la voluntad del ejecutivo como legislador delegado, ya que las principales instituciones, mantienen su vigencia en el Dec. Leg. N° 1104.

1. Debate parlamentario y el intento de derogatoria del Decreto Legislativo N° 992

Se criticó el Decreto Legislativo N° 992, porque según los opositores, se establecía un procedimiento especial para privar de la propiedad privada a una persona basándose en indicios sobre hechos que pudieran haber sido cometidos por ella, dejando de lado la presunción de inocencia e invirtiendo la carga de la prueba. Que al Estado no le corresponde probar la existencia de algo irregular, sino que corresponde al acusado demostrar lo contrario; y la norma llega al extremo de establecer que es la persona emplazada quien debe demostrar su inocencia, cuando el principio constitucional es precisamente al revés. Hay un concepto amplio de ilicitud que no se sabe a ciencia cierta qué significa.

También se cuestionó que la fuente principal era la ley colombiana N° 793, de diciembre de 2001; pero que esta, a diferencia del Perú, sí tenía un sustento constitucional, en el artículo 34 de la Constitución colombiana que autoriza la pérdida de dominio.

El procedimiento fijado es breve y casi sin garantías, atentando contra el debido proceso y la tutela procesal fue otra observación de los parlamentarios.

Conforme al artículo 70 de la Constitución del Estado, la propiedad tiene como característica el ser inviolable y que nadie puede ser privado de la propia, sino por "seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada". La privación de la propiedad solo opera por causas específicas, y la forma típica de ella es la expropiación, a la cual la misma Constitución rodea de especiales garantías.

La pérdida de dominio es innecesaria, porque en la legislación peruana en materia penal ha regulado la figura del decomiso, que cumple plenamente y que debe ser reforzada(417).

En el debate el congresista Velázquez Quesquén defendió la norma apoyándose en un informe de Defensoría del Pueblo que dijo en su momento: "De este modo, tomando en consideración las normas, principios y valores propios de un Estado democrático y de derecho, es posible afirmar que la falta de previsión constitucional del supuesto de pérdida de dominio no supone que el legislador se encuentre impedido de regular este proceso respecto a las situaciones en que tales valores y principios se encuentran precisamente violentados".

(417) MAYORGA MIRANDA, Víctor. *Diario de Debates.* Segunda legislatura ordinaria 2007. 2ª sesión. Jueves 27 de marzo de 2008, p. 10.

Además, la Defensoría del Pueblo agrega: "por ello, la afirmación contenida en el artículo 70 de la Constitución, sobre la pérdida de propiedad exclusivamente por expropiación, no representa una limitación para el legislador en relación con la configuración procesal que derive en la pérdida de dominio. Esta restricción aparente podría ser superada con una interpretación sistemática de la Constitución"(418).

Frente a las distorsiones respecto de los alcances del Dec. Leg. N° 992 se dijo: "Aquí se ha venido a engañar a los congresistas con que lo que se pretende con esta ley es quitarle su casa al ciudadano, su puesto al que vende verduras en la esquina. No es verdad, señor Presidente. Lo que se pretende es entregar al país una herramienta para luchar contra el crimen organizado"(419).

Los defensores de la pérdida de dominio señalaron que en los países desarrollados se ha entendido que la lucha contra el crimen organizado tiene un eje fundamental: y es atacarlo en su estructura económica, que es la que corrompe funcionarios, y también la administración de justicia.

Las dificultades para atacarlos patrimonialmente se dan cuando una vez que fallece un narcotraficante, el patrimonio incautado del criminal tiene que devolverse a sus familiares.

Para la fecha del debate parlamentario había 20 casos en los que el Estado no podía legalmente incorporar a su dominio, inmuebles incautados a procesados por tráfico de drogas. Se presentaron los siguientes:

- Caso de García Montes con un inmueble de tres mil metros cuadrados que sirvió de laboratorio para tráfico de drogas y la propiedad no puede ser trasladada a dominio del Estado.

- Caso Rodríguez López, de 173 inmuebles que han sido decomisados, hay 42 inmuebles que no se pueden sanear.

- Caso de Demetrio Chávez Peñaherrera, desde 1997, hay 14 inmuebles que no pueden pasar a dominio del Estado porque el proceso está estancado.

- Caso de Abelardo Cachique Rivera, hay 15 inmuebles en la misma situación.

(418) VELÁZQUEZ QUESQUÉN, Javier. *Diario de Debates*. Segunda legislatura ordinaria 2007. 2ª sesión. Jueves 27 de marzo de 2008, p. 15.
(419) Ibídem, p. 16.

- Caso de Otto de Córdova, 5 inmuebles incautados que no se pueden trasladar a dominio del Estado.

- Caso de "Los Norteños", hay un fundo de 30 mil hectáreas que no puede pasar a dominio del Estado. Lo han asignado a la Universidad Nacional de San Martín; pero la familia de los procesados, han solicitado la reivindicación de este inmueble y les habían dado la razón en primera instancia(420).

El congresista Javier Valle Riestra dijo en esa sesión que la pérdida de dominio era un procedimiento respecto al patrimonio y no al procesado, y se basa en la presunción legal, según la cual el propio patrimonio es el culpable, no la persona. Es un patrimonio *hostis*, el patrimonio del enemigo. Por eso es que esto se llama "el decomiso del botín", sea este fruto del terrorismo, del lavado de activos, del tráfico de drogas propiamente dicho. Precisa que esta definición de patrimonio es un vacío que no se ha cubierto, y que esto está en la Convención de Naciones Unidas de 1988, la Convención de Palermo de 2000, las resoluciones de la Convención del Consejo de Europa sobre blanqueo, en Estrasburgo - en que se refieren al patrimonio culpable y al patrimonio peligroso(421).

Una posición más radical es la que sostuvo el congresista Lescano en el sentido que el Dec. Leg. N° 992 es una forma de "confiscación legal" de los bienes y eso no estaba previsto en el artículo 70 de la Constitución y que se requería una reforma constitucional. Desde una visión tremendista señalaba que el Decreto buscaba quitarle la propiedad no solo a los terroristas o narcotraficantes sino a todos(422). No distinguía el congresista que el patrimonio como blanco de la norma de pérdida de dominio es el que está vinculado a delitos graves, y no cualquier tipo de propiedad, por ejemplo los que se encuentran en la informalidad.

El excongresista Vargas, respecto al tema de la propiedad retrucó así: "Si alguien obtiene un dinero con base en el secuestro, con base en el terrorismo, con base en el narcotráfico, y con ese dinero compra un bien, compra una casa, un inmueble, un mueble, ¿podemos decir que hay que proteger esa propiedad?, ¿podemos decir que tiene derecho a la propiedad y que está amparado por el

(420) Ibídem, p. 18.
(421) VALLE RIESTRA, Javier. *Diario de Debates*. Segunda legislatura ordinaria 2007. 2ª sesión. Jueves 27 de marzo de 2008, p. 25.
(422) LESCANO, Yonhy. *Diario de Debates*. Segunda legislatura ordinaria 2007. 2ª sesión. Jueves 27 de marzo de 2008, p. 36.

artículo 70 de la Constitución? No, señor. Quien obtiene una propiedad de esa manera, ilícitamente, cometiendo delitos, no está amparado por la Constitución Política del Estado, porque la Constitución hay que entenderla integralmente. Primero está la seguridad y hay que someterlo a la ley (…)"[423].

En esta sesión tuvo que intervenir la entonces Ministra de Justicia Rosario Fernández Figueroa que hizo una fervorosa defensa del Dec. Leg. N° 992 resumiendo sus argumentos así:

- Se tuvo cuidado de no infringir el artículo 70 de la Constitución que dice: "El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de la ley". La interpretación correcta, lógica e integral de este mandato, es que el Estado garantiza el derecho de propiedad como inviolable, en la medida que se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de la ley. ¿Y qué significa el bien común? Se preguntaba la ex Ministra, pues significa moral.

- El artículo 59 de la Constitución señala que: "El ejercicio de estas libertades –se refiere a las libertades de creación de riqueza y la garantía de libertad de trabajo, lo cual significa propiedad– no debe ser lesivo a la moral". ¿Cabe alguna duda en que esta norma tiene un objetivo en la vista de la moral? y respondió que no cabía ninguna duda.

- Contra la opinión que no existe el vocablo "dominio" en el ordenamiento legal, esto no es correcto porque el artículo 73 de la Constitución, lo contempla en el capítulo de propiedad. Es decir, el concepto de dominio está asimilado al de propiedad.

- Respecto a que era una copia de una ley colombiana, esto no es per sé negativo, ya que lo importante es adaptarlo a la realidad nacional.

- Que si en Colombia tiene expresamente una norma constitucional que autoriza la pérdida de dominio como el artículo 34, en el ordenamiento jurídico peruano es suficiente el artículo 70 de la Constitución que en esencia tutela contra la ilicitud[424].

(423) VARGAS FERNÁNDEZ, José. *Diario de Debates*. Segunda legislatura ordinaria 2007. 2ª sesión. Jueves 27 de marzo de 2008, p. 37.

(424) FERNÁNDEZ FIGUEROA, Rosario. *Diario de Debates*. Segunda legislatura ordinaria 2007. 2ª sesión. Jueves 27 de marzo de 2008, pp. 46-47.

Al final del debate parlamentario, fue rechazada la derogatoria de la norma de pérdida de dominio por el Congreso, y se realizaron modificaciones para precisar mejor los conceptos, pero siempre en la línea de mantener la norma como una herramienta para la lucha contra la criminalidad organizada en el ámbito patrimonial. Ya en los hechos esta norma no pudo aplicarse manteniéndola en el limbo, hasta su derogatoria por el Dec. Leg. N° 1104 que ahora si ha entrado en vigencia, y complementado con el Reglamento respectivo aprobado por Decreto Supremo Nº 093-2012-PCM, publicado el 8 de setiembre de 2012.

II. Proceso especial sobre pérdida de dominio según el Decreto Legislativo N° 1104

1. Generalidades

El Congreso de la República por Ley Nº 29815 delegó al Poder Ejecutivo la facultad de legislar sobre materias específicas, entre las que figuraron la modificación de la legislación sobre pérdida de dominio para ampliar sus alcances a los delitos vinculados a la minería ilegal, fortalecer la investigación y procedimiento; y colateralmente perfeccionar las instituciones de la incautación, decomiso y destrucción de los objetos, instrumentos o efectos del delito y su administración.

Se señala en la exposición de motivos que la legislación actual sobre pérdida de dominio adolece de diversas deficiencias e imprecisiones en relación a su ámbito de aplicación, lo que ha generado serias dificultades en los operadores jurídicos para su aplicación práctica como herramienta destinada a recuperar los bienes o ganancias provenientes de actividades delictivas, al coexistir en la práctica con las normas generales y especiales sobre incautación y decomiso de bienes, lo cual hace indispensable determinar con claridad el marco normativo aplicable y las competencias específicas en cada caso.

La pérdida de dominio constituye una regulación de orden procesal que, por el principio de igualdad, debe ser aplicable a todos los delitos que, por su lesividad y trascendencia social, ameritan la intervención inmediata y severa del Estado, incluyendo la minería ilegal, a efectos de potenciar la eficacia de la lucha contra el crimen organizado y contar así, con las herramientas legales que puedan ser aplicadas de modo transversal y conforme a procedimientos legales claros, pertinentes y eficaces.

Se busca contar con una mejor regulación sobre la recepción, calificación, custodia, seguridad, conservación, administración, asignación en uso,

disposición, subasta y, en su caso, devolución de bienes incautados, así como aquellos involucrados en la pérdida de dominio, y también que bienes riesgosos, peligrosos o dañinos a la seguridad pública, puedan ser destruidos.

2. Objeto, concepto y ámbito de aplicación

Regular la aplicación y los procesos de pérdida de dominio, así como establecer los mecanismos de distribución y administración de los bienes o fondos recaudados (art. 1 del Dec. Leg. Nº 1104).

La pérdida de dominio es una consecuencia jurídico-patrimonial a través de la cual se declara la titularidad de los objetos, instrumentos, efectos y ganancias del delito a favor del Estado por sentencia de la autoridad jurisdiccional, mediante un debido proceso (art. 2.1). Aquí se enfatiza que el centro de la acción estatal, es el patrimonio de procedencia sospechosa.

El patrimonio se subdivide a su vez en objetos, instrumentos, efectos o ganancias de los siguientes: tráfico ilícito de drogas, terrorismo, secuestro, extorsión, trata de personas, lavado de activos, delitos aduaneros, defraudación tributaria, concusión, peculado, cohecho, tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito, delitos ambientales, minería ilegal y otros delitos y acciones que generen efectos o ganancias ilegales en agravio del Estado (art. 2.2). En esta última parte se incluye una gama amplia de delitos, cuya particularidad es que el agraviado es el Estado.

3. Límites de la pérdida de dominio

Esta fue la preocupación desde la vez que se aprobó la primera ley. En la norma se ha puesto como límites lo siguiente:

- Se reconoce la firmeza del título del tercero de buena fe y a título oneroso. Este es el reconocimiento al comprador de buena fe que no ha tenido elementos para sospechar la procedencia ilícita del bien adquirido. En todo caso corresponderá a la fiscalía probar que hubo mala fe en la adquisición. Además que el tercero debe acreditar la procedencia del dinero con el que hizo la adquisición por si hay sospecha que la venta ha sido simulada. Si es a título gratuito ya se tiene un elemento de sospecha de encubrimiento patrimonial.

- La acción de pérdida de dominio prescribe a los veinte (20) años. El punto es determinar desde cuando se empieza a contar el plazo, y

consideramos que debe calcularse el inicio, desde que se hizo la transferencia al adquiriente que es demandado.

- Se puede iniciar la acción de pérdida de dominio aun cuando se haya extinguido la acción penal por el delito del cual se derivan los bienes, inclusive en contra de los sucesores que estén en poder de estos. La acción penal tiene varias formas de extinción y una de ellas es la muerte por ejemplo. Extinguida la acción penal los sucesores hereditarios, tienen expeditos sus derechos para solicitar que se levanten las medidas cautelares contra los bienes del occiso. Aquí están los límites de la incautación y el decomiso. Por ello es que la pérdida de dominio viene a cubrir este vacío a efectos de pasar la propiedad al Estado los bienes de procedencia ilícita.

III. Supuestos de procedencia de la pérdida de dominio

La pérdida de dominio procede cuando hay sospecha fundada que los objetos, instrumentos, efectos o ganancias provienen de la comisión de los delitos fijados por la ley, y además cuando concurran alguno o algunos de los siguientes supuestos:

- Cuando por cualquier causa, no es posible iniciar o continuar el proceso penal. Esto tiene sentido pues el proceso de pérdida de dominio será la alternativa para afectar los bienes de origen ilícito trasladándolos a poder del Estado.

- Cuando el proceso penal ha concluido por cualquier causa, como prescripción, sin haberse desvirtuado el origen delictivo de los bienes del delito o su utilización en la comisión del delito.

- Cuando los objetos, instrumentos, efectos o ganancias se descubriesen con posterioridad a la etapa intermedia del proceso o luego de concluida la etapa de instrucción. Esta opción no nos parece acertada toda vez que el juez tiene bajo su potestad la variación o dictado de medidas cautelares, la que si bien es un poco más complicado que lo vea un colegiado, si hay datos claros que los bienes están vinculados con el procesado, ofrecidos por la fiscalía o la parte o actor civil, y que son de procedencia ilícita, y hay *periculum in mora*, así como se dicta una detención personal, también puede ser posible que el colegiado incaute estos bienes en aplicación de los principios de concentración

y celeridad. Si esto no es posible, entonces si se podría como excepción incoarse un proceso de pérdida de dominio.

- Cuando habiendo concluido el proceso penal, los bienes se descubren con posterioridad. Aquí sí tendría sentido hacerlo pues ya no hay escenario de contradictorio que garantice el derecho de defensa al afectado patrimonialmente.

- Si no fuera posible que se realice el proceso de pérdida, tal como lo hemos señalado, y lo establece el Dec. Leg. N° 1104 se aplicarán las competencias, mecanismos y procedimientos contemplados en las normas sobre incautación o decomiso de bienes (art. 4).

IV. Los bienes que pueden ser afectados

1. La pérdida de dominio se aplica sobre aquellos objetos, instrumentos, efectos o ganancias que se encuentran en aparente propiedad o posesión de persona natural o jurídica y que por fundadas evidencias se presume son producto directo o indirecto de actividad delictiva.

    - Por "objeto" se entiende como aquel donde recayó la conducta típica del sujeto activo(425), y que se encuentra en poder de este. En un sentido amplio se puede considera también como objeto, al sujeto pasivo del delito como la víctima en homicidio; pero para nuestro trabajo nos referimos a lo que tiene valor patrimonial.

    - "Instrumentos" son todos aquellos objetos que son empleados como medios directos para la consumación del delito. Para la doctrina son objetos o elementos **esenciales** y no meramente accidentales con los que se consigue el resultado típico(426). Un arma de fuego, laboratorio para fabricar drogas, que están presentes *ex ante* de la comisión de los ilícitos.

    - "Efectos" son los bienes o activos que se obtienen como producto **directo** de la actividad delictiva, incluyendo las mercancías materia del delito de contrabando y defraudación tributaria(427).

(425) BENAVENTE CHORRES, Hesbert. "La incautación de bienes en el proceso penal". En: *Rev. Gaceta Procesal Penal*. Tomo 18, Lima, diciembre de 2010, p. 37.
(426) SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*. Vol. II, Grijley, Lima, 2001, p. 865.
(427) Artículo 3 del Reglamento aprobado por Decreto Supremo Nº 093-2012-PCM.

- "Ganancias" son los efectos **mediatos** del delito; esto es, los bienes, derechos, títulos, objetos o cualquier provecho patrimonial o económico, obtenido como producto indirecto de la actividad delictiva, incluidos los que provienen de actos lícitos realizados sobre los efectos del delito(428).

2. Procede sobre bienes de la titularidad del agente del delito cuando se determine que el delito cometido ha generado efectos o ganancias; o los que se mantienen ocultos; o han sido transferidos a terceros, quienes han adquirido un título firme sobre estos.

3. Procede sobre bienes de origen lícito que se confundan, mezclen o resulten indiferenciables con bienes ilícitos. Aquí los bienes lícitos se contaminan con los ilícitos, y si es con conocimiento del demandado debe proceder la pérdida de dominio.

4. Si son organizaciones criminales procede la pérdida de dominio aun cuando no se trate de bienes que constituyan objetos, instrumentos, efectos o ganancias del delito, siempre que estén dedicados al uso o servicio de la organización criminal (art. 5). Es decir puede que los bienes hayan sido obtenidos lícitamente por algún integrante de la organización; pero sirve para la finalidad criminal.

1. Deber de información

La detección de bienes de naturaleza ilícita que implica una labor de inteligencia ha determinado que se imponga a diversos funcionarios o servidores, la obligación legal de informar a la fiscalía la existencia de ellos, si es que han tomado conocimiento en razón al ejercicio de sus actividades. Estos sujetos obligados pueden ser fiscal, juez, procurador público, notario público, registrador público, cualquier servidor o funcionario público o cualquier otra persona obligada por ley, especialmente las pertenecientes al sistema bancario y financiero (art. 6). Podría tratarse de los funcionarios de la Unidad de Inteligencia Financiera adscrita a la Superintendencia de Banca y Seguros.

Si no se informa dentro de los 10 días de conocido el hecho estamos por lo menos frente al delito de omisión de denuncia, amén de responsabilidades disciplinarias.

(428) Artículo 3 del Reglamento citado.

En contraparte la fiscalía si es necesario, por seguridad, puede reservar la identidad de cualquier persona natural o jurídica que proporcione la información. Además podrá brindarle las medidas de protección adecuadas.

Si el informante entrega datos falsos, tendenciosos con el ánimo de ocasionar perjuicio, asumirá las responsabilidades civiles, penales o administrativas correspondientes.

V. Naturaleza del proceso

Tal como los antecedentes en el derecho comparado, Colombia y Mexico por ejemplo, se ha determinado los caracteres de este proceso así:

- Es de **naturaleza jurisdiccional**, porque es la autoridad judicial la que decidirá si se declara fundada la demanda incoada por la fiscalía, extinguiendo la propiedad del demandado.

- De **carácter real**, porque versa sobre bienes muebles e inmuebles. Aquí no se determinan responsabilidades penales o civiles.

- De contenido **patrimonial**, pues son bienes que representan un valor pecuniario.

- Procederá sobre cualquier derecho real, principal o accesorio, independientemente de quien los tenga en su poder o los haya adquirido y sobre los bienes comprometidos.

- Es especial, autónomo e independiente de otro proceso penal (art. 7).

1. Garantías del debido proceso

Una de las observaciones más severas era que el procedimiento derogado del Dec. Leg. N° 992 invertía la carga de la prueba en contra del afectado pues era este quien debía probar que el patrimonio había sido adquirido lícitamente. Se le reconoce al emplazado todos los derechos constitucionales y legales para hacer su defensa (art. 9).

Se ha tratado de enfatizar que la titularidad de la carga de la prueba se concentra en el Ministerio Público, sin perjuicio de que la parte afectada acredite el origen lícito de los bienes, aportando el material probatorio que corresponda, lo que dentro de una lógica garantista sería facultativo. Sabemos que el *onus probandi*, significa que la carga de la prueba de la inocencia no le corresponde

al imputado, sino le corresponde probar la culpabilidad al acusador[429] y que si bien esta regla es aplicable al proceso penal, consideramos que esta debe trasladarse al escenario patrimonial, pues una persona puede ser afectada con la pérdida de bienes.

Consideramos que la fiscalía tiene bastante poder para recabar la información necesaria y poder demandar la afectación de los bienes, como por ejemplo rastrear el patrimonio del demandado en notarías, bancos, sistema tributario, contraloría; realizar una auditoría respecto de sus ingresos y egresos, en los que el afectado solo tendría la obligación de facilitar la información. El demandado para fortalecer su defensa podría también presentar si lo considera pertinente pruebas de descargo.

2. Competencia

Cuál es el órgano jurisdiccional competente para demandar la pérdida de dominio. En el artículo 10 del Dec. Leg. Nº 1104 se ha establecido varios criterios para fijar la competencia así:

- El proceso será conocido en primera instancia por el Juez Especializado en lo Penal o Mixto del lugar donde se encuentren ubicados o se descubran los bienes vinculados a cualquiera de los delitos aplicables. Sin embargo se deja abierta la determinación de la competencia especializada a lo que decida el Ministerio Público y el Poder Judicial; es decir si en el futuro crean juzgados exclusivos para conocer de las demandas de pérdida de dominio. En algún momento se pensó que podrían ser competente jueces civiles por tener mayores conocimientos de aspectos patrimoniales; aunque esto puede ser suplido con un reforzamiento de la formación en derecho patrimonial de los jueces penales asignados a esta materia.

- De haberse iniciado proceso penal relacionado a los delitos aplicables y de existir en dicho lugar objetos, instrumentos, efectos o ganancias del delito, será competente para conocer el proceso de pérdida de dominio el juez que conoce el proceso penal.

- Si los bienes de procedencia ilícita se encuentran en distintos distritos judiciales, es competente el juez del distrito en donde se inicie la primera investigación a cargo del Ministerio Público. Esto tiene sentido,

(429) MAIER, Julio. *Derecho Procesal Penal*. Tomo I, 2ª edición, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1999, p. 506.

pues el Dec. Leg. N° 1104 en la línea de fortalecer el sistema acusatorio le da facultades al Ministerio Público para que desarrolle la investigación preliminar con el fin reunir las pruebas para demandar la perdida de dominio.

- Si con posterioridad al inicio del proceso de pérdida de dominio se toma conocimiento de la existencia de otros bienes del delito vinculados al objeto de este proceso, ubicados en distintos lugares, mantiene la competencia el juez que conoce la primera demanda, de tal forma que se concentra ante un juez y en proceso único la decisión sobre los bienes.

- La Sala Penal o Mixta del mismo distrito judicial en el que se tramitó la pérdida de dominio es competente para conocer, en segunda y última instancia, las apelaciones que formulen las partes contra las medidas cautelares, la sentencia y otras resoluciones susceptibles de impugnación.

VI. Investigación por la fiscalía

Corresponde a la fiscalía iniciar la investigación de pérdida de dominio de oficio o por comunicación de cualquiera de las personas o entidades obligadas a denunciar la existencia de bienes de procedencia ilícita (art. 11).

1. Medidas cautelares

Se le otorga legitimidad al fiscal, quien de oficio o a pedido del procurador público, puede solicitar al juez competente las medidas cautelares que considere más adecuadas para garantizar la eficacia del proceso de pérdida de dominio (art. 12.1). Siendo una cautelar deberá acreditar el *fumus bonis iuris* y el peligro en la demora para justificar la petición.

Si los bienes fuesen inscribibles como casas, vehículos, el registrador público deberá inscribir la medida cautelar ordenada, bajo responsabilidad. Esto es sumamente importante pues la publicidad de esta información imposibilita las transferencias que quisieran hacerse. El juez podrá disponer a petición del fiscal la asignación o utilización inmediata de estos, recurriendo a los mecanismos legales pertinentes en caso se encuentren ocupados. Si son bienes no inscribibles, deberá emplearse las reglas previstas en el Código Procesal Civil.

También se ha establecido que en los supuestos previstos en el artículo 105[430] del Código Penal, cuando existan suficientes elementos probatorios que vinculen a la persona jurídica con la comisión del delito y peligro de prolongación de sus efectos lesivos o de comisión de nuevos delitos de la misma clase o de entorpecimiento de la averiguación de la verdad, el fiscal instará al juez a dictar, según corresponda, la clausura temporal de sus locales o establecimientos, la suspensión temporal de todas o algunas de sus actividades, el nombramiento de un administrador judicial o la vigilancia judicial de la persona jurídica (art. 12.3). Supuestamente la persona jurídica es pasible también de ser procesada para aplicarles las consecuencias accesorias penales establecidas en el artículo 105, infiriendo esto de la vinculación de esta con delitos, que podría originar otro proceso más. Tiene que aplicarse cuidadosamente porque caemos en el riesgo de duplicar esfuerzos con el consiguiente gasto de recursos del Estado. Si la persona jurídica es procesada entonces vemos innecesario continuar con el proceso de extinción de dominio.

2. Trámite

La solicitud de medida cautelar deberá ser resuelta por el juez dentro de 24 horas de requerida. Si es necesaria la inscripción de la medida, deberá cursarse los partes judiciales en el mismo acto en el que se concede. Se podrá solicitar al juez la autorización para la disposición de los bienes perecibles o de otros, cuya custodia sea excesivamente onerosa o peligrosa.

También se ha previsto el dictado de medidas cautelares antes de iniciarse no solo el proceso sino en la investigación ya iniciada por la fiscalía incluso antes de poner en conocimiento de los posibles afectados que ya se inició esta indagación.

(430) Regula las medidas que el juez puede aplicar si el hecho punible es cometido en el ejercicio de la actividad de cualquier persona jurídica o utilizando su organización para favorecerlo o encubrirlo y que son:

1. Clausura de sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo. La clausura temporal no excederá de cinco años.

2. Disolución y liquidación de la sociedad, asociación, fundación, cooperativa o comité.

3. Suspensión de las actividades de la sociedad, asociación, fundación, cooperativa o comité por un plazo no mayor de dos años.

4. Prohibición a la sociedad, fundación, asociación, cooperativa o comité de realizar en el futuro actividades, de la clase de aquellas en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito.

La prohibición podrá tener carácter temporal o definitivo. La prohibición temporal no será mayor de cinco años.

Si hay medidas cautelares sobre estos bienes, dispuestas en proceso penal, estas mantendrán su eficacia hasta que el juez del proceso de pérdida de dominio disponga lo necesario.

La resolución judicial que concede las medidas cautelares es apelable dentro de 3 días hábiles de notificada. La concesión del recurso impugnativo no tiene efecto suspensivo. La Sala fija fecha para la vista de la causa dentro 5 días de elevado los actuado y resolverá en la misma audiencia. En caso de complejidad puede resolver dentro de 3 días posteriores a la vista (art. 12).

VII. Del proceso

1. Investigación preliminar realizada por el Ministerio Público

El fiscal inicia la investigación preliminar mediante decisión motivada una vez que toma conocimiento de la existencia de bienes presumiblemente de origen delictivo.

El fiscal para la investigación preliminar tendrá el apoyo de la policía, entidades públicas o privadas y con el auxilio de peritos.

Para colectar información el fiscal podrá solicitar al juez la adopción de las medidas cautelares y el levantamiento del secreto bancario, de las comunicaciones, la reserva tributaria y la reserva bursátil.

El plazo de investigación es de 90 días hábiles; pero excepcionalmente, mediante resolución motivada, podrá prorrogarse por un plazo igual. La justificación de la ampliación debe sustentarse en supuestos como la complejidad del caso, o la dificultad para reunir información.

Concluida la investigación el fiscal tiene dos opciones: demandar o archivar.

- **Si opta por demandar** ante el juez competente la declaración de pérdida de dominio, adjuntará los medios probatorios pertinentes con copias suficientes para quienes deban ser notificados.

- **Si decide archivar** la investigación preliminar, esta decisión podrá ser recurrida en queja por el procurador público o el denunciante, dentro de 5 días hábiles de notificada. El fiscal superior resolverá dentro de 10 días de recibido los actuados. Si declara fundada la queja ordenará al fiscal provincial presentar la demanda de pérdida de dominio ante el juez competente. Si aprueba el archivo, esto no constituye cosa

juzgada material. Para efectos de iniciar una nueva investigación, el fiscal requerirá nuevos elementos de prueba.

2. Actuación judicial

El juez durante el trámite del proceso debe observar las siguientes reglas en un proceso casi similar al proceso civil sumarísimo:

1. Recibida la demanda dentro del plazo de 3 días, deberá expedir resolución debidamente fundamentada. Si falta algún requisito formal la declarará inadmisible, concediendo un plazo de 3 días para la subsanación. Si no se subsana, se archiva la demanda. La resolución es apelable dentro del plazo de 5 días.

2. También podrá declarar improcedente la demanda por ausencia de un presupuesto procesal como la competencia, o la falta de alguna condición de la acción, como el caso que el fiscal no haya realizado la investigación preliminar. Contra esta decisión procede apelación dentro de 5 días de notificada.

3. Si se admite la demanda, la resolución admisoria se notifica dentro de los 2 días siguientes a su expedición, personalmente y mediante publicaciones. La notificación personal se realizará por cédula a las personas que pudieran resultar directamente afectadas y figuren como titulares de derechos reales principales o accesorios o de cualquier otra titularidad patrimonial de conformidad con las reglas establecidas en los artículos 160 y 161 del Código Procesal Civil. El artículo 160 dice textualmente:

   > "Si el notificador no encontrara a la persona a quien va a notificar la resolución que admite la demanda, le dejará aviso para que espere el día indicado en este con el objeto de notificarlo. Si tampoco se le hallara en la nueva fecha, se entregará la cédula a la persona capaz que se encuentre en la casa, departamento u oficina, o al encargado del edificio, procediendo en la forma dispuesta en el artículo 160. Si no pudiera entregarla, la adherirá en la puerta de acceso correspondiente a los lugares citados o la dejará debajo de la puerta, según sea el caso".

   El artículo 162 del CPC que regula la notificación por comisión prevé la siguiente formalidad:

   > "La notificación a quien domicilia fuera de la competencia territorial del juzgado, se hará por exhorto.

Si la persona a notificar se halla dentro del país, el exhorto es enviado al órgano jurisdiccional más cercano al lugar donde se encuentra, pudiéndose usar cualquiera de los medios técnicos citados en el artículo 163.

Si se halla fuera del país, el exhorto se tramitará por intermedio de los órganos jurisdiccionales del país en que reside o por el representante diplomático del Perú en este, a elección del interesado".

4. Se procederá a la publicación mediante edictos del auto admisorio por 3 días naturales consecutivos en el diario oficial y en otro de amplia circulación de la localidad donde se encuentre el juzgado.

   A falta de diarios en la localidad donde se encuentre el juzgado, la publicación se hace en la más próxima que los tuviera y el edicto se fijará, además, en la tablilla del juzgado y en los sitios que aseguren su mayor difusión. El juez podrá ordenar que se publicite mediante radiodifusión, por 3 días naturales consecutivos. Esta notificación se acreditará agregando al expediente declaración jurada expedida por la empresa radiodifusora, en donde constará el texto del anuncio y los días y horas en que se difundió. La resolución se tendrá por notificada el día siguiente de la última transmisión radiofónica.

   La notificación por edictos o radiodifusión tiene por objeto emplazar a todas las personas que se consideren con legítimo interés en el proceso, para que comparezcan a hacer valer sus derechos. En realidad esto es una suerte de ficción pero hay que cumplir porque es la única forma de dar a conocer el inicio de una demanda de pérdida de dominio.

5. El juez designará curador procesal cuando no se ha ubicado al destinatario de la notificación personal y ha transcurrido el plazo de 10 días naturales de haberse efectuado la última notificación. Cuando se trate de persona incierta o con domicilio desconocido, se observará el mismo procedimiento.

6. El presunto afectado o el curador procesal podrán absolver la demanda de pérdida de dominio dentro de los 10 días hábiles siguientes a la notificación de la resolución admisoria, con los medios probatorios que a su derecho convenga.

7. Mediante auto motivado, el juez admite los medios probatorios que estime pertinentes, conducentes y útiles ofrecidos por los sujetos

procesales, señalando día y hora para la Audiencia de Actuación de Medios Probatorios, la que deberá realizarse dentro de los 15 días hábiles siguientes. La resolución que deniega la admisión de prueba podrá ser apelada dentro de los 3 días hábiles siguientes a la notificación, la que será concedida sin efecto suspensivo.

8. La audiencia debe realizarse en un solo acto, en el local del juzgado y deberán actuarse los medios probatorios admitidos con participación directa del juez, bajo responsabilidad. Excepcionalmente, cuando el caso tiene especial complejidad, la audiencia podrá suspenderse y continuarse al día hábil siguiente.

9. Solo la observación al dictamen pericial dispuesto por el juzgado, acompañada de dictamen pericial de parte, dará lugar a una Audiencia Complementaria de Actuación de Medios Probatorios, a realizarse en un plazo no mayor de 5 días de efectuada la primera audiencia.

10. Concluida la actuación de medios probatorios el fiscal, el procurador público, el curador procesal y los abogados de los presuntos afectados, en este orden, podrán presentar sus respectivos alegatos. Acto seguido, en la misma audiencia, el juez dictará sentencia. Excepcionalmente, cuando el caso tenga especial complejidad y dificultad, la expedición de la sentencia podrá suspenderse hasta por 10 días hábiles.

11. Contra la sentencia que declare la pérdida de dominio o la que la desestime, procede recurso de apelación, el cual se interpone debidamente fundamentado dentro del plazo de 5 días siguientes a su notificación. Si se expidió la sentencia en el acto de la Audiencia de Actuación de Medios Probatorios o en su complementaria, el afectado podrá presentar la apelación debidamente fundamentada dentro del mismo plazo.

12. La Sala fijará fecha para la vista de la causa dentro de los 15 días siguientes a su elevación y resolverá dentro de 15 días de realizada la vista.

VIII. Medios de defensa

1. Nulidades

Las partes pueden presentar nulidades las que serán resueltas de inmediato sin previo trámite (art. 14.1). El juez deberá establecer si es que estas se hacen

con ánimo malicioso o dilatorio imponiendo sus facultades disciplinarias. Si el juez requiere información correrá traslado a las partes para su absolución en un día. Con o sin la absolución resolverá al día hábil siguiente.

Si la nulidad se formula en la Audiencia de Actuación de Medios Probatorios, será resuelta previo traslado en dicho acto a los demás sujetos procesales.

El juez tiene facultad para declarar de oficio la nulidad absoluta de algún acto procesal. Si fuesen nulidades relativas, convalidará, subsanará o integrará el acto procesal (art. 14.3).

Puede apelarse la decisión que resuelve sobre una petición de nulidad dentro de 3 días de notificada, y si es en audiencia se recurre en el mismo acto sin efecto suspensivo.

2. Excepciones

Las partes pueden deducir excepciones y se presentan dentro de los 5 días siguientes a la notificación de la demanda y son puestas en conocimiento de los sujetos procesales por el plazo de 3 días hábiles, para que expongan sus posiciones. Estos medios de defensa técnicos se resuelven con la sentencia (art. 15).

El Dec. Leg. N° 1104 no señala expresamente cuáles son las excepciones aplicables por lo que de conformidad a lo dispuesto por el artículo 8 del referido decreto, estos vacíos pueden ser cubiertos supletoriamente por las reglas del Código Procesal Penal de 2004, del Código de Procedimientos Penales, del Código Procesal Civil y demás normas compatibles con su naturaleza.

Las excepciones que se podrían deducir son las de incompetencia, cosa juzgada, prescripción (20 años), falta de interés para obrar, de ambigüedad entre otras adaptables a este proceso especial.

IX. Los terceros

Las personas afectadas por la demanda de pérdida de dominio pueden intervenir en el proceso ofreciendo los medios probatorios idóneos que acrediten fehacientemente el derecho que invocan (art. 16). Esto se da en el supuesto que no hayan sido emplazados con la demanda ni considerados como referencia en la misma.

Una de las modalidades en el caso de lavado de activos es el uso de testaferros que consciente o negligentemente prestan sus nombres para que aparezcan

como titulares de los bienes provenientes del delito. El tercero debe distinguirse de estos casos pues en ellos se tiene que determinar que la adquisición de los bienes ha sido realizada de buena fe y tienen que acreditar la forma como lo han adquirido.

X. La sentencia y sus efectos

La sentencia emitida por el juez debe preservar la garantía constitucional de la debida motivación, esto es que se exponga en forma clara las razones por las que se llega a una decisión.

Como consecuencia de la sentencia que declara la pérdida de dominio y la extinción de los derechos o cualquier titularidad patrimonial y la cancelación de los gravámenes o cualquier otra limitación a la disponibilidad o el uso del bien, se ordenará su transferencia y/o titularidad en favor del Estado (art. 17.1) La resolución se inscribirá en el registro público respectivo a través de partes judiciales. Si es un inmueble en el registro de propiedad inmueble, si es un vehículo, en el registro de propiedad vehicular.

La sentencia que desestime la demanda, en todo o en parte, dispondrá además el levantamiento o cancelación de las medidas cautelares dictadas o ejecutadas y la restitución del bien o de cualquier otra titularidad patrimonial o de su valor, más los intereses legales que correspondan, respecto del bien o los bienes liberados (art. 171.2) Obviamente la parte afectada tiene derecho a solicitar una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por la autoridad fiscal, judicial y los que hicieron la denuncia (sujetos obligados).

XI. Subasta pública

Además de los supuestos de asignación o utilización temporal o definitiva, los bienes o derechos cuya titularidad se declara en favor del Estado podrán ser subastados públicamente dentro de los 90 días naturales siguientes. El procedimiento se encuentra detallado en el Reglamento aprobado por Decreto Supremo Nº 093-2012-PCM. La idea es que puedan generar ingresos al Estado, evitando que se gasten recursos en su administración.

XII. La Conabi

El Dec. Leg. N° 1104 ha creado la Comisión Nacional de Bienes Incautados - Conabi, adscrita a la Presidencia del Consejo de Ministros que tiene las siguientes funciones:

1. Recibir, registrar, calificar, custodiar, asegurar, conservar, administrar, asignar en uso, disponer la venta o arrendamiento en subasta pública y efectuar todo acto de disposición legalmente permitido de los objetos, instrumentos, efectos y ganancias de delitos cometidos en agravio del Estado.

2. Organizar y administrar el Registro Nacional de Bienes Incautados - Renabi, que contiene la relación detallada de los bienes de delitos cometidos en agravio del Estado.

3. Solicitar y recibir de la autoridad policial, fiscal y judicial la información sobre los bienes incautados y decomisados, para proceder conforme a sus atribuciones.

4. Designar, cuando corresponda, administradores, interventores, depositarios o terceros especializados para la custodia y conservación de bienes de delitos cometidos en agravio del Estado.

5. Disponer, de manera provisoria o definitiva, de los bienes del delito incautados o decomisados, así como subastar y administrar los mismos.

6. Dictar las medidas que deberán cumplir las entidades del sector público para el correcto mantenimiento, conservación y custodia de los bienes.

7. Conducir, directa o indirectamente, cuando corresponda, las subastas públicas.

8. Disponer, al concluir el proceso o antes de su finalización y previa tasación, que los bienes sean asignados en uso al servicio oficial de las distintas entidades del Estado, así como de entidades privadas sin fines de lucro.

9. Disponer el destino de los recursos producto de las subastas públicas.

10. Suscribir los convenios de administración, con entidades públicas y privadas.

1. Facultad para destrucción de bienes peligrosos o dañinos

No todos los bienes pueden ser utilizados por los que se autoriza que sean destruidos o inutilizados por la policía o la autoridad competente aquellos que tengan las siguientes características:

- Sean peligrosos o dañinos para la seguridad pública.
- Hayan servido, sirvan o sean objeto para la comisión de ilícitos penales.
- Generen perjuicio a derechos de terceros.
- Sean nocivos a bienes jurídicos protegidos.

Para conservar el carácter probatorio del elemento o elementos destruidos o inutilizados, el fiscal levantará el acta de constatación respectiva, con los medios de prueba idóneos, pudiendo ser estos fílmicos o fotográficos, que podrá ingresar al proceso respectivo como prueba documental.

La policía excepcionalmente, en los casos de inminente peligro o daño irreparable podrá destruir o inutilizar los bienes dando cuenta inmediata al Ministerio Público, y levantando el acta respectiva.

XIII. Primer caso de demanda de pérdida de dominio

La prensa ha informado que el Poder Judicial admitió la primera demanda de pérdida de dominio de un inmueble, interpuesta por la Procuraduría Anticorrupción, en coordinación con la (Conabi) y en aplicación del Decreto Legislativo N° 1104. El Premier detalló que el inmueble ubicado en la cuadra 12 de la avenida Velasco Astete, en el distrito de Surco, fue incautado a Manuel Eduardo Gonzales Woll, quien adquirió la propiedad como testaferro de Vladimiro Montesinos Torres. Esta persona fue absuelta en el proceso penal por el delito de asociación ilícita para delinquir, ya que el Poder Judicial no le encontró indicios de participación en la red criminal encabezada por Montesinos Torres ni que se haya beneficiado económicamente por la transacción. Sin embargo, el Ministerio Público presentó, a solicitud de la Procuraduría Anticorrupción, la demanda de pérdida de dominio ante el Segundo Juzgado Penal Liquidador Transitorio, pues en el expediente se acreditó el origen ilícito del dinero con el que se financió la compra del bien.

La presidenta de la Conabi, María del Pilar Sosa San Miguel informó que el juzgado admitió la demanda y ya se inscribió en registros públicos la medida cautelar de no innovar, a efectos de prohibir cualquier transferencia sobre el

inmueble. Es el primer caso planteado por la Procuraduría Anticorrupción que es recogido por el Ministerio Público, con la presentación de la demanda respectiva, y recordó que, bajo el amparo de anteriores normas sobre la materia, la fiscalía no presentó ninguna demanda de pérdida de dominio.

Se estima que, si se declara la pérdida de dominio y se opta por la venta por subasta pública, el Estado obtendría un millón 900 mil dólares por el inmueble, que tiene un área de 1,190 metros cuadrados(431).

Como conclusiones tenemos que el artículo 70 de la Constitución del Estado protege el derecho de propiedad, sin embargo como todo derecho fundamental tiene límites; la Constitución tutela los bienes lícitamente adquiridos sin perjuicio de los bienes que de buena o mala fe se adquieren por prescripción, que son formas civiles, y validadas por el orden jurídico de adquisición de la propiedad; no se puede admitir que los bienes provenientes de delitos tan graves como tráfico de drogas, terrorismo, trata de personas, y otros, sean protegidos por la norma constitucional; y el Dec. Leg. N° 1104 es una herramienta importante y necesaria para golpear en la estructura patrimonial del crimen organizado, y no de los bienes del ciudadano común y corriente que cumple con la ley.

(431) Noticia extraída del portal <http://www.cronicaviva.com.pe>. Publicada el viernes 18 de enero de 2013.

ÍNDICE GENERAL

Índice general

PARTE V
LA PRUEBA

Capítulo I
Nociones generales sobre la prueba

I. Principios que rigen la prueba penal 9
1. Investigación oficial de la verdad 11
2. La libertad de prueba 11
3. Constitucionalidad de la prueba 11
4. Relevancia 11
5. Oralidad 11
6. Contradicción 11
7. Publicidad 12
8. Inmediación 12
9. Comunidad de la prueba 12
10. Libre valoración 12
11. Principio *in dubio pro reo* 12
12. La prueba y la presunción de inocencia 12
II. Finalidad de la prueba 14
III. Objeto de prueba 14
IV. Los hechos objetos de prueba 16
1. Lo que no es objeto de prueba 16

Capítulo II
Clasificación de la prueba

I. Medios de prueba 22
II. Momentos de la actividad probatoria 23
III. Introducción de la prueba en la etapa intermedia 23
IV. Acusación directa y admisión probatoria 24
V. El proceso inmediato y admisión probatoria 25
VI. Requisitos de los medios de prueba 25
VII. Convenciones probatorias 27
VIII. Solicitud de nueva prueba en juicio oral 28
IX. Prueba indiciaria 30
1. Prueba indiciaria sobre hechos internos 32
X. Prueba preconstituida 33
XI. Prueba prohibida 34
1. Regla de exclusión 35
2. Límites de las reglas de exclusión 36
3. Precedentes vinculantes: audiencia de tutela de derechos y exclusión de prueba prohibida 36
XII. Prueba diabólica 37
1. La prueba diabólica en la jurisprudencia constitucional 38
XIII. Contaminación de las fuentes de prueba 40

Capítulo III
Los medios de prueba

I. Declaración del imputado 43
1. Declaración en la diligencia preliminar 44
2. Desarrollo de la declaración 44
3. Declaración respecto de los cargos 45
4. Pluralidad de imputados 46
II. El imputado en el CPPMI 47
III. La confesión 50
1. Efecto de la confesión sincera 51
2. La jurisprudencia suprema y la confesión 51

IV. El testimonio 53
1. Obligaciones del testigo 54
2. Comparecencia del testigo 55
V. Abstención para rendir testimonio 56
VI. Contenido de la declaración del testigo 57
VII. Testimonio de altos dignatarios 58
VIII. Desarrollo del interrogatorio 60
1. Juramento y religión 61
2. Dirección del interrogatorio 64
IX. El agraviado 65
X. Testimonios especiales 66
XI. La revictimización 66
XII. La pericia 67
1. Designación de perito. Procedimiento 69
2. Objeto del peritaje 69
3. Impedimento 70
XIII. Perito de parte 71
XIV. El informe pericial 71
XV. El examen pericial 73
1. Reglas del examen 75
2. Normas de protección 76
XVI. El careo 76
XVII. La prueba documental 77
XVIII. El reconocimiento 79
1. Procedimiento 82
2. Pluralidad de personas que hace reconocimiento de una sola 84
3. Reconocimiento real 86
XIX. La inspección judicial 86
XX. La reconstrucción del delito 88
XXI. Pruebas especiales 88
1. La necropsia 89
2. Embalsamamiento 90
3. Envenenamiento 91

4. Lesiones 91
5. Agresión sexual 92
6. Examen en caso de aborto 92
7. Preexistencia y valorización 92
8. Informes técnicos oficiales especializados de la Contraloría 93

Capítulo IV
Búsqueda de pruebas y restricción de derechos

I. Presupuestos 95
II. Confirmación judicial 95
III. Impugnación 96
IV. El control de identidad policial 96
1. Derechos de la persona sujeta a control de identidad 98
2. Procedimiento 99
V. Controles policiales públicos en delitos graves 103
VI. La videovigilancia 106
VII. Las pesquisas 108
VIII. Los motivos y objeto de la inspección 108
IX. Retenciones 109
X. Registro de personas 109
XI. La intervención corporal 110
XII. Examen corporal de personas no imputadas 111
XIII. Prueba de alcoholemia 112
XIV. El allanamiento 113
1. Presupuestos para la solicitud del allanamiento 114
2. Contenido de la decisión judicial 116
3. Desarrollo de la diligencia 116
4. Acumulación de solicitudes 117
5. Límites al allanamiento en la jurisprudencia 117
XV. La exhibición forzosa y la incautación 119
1. Incautación probatoria 119
2. La exhibición e incautación de bienes 119
3. Ejecución y cadena de custodia 120
4. Devolución de bienes incautados y entrega de bienes sustraídos 124

5. Remate 125
6. La exhibición e incautación de actuaciones y documentos no privados 125
7. Copia de documentos incautados 126
XVI. La interceptación e incautación postal 127
1. Ejecución 128
2. Reexamen judicial 128
XVII. La intervención de comunicaciones y telecomunicaciones 129
1. Legislación nacional 131
2. Procedimiento en el NCPP 132
3. Registro 134
4. Obligación de información al afectado 134
5. Protocolo de actuación conjunta referido a la interceptación de comunicaciones 134
XVIII. El aseguramiento e incautación de documentos privados 138
1. Procedimiento de incautación 138
2. Aseguramiento e incautación de documentos contables y administrativos 139
XIX. El levantamiento del secreto bancario 139
XX. Levantamiento de la reserva tributaria 140
XXI. La clausura o vigilancia de locales e inmovilización 140
1. Resolución judicial 141
2. Ejecución 141
3. Ejecución sin orden judicial 141

Capítulo V
Prueba anticipada

I. Testimonial y examen de perito 144
II. Careo 145
III. Requisitos de admisibilidad 145
IV. Trámite 145
V. Audiencia de prueba anticipada 146
VI. Las medidas de protección 147
VII. Medidas adicionales 148

Capítulo VI
Actos especiales de investigación. La entrega vigilada y el agente encubierto

I. Antecedentes 151
II. Circulación y entrega vigilada de bienes delictivos en el NCPP .. 153
1. Objeto material 156
III. El agente encubierto 157
IV. El agente encubierto y la legitimidad constitucional de su intervención 160
V. El agente encubierto en el NCPP 162
1. Requisitos de la disposición fiscal 164
2. Recolección de la información 165
VI. Afectación de derechos fundamentales por el agente encubierto .. 166
VII. Conclusión del procedimiento 167

PARTE VI
LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA

Capítulo I
La investigación preparatoria

I. El procedimiento preparatorio 171
1. Fines de la fase preparatoria 172
2. Órganos de apoyo al Ministerio Público 174
3. Dirección de la investigación 177
4. Función del juez de la investigación preparatoria 177
5. Reserva de la investigación 178
6. Secreto de la investigación 180
7. Responsabilidad disciplinaria por divulgación de información no autorizada 180
8. Naturaleza de los actos de investigación 180

Capítulo II
Los actos iniciales de la investigación

I. La denuncia 183
1. Contenido y forma de la denuncia 185
2. Actos iniciales de la investigación 186
II. Diligencias preliminares 186
1. Finalidad 186
2. Finalidad inmediata 186
3. Plazo 187
4. Plazo máximo de las diligencias preliminares en la doctrina jurisprudencial 188
5. Actuación policial 189
6. El informe policial 190
7. Relaciones de la policía con el Ministerio Público 190

Capítulo III
Calificación de la denuncia

I. Actuación del Ministerio Público 193
II. *Ne bis in idem* y archivo de investigacion fiscal 193
1. Prohibición de nueva denuncia 194
III. Formalización de la investigación preparatoria 198
1. Efectos de la formalización de la investigación 199
IV. Antecedente de la acusacion directa 202
V. Acusacion directa en el NCPP 205
1. Control de acusación directa 206
2. Disposición de formalización y acusación directa 206
3. Acusación directa y medidas de coerción 206
VI. Diligencias de la investigación preparatoria 206
1. Facultades del fiscal 207
2. Condiciones de las actuaciones de investigación 207
3. Conclusión de la investigación preparatoria 208
4. Control del plazo 209

PARTE VII
LA ETAPA INTERMEDIA

Capítulo I
El sobreseimiento

I. El sobreseimiento 216
1. Trámite del control del requerimiento de sobreseimiento .. 218
2. Pronunciamiento del juez 218
3. Auto de sobreseimiento 219
II. Clases de sobreseimiento 219
1. Sobreseimiento total 219
2. Sobreseimiento parcial..... 220
III. Formalidades 221
IV. Impugnación..... 221
V. Facultad de apelación de la parte civil en el Código de Procedimientos Penales de 1940 222
VI. Jurisprudencia de la Corte Suprema y la posibilidad de cuestionar el sobreseimiento..... 223

Capítulo II
La acusación

I. La teoría del caso del Ministerio Público..... 225
II. Funciones de la teoría del caso..... 226
III. Naturaleza de la acusación 227
IV. Trámite de acusación..... 229
V. Propuesta de convenciones probatorias 230
VI. Inobservancia del plazo legal para formular acusación fiscal y caducidad..... 231
VII. Control formal en el NCPP 231
VIII. Control sustancial en el NCPP 232
IX. Orden en el control de la acusación 233
X. El juez de control de acusación y el juez de juicio oral 233
XI. Audiencia preliminar..... 234
1. Intervención de las partes 234

2. Decisiones que se pueden adoptar en la audiencia 234
XII. Auto de enjuiciamiento 236
XIII. El auto de citación a juicio 238

PARTE VIII
EL JUZGAMIENTO

Capítulo I
Nociones generales

I. Enfoque en el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica 243
II. El juicio oral en el sistema procesal peruano 244
1. Desarrollo de las audiencias 250
2. Causales de suspensión de la audiencia 252
3. Oralidad y registro 254
4. Incidentes 254
5. Dirección del juicio 255
6. Poder disciplinario y discrecional 256
7. Control de las partes por los fiscales o jueces 258
III. Delito en el juicio 260
IV. Auxiliar jurisdiccional y gestión del juicio 260

Capítulo II
Instalación de la audiencia

I. Inicio del juicio 263
1. Apertura del juicio y posición de las partes 266
II. Conclusión anticipada del juicio 267
1. Antecedentes 267
2. Votación de cuestiones de hecho en la conclusión anticipada 271
III. Alcances de la conclusión anticipada 275
1. La conformidad 275
2. Oportunidad procesal del acusado para acogerse a la conformidad 276
3. La conformidad parcial 276

4. Convocatoria como testigo del imputado conformado 277
5. Alcance de los efectos vinculantes de la conformidad del acusado 277
6. Medición de la pena en relación con la conformidad y la confesión 277
7. Conformidad y el objeto civil 279
IV. Conclusión anticipada del juicio en el NCPP 280
1. Pluralidad de agentes 281
2. Absolución 281
V. Alegato de apertura 282
1. Requisitos del alegato 283
2. Requisitos del orador 283
3. Regulación normativa del alegato de apertura según el NCPP 284
4. ¿Qué no es un alegato de apertura? 284

Capítulo III
Modificación de calificación jurídica de los hechos

I. La determinación alternativa o desvinculación procesal 287
1. Antecedentes 287
2. El *in dubio pro reo* y la determinación alternativa 287
3. Determinación judicial de la pena y la determinación alternativa 289
3.1. ¿Principio o excepción? 289
4. La determinación alternativa y la jurisprudencia constitucional 290
5. Doctrina jurisprudencial y jurisprudencia vinculante 293
6. Precedentes vinculantes respecto de la determinación alternativa 301
6.1. Desvinculación procesal y el artículo 285-A del Código de Procedimientos Penales 301
II. Desvinculación procesal en el NCPP 308
III. Acusación complementaria 309

Capítulo IV
La actividad probatoria

I. El debate probatorio 312
II. El acusado 313
III. Examen de testigos y peritos 315
1. Reglas comunes 315
2. Examen de testigo 316
3. Examen de perito 319
IV. Prueba material 320
V. Actuación de prueba documental 321
VI. Trámite de la oralización 323
VII. Debate probatorio de prueba documental 323
VIII. Prueba de oficio 324

Capítulo V
Los alegatos finales

I. Alegato del fiscal 330
II. Alegato del actor civil 331
III. Alegato del tercero civil 332
IV. Alegato de la defensa 332
V. Autodefensa del acusado 333

Capítulo VI
Deliberación y sentencia

I. La deliberación y la sentencia 339
II. Reglas para deliberación y votación 339
III. Valoración de la prueba 341
1. Prueba legal 341
2. Íntima convicción 342
3. Valoración crítica de los elementos de prueba 342
4. Valoración de prueba indiciaria 344
5. Defectos en valoración de prueba indiciaria en la jurisprudencia constitucional 348

Capítulo VII
Valoración de testimoniales

I. Testimonios de referencia 353
II. Retractación de los testigos 353
III. Valoración de declaración de coimputado 360
IV. Valoración de la declaración del agraviado 362
V. Valoración de las pericias 364
VI. Apreciación de la prueba en los delitos contra la libertad sexual en el Acuerdo Plenario N° 1-2011/CJ-116 366
1. Acogimiento de propuestas de la comunidad jurídica 366
2. La perspectiva de género 367
3. Elementos de la perspectiva de género 369
4. Aspectos generales sobre los delitos contra la libertad sexual 369
4.1. Identificación de los problemas objeto de análisis jurisprudencial 370
5. Primer tema: irrelevancia de la resistencia de la víctima de agresión sexual 370
6. Segundo tema: declaración de la víctima 371
6.1. Valor de declaraciones no uniformes 371
6.2. La retractación 372
6.3. La presión familiar 373
6.4. Validez de la retractación 373
6.5. Comportamiento sexual de la víctima 374
6.6. Consentimiento 375
7. Tercer tema: la prueba en el Derecho Penal sexual 375
7.1. Relevancia 376
7.2. La prueba médico forense 377
7.3. Pertinencia y derecho a la intimidad de la víctima 377
7.4. Justificación para la indagación en la vida íntima de la víctima 377
8. Cuarto tema: evitación de la estigmatización secundaria 378
8.1. Declaración de la víctima y prueba anticipada 379
8.2. Declaración de la víctima en juicio 380
9. Conclusiones del examen del Acuerdo Plenario 381

Capítulo VIII
Resultado de la valoración de pruebas

I. Insuficiencia de pruebas y duda razonable 384

Capítulo IX
La sentencia penal

I. Requisitos de la sentencia 387
II. La motivación en la jurisprudencia constitucional 389
III. Manifestaciones de violación a la debida motivación 390
IV. Test para el control constitucional de las resoluciones judiciales 392
V. Redacción de la sentencia 393
VI. Lectura de la sentencia 393
VII. Congruencia 400
VIII. Vinculación del juez al principio de legalidad 402
IX. Excepciones al principio de legalidad 403
X. Sentencia absolutoria 404
XI. Sentencia condenatoria 405
1. Cambios en la calificación de autor a cómplice en la sentencia de condena según la STC Exp. N° 00349-2013-PHC/TC .. 406
2. Consideraciones de la sentencia 407
3. Vinculación del juez al principio de legalidad 411
XII. Efectos colaterales de la sentencia de condena 413
XIII. Recurso de apelación 413
XIV. Efectos de la sentencia 414

PARTE IX
LAS MEDIDAS DE COERCIÓN PROCESAL

Capítulo I
Naturaleza y alcances

I. Caracteres en el NCPP 420
II. Trámitación 421

III. Legitimidad 422
IV. Impugnación..... 422

Capítulo II
Medidas de coerción personal

I. La detención policial 423
1. La flagrancia en el NCPP..... 424
II. Arresto ciudadano 430
III. Detención preliminar judicial..... 434
1. Ejecución de la orden judicial..... 436
IV. Deberes de la policía durante la detención..... 438
1. Derecho comparado y detención 441
2. Deberes de los funcionarios durante la ejecución de la detención por mandato judicial..... 442
3. Plazo de detención 443
V. Detención preliminar incomunicada 445
1. Antecedentes..... 445
2. Incomunicación y Corte Interamericana..... 452
VI. La detención incomunicada en Perú 454
1. Antecedentes legales..... 454
2. Incomunicación en prisión preventiva..... 455
VII. La convalidación 457
1. Antecedentes en la legislación nacional 459
VIII. Convalidación en el NCPP..... 461
1. Presupuestos materiales 461
2. Audiencia de convalidación..... 461

Capítulo III
La prisión preventiva

I. Antecedentes 463
II. Aspectos doctrinales..... 472
III. En el Derecho comparado 473
1. En el Derecho colombiano..... 473

2. Prisión preventiva en Costa Rica 477
3. En el sistema procesal penal chileno 482
4. España y la prisión provisional 488
5. Alemania 491
6. El arresto en el procedimiento penal de Puerto Rico. Un acercamiento al modelo anglosajón 492
IV. En el Código de Procedimientos Penales 506
V. La prisión preventiva en el Código Procesal Penal de 1991 507

Capítulo IV
La prisión preventiva en el NCPP

I. Fines 509
II. Presupuestos 512
1. Prognosis de pena 512
2. *Periculum in mora* 512
3. Riesgo de fuga 514
4. Peligro de obstaculización 519
5. Pertenencia a organización criminal 520
III. Audiencia de prisión preventiva 523
IV. Duración de la prisión preventiva 525
V. Prolongación de la prisión preventiva 530
VI. Cómputo del plazo de prisión preventiva 535
VII. Revocatoria 537
VIII. Impugnación de la prisión preventiva 537
IX. Variación de la medida cautelar 538

Capítulo V
Medidas cautelares restrictivas

I. La comparecencia 543
1. Comparecencia simple 545
2. La comparecencia restrictiva 546
2.1. Restricciones 547
2.2. Caución 549

II. Arresto domiciliario 550
1. Generalidades 550
2. Jurisprudencia constitucional y arresto domiciliario 552
III. La internación preventiva 554
1. Antecedentes 554
2. En el NCPP 558
IV. El impedimento de salida 559
1. Definición 559
V. La suspensión preventiva de derechos 560
1. Concepto y alcances 560

Capítulo VI
El embargo

I. En el Derecho comparado 563
II. Concepto 564
1. Ejecución del embargo 566
2. Variación y alzamiento de la medida de embargo 567
3. Sentencia firme y embargo 567
4. Desafectación y tercería 568
III. Tercería 568
1. Suspensión de la medida cautelar sin tercería 569
IV. Inhibición 570
1. Noción 570
V. Desalojo preventivo 570
1. Definición 570
VI. Medidas cautelares contra personas jurídicas 572
1. Supuestos de procedencia 572
VII. Medidas anticipadas 572
1. Pensión anticipada de alimentos 573
VIII. Bienes incautados 574
1. Incautación y comiso 574
2. Los presupuestos para la incautación en los Acuerdos Plenarios 580
3. Registro de bienes incautados 581

4. Trámite 581
5. Omisión de confirmación judicial 582
6. Intervención judicial 582
7. Variación y reexamen de la incautación 584
8. Pérdida de eficacia de la incautación 584

PARTE X
LOS PROCESOS ESPECIALES

Capítulo I
El proceso inmediato

I. Naturaleza 589
II. Supuestos de aplicación 593
III. Procedimiento para requerir proceso inmediato 594
1. Juez competente para el control de acusación en proceso inmediato 594
2. Cuando hay pluralidad de agentes 594
3. Petición fiscal 595
4. Decisión sobre la petición 595

Capítulo II
El proceso por razón de la función pública

I. Cuestiones generales 597
1. Definición de funcionario público 597
II. El proceso por delitos de función atribuidos a altos funcionarios públicos 599
1. Disposiciones aplicables 599
2. Reglas específicas para la incoación del proceso penal 600
3. Ampliación del objeto de la investigación 601
4. Decisiones finales 602
5. Plazos y prescripción 602
6. Conversión del procedimiento común y acumulación 604
7. Pluralidad de imputados con privilegios y sin privilegios de la inmunidad 604

Capítulo III
Proceso por delitos comunes atribuidos a congresistas y otros altos funcionarios

I. Caracteres 605
1. En caso de flagrancia 605
2. Procedimiento 605
II. El proceso por delitos de función atribuidos a otros funcionarios públicos 606
1. Fuero para los fiscales provinciales y jueces especializados y otros de menor jerarquía 607

Capítulo IV
El proceso de seguridad

I. Naturaleza 609
1. Instauración del proceso de seguridad 611
2. Reglas aplicables 612
II. Transformación al proceso común 613
1. Jurisprudencia 613
2. Análisis de los jueces supremos 615
3. Materia de examen casacional 616
4. Diferencias del proceso común y el proceso de seguridad según la Casación N° 16-2009 617

Capítulo V
Proceso por delito de ejercicio privado de la acción penal

I. La querella en el nuevo proceso penal 621
1. Planteamiento 621
2. La acción 621
II. Acto postulatorio en la persecución privada 623
III. Facultades del querellante particular 625
1. Desistimiento 627
2. Control de admisibilidad 627

3. Investigación preliminar 627
IV. El juicio 628
V. Medidas de coerción personal 629
VI. Muerte o incapacidad del querellante 630
VII. Medios impugnatorios 630
VIII. Publicidad 631
IX. Extinción de la acción penal en los delitos de persecución privada 631
1. La transacción 632
1.1. La formalidad de la transacción 632
1.2. Homologación de la transacción 632
1.3. Acto jurídico posterior a la sentencia 633
2. Desistimiento 633
X. Extinción de la pena 634
XI. Las costas 634

Capítulo VI
El proceso de terminación anticipada

I. Antecedentes 637
1. En el Derecho anglosajón 637
2. Base fáctica para la declaración de culpabilidad o *nolo contendere* 643
3. El *plea bargaining* desde la jurisprudencia de la Corte Suprema 644
4. Las reglas del procedimiento criminal de Puerto Rico 645
5. Costa Rica 648
6. El modelo italiano 651
7. El sistema colombiano 653
II. La terminación anticipada. Naturaleza jurídica 653
1. Antecedentes normativos en la legislación peruana 655
2. Terminación anticipada en TID según la Ley Nº 26320 655
3. La conclusión anticipada en delitos aduaneros 656
III. La terminación anticipada en el NCPP 657
1. Las etapas de la terminación anticipada 660

2. La emisión de la decisión resolutoria correspondiente: auto desaprobatorio del acuerdo o sentencia anticipada 662
3. Control de legalidad de los acuerdos arribados por el fiscal y el imputado 663
IV. Razonabilidad de la pena y reparación civil 663
V. Sentencia de terminación anticipada y sentencia de juicio oral. Diferencias 664
VI. La sentencia 665
VII. Recursos en el proceso especial de terminación anticipada 666
VIII. Pluralidad de hechos punibles e imputados 668
IX. Beneficios en el proceso especial de terminación anticipada ... 670
X. Proceso de terminación anticipada y etapa intermedia del proceso común 671
1. Etapa intermedia y oportunidad de la terminación anticipada 672

Capítulo VII
Proceso por colaboración eficaz

I. Generalidades 675
II. Derecho premial en el Derecho comparado 676
III. Antecedentes legislativos 677
IV. Perspectiva desde el Tribunal Constitucional 679
V. El proceso de colaboración en el NCPP 681
1. Delitos que pueden ser sometidos a colaboración eficaz 682
2. Calidad de la información 683
3. Beneficios obtenidos 683
4. Diligencias previas al acuerdo 684
5. Situación del colaborador 685
6. Acta de colaboración eficaz 685
7. Denegatoria de la solicitud de colaboración 686
VI. Efectos de la información del colaborador 686
1. Colaboración durante el proceso contradictorio 687
2. Audiencia 687
3. Resolución de impugnación 687

VII. Sentencia aprobatoria 687
VIII. Colaboración durante las otras etapas del proceso 688
1. Colaborador sentenciado 688
2. Jurisprudencia constitucional 688
IX. Condiciones, obligaciones y control del beneficiado 690
X. Revocación de los beneficios 691
1. Revocación de exención de la pena 692
2. Revocación de la disminución de la pena 692
3. Revocación de la remisión de la pena 693
XI. Mérito de la información y de lo obtenido cuando se rechaza el acuerdo 693

Capítulo VIII
El proceso por faltas

I. Conceptos 695
II. La faltas en la jurisprudencia vinculante. Prescripción extraordinaria y la reincidencia en faltas 696
III. Reincidencia y modificación de la pena en faltas 697
1. El concurso real de faltas 697
IV. Competencia 699
1. Incoación 699
2. Audiencia 700
3. Desarrollo 700
V. Medidas de coerción 701
VI. Impugnación 701
VII. Desistimiento 702

Capítulo IX
Proceso especial de pérdida de dominio

I. Antecedentes legislativos 703
1. Debate parlamentario y el intento de derogatoria del Dec. Leg. N° 992 704

II. Proceso especial sobre pérdida de dominio según el Dec. Leg. N° 1104 708
1. Generalidades 708
2. Objeto, concepto y ámbito de aplicación 709
3. Límites de la pérdida de dominio 709
III. Supuestos de procedencia de la pérdida de dominio 710
IV. Los bienes que pueden ser afectados 711
1. Deber de información 712
V. Naturaleza del proceso 713
1. Garantías del debido proceso 713
2. Competencia 714
VI. Investigación por la fiscalía 715
1. Medidas cautelares 715
2. Trámite 716
VII. Del proceso 717
1. Investigación preliminar realizada por el Ministerio Público 717
2. Actuación judicial 718
VIII. Medios de defensa 720
1. Nulidades 720
2. Excepciones 721
IX. Los terceros 721
X. La sentencia y sus efectos 722
XI. Subasta pública 722
XII. La Conabi 723
1. Facultad para destrucción de bienes peligrosos o dañinos 724
XIII. Primer caso de demanda de pérdida de dominio 724

Índice general 727