



MANUAL DE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA DEL PROCESO PENAL COMÚN

**CONFORME A LAS PREVISIONES DEL
NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL,
DECRETO LEGISLATIVO N° 957**

Mario Pablo Rodríguez Hurtado

Ángel Fernando Ugaz Zegarra

Lorena Mariana Gamero Calero

Horst Schönbohm

MANUAL DE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA DEL PROCESO PENAL COMÚN

**CONFORME A LAS PREVISIONES
DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL,
DECRETO LEGISLATIVO N° 957**

Mario Pablo Rodríguez Hurtado

Angel Fernando Ugaz Zegarra

Lorena Mariana Gamero Calero

Horst Schönbohm

MANUAL DE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA DEL PROCESO PENAL COMÚN

Conforme a las Previsiones del Nuevo Código Procesal Penal – Decreto Legislativo No. 957

Derechos Reservados. Prohibida la reproducción total o parcial de este libro por cualquier medio, sin permiso expreso y por escrito de los Editores.

Los autores son responsables de la selección y presentación de los hechos contenidos en este libro, así como de las opiniones expresadas.

Elaboración de Contenidos :

Mario Pablo Rodríguez Hurtado
Angel Fernando Ugaz Zegarra
Lorena Mariana Gamero Calero
Horst Schönbohm

Colaboración de :

Rafael Arnold Vega Llapapasca
Carlos Enrique Ibarra Espíritu
Ivonne Myriam Dymovich Rojas
Juan Antonio Rosas Castañeda
María del Carmen Arango Yamashiro
Cecilia Madrid
Carlos Reinerio Tamani Rafael
Natasha Karenina Gutiérrez Arroyo

Corrección y Estilo

Annie Ordóñez

Supervisión y Revisión :

William Ramírez – Asesor Principal
Proyecto Justicia – AMBERO-GIZ

Responsable de la contribución de GIZ :

Hartmut Paulsen – Director del Programa Buen Gobierno y Reforma del Estado

Tiraje :

1,000 ejemplares – Segunda Edición – Tercera reimpresión – Noviembre del 2012

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú :

No. 2012-13283

Impreso por :

Ediciones Nova Print S.A.C.
Avda. Ignacio Merino No. 1546 – Lince – Lima 014 – Perú
RUC No. 20505473885

Edición y Revisión de Contenidos :

© AMBERO Consulting Gesellschaft mbH
© Cooperación Alemana al Desarrollo Internacional – GIZ
Por encargo del Ministerio Federal de Cooperación Económica y Desarrollo – BMZ
Programa : Buen Gobierno y Reforma del Estado
Proyecto : Apoyo a la Consolidación de la Reforma del Sistema Procesal Penal y de la Administración de la Justicia en el Perú
Pasaje Bernardo Alcedo No. 150 – Piso 5 – El Olivar – San Isidro – Lima 027 – Perú
Teléfono : +51(1) 421-1333, anexo 448
Página Web : www.giz-gobernabilidad.org.pe

CONTENIDO

ABREVIATURAS	11
PRÓLOGO	12
INTRODUCCIÓN	13
A. MANUAL DE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA DEL PROCESO PENAL COMÚN	17
I. CRISIS DEL SISTEMA PROCESAL PENAL	17
1.1. La situación de crisis crónica del servicio de justicia penal	17
1.2. Manifestaciones de la crisis de la justicia penal	18
1.2.1. Los pecados del Legislativo	18
1.2.2. La debilidad de los magistrados	18
1.2.3. La equivocada política de selección e impronta de la provisionalidad	19
1.2.4. La deslegitimación del proceso y el incremento de la acción directa	19
II. LOS VIEJOS ESTILOS DE INVESTIGACIÓN DEL DELITO. INEFICACIA Y ARBITRARIEDAD EN LA PESQUISA	20
2.1. Policía Nacional del Perú	20
2.1.1. En la investigación policial	20
2.1.2. La realización de determinadas actuaciones y pericias	21
2.1.3. Serias dificultades de la policía en el cumplimiento de su labor por falta de logística, infraestructura y personal	22
2.2. Poder Judicial	22
2.3. Sugerencias	22
2.4. Arbitrariedad en la pesquisa	24
III. LA RESPUESTA REFORMISTA A LA CRISIS. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL PROCESO PENAL EN EL MARCO DE LA GLOBALIZACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS	26
3.1. La crisis del proceso penal	26
3.2. La constitucionalización del proceso penal en el marco de la globalización y de los derechos humanos	27
3.3. Proceso penal, globalización y derechos humanos	27

IV. LA REFORMA EN EL PERÚ	28
4.1. El código procesal penal del 2004 (NCP) como expresión normativa del movimiento de reforma	28
4.2. Antecedentes	29
4.3. Características del nuevo modelo procesal penal	29
4.4. Expectativas y posibilidades de cambio, las responsabilidades de los operadores del servicio en la marcha y consolidación del modelo acusatorio, garantizador y de tendencia adversativa	31
4.5. Consideraciones finales a esta parte	32
V. LA ESTRUCTURA DEL NUEVO SISTEMA. UNIFICACIÓN DE LA VÍA PROCESAL	32
VI. EL PROCESO COMÚN Y SUS TRES ETAPAS. SECUENCIA	33
6.1. Investigación preparatoria	33
6.2. Etapa intermedia	35
6.3. Juicio público y oral	36
VII. LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA	37
VIII. FINALIDAD Y SECUENCIA DE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA	38
8.1. Finalidad de la investigación preparatoria	38
8.2. Secuencia de la investigación preparatoria	39
IX. EL PAPEL DEL MINISTERIO PÚBLICO EN LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA. ACTUACIÓN ESTRATÉGICA DE LOS FISCALES	40
X. LA CONSTRUCCIÓN DE LA TEORÍA DEL CASO	41
10.1. Tener un conocimiento claro e íntegro de todos hechos que componen el caso	42
10.2. Construir un relato de hechos	42
10.3. Determinar la teoría del delito a aplicar	42
10.4. Concebir diversas proposiciones reales del caso	43
10.5. Recopilar evidencias que seleccionadas que acrediten el caso en el juicio oral	43
10.6. Establecer el orden de presentación de la prueba	44
10.7. Detectar las debilidades del caso	44
10.8. Sintetizar la teoría del caso en una frase o título	44
XI. LA DIRECCIÓN FISCAL DE LAS ACTUACIONES POLICIALES	44
XII. EL TRATAMIENTO DE LA NOTICIA CRIMINAL	46
XIII. UBICACIÓN Y PRESERVACIÓN DE FUENTES DE PRUEBA	47

XIV. DILIGENCIAS PRELIMINARES DE INVESTIGACIÓN	48
XV. EL MANEJO DE LA ESCENA DEL CRIMEN	49
XVI. LOS CUIDADOS CON LA CADENA DE CUSTODIA DE LA EVIDENCIA.	50
XVII. LOS ACTOS ESPECIALES DE LA INVESTIGACIÓN: CIRCULACIÓN Y ENTREGA VIGILADA DE BIENES DELICTIVOS Y ACTIVIDAD DEL AGENTE ENCUBIERTO	50
17.1. Circulación y entrega vigilada de bienes delictivos	50
17.2. Actividad del agente encubierto	53
XVIII. CALIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA DISPOSICIONES FISCALES DE ARCHIVO O PROCEDENCIA	54
18.1. El hecho denunciado no constituye delito	54
1)Faz negativa de la tipicidad	55
2)Faz negativa de la antijuridicidad	56
3)Faz negativa de la culpabilidad	56
18.2. El hecho denunciado no es justiciable penalmente	56
18.3. Presencia de causas de extinción de la acción previstas en la ley	56
18.4. Disposición fiscal cuando faltare identificar al autor o partícipe del delito o se haya omitido una condición de procedibilidad que depende del denunciante	56
18.5. Disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria	57
XIX. PROMOCIÓN DE LA SIMPLIFICACIÓN PROCESAL. APLICACIÓN DE LOS CRITERIOS DE OPORTUNIDAD Y ACUERDOS REPARATORIOS (ARTÍCULO 2º)	58
19.1. Promoción de la simplificación procesal	58
19.2. Aplicación de los criterios de oportunidad	58
19.3. Acuerdos reparatorios	60
XX. EL REQUERIMIENTO DE INCOACIÓN DEL PROCESO INMEDIATO	61
XXI. PLANTEAMIENTO DE LA ACUSACIÓN DIRECTA	63
XXII. LA TERMINACIÓN ANTICIPADA	64
XXIII. EL RÉGIMEN DE LAS AUDIENCIAS EN LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA ASUNTOS INCIDENTALES Y DE TUTELA	65
XXIV. EL ROL DEL IMPUTADO Y DEL DEFENSOR TÉCNICO EN LA INVESTIGACIÓN	72

24.1. Contenido de la garantía	73
24.2. Formas de ejercer la defensa procesal	74
24.3. La garantía de la defensa procesal es irrenunciable	75
24.4. La defensa procesal tiene que ser eficaz	76
XXV. EL ROL DEL JUEZ DE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA O JUEZ DE TUTELA, GARANTÍAS Y LIBERTADES	77
XXVI. MEDIDAS RESTRICTIVAS DE DERECHOS	78
XXVII. MEDIDAS DE COERCIÓN PROCESAL	87
XXVIII. LA DETENCIÓN POLICIAL Y EL ARRESTO CIUDADANO	91
XXIX. DETENCIÓN PRELIMINAR JUDICIAL	92
XXX. PRISIÓN PREVENTIVA	93
XXXI. LA COMPARCENCIA SIMPLE Y RESTRICTIVA	96
XXXII. INTERNACIÓN PREVENTIVA	98
XXXIII. MEDIDAS DE SUSPENSIÓN PREVENTIVA DE DERECHOS	99
XXXIV. MEDIDAS DE COERCIÓN REAL	101
34.1. El embargo	101
34.2. Otras medidas reales	103
34.3. La incautación: medida asegurativa real y probatoria	103
XXXV. PLAZO Y CONCLUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN	105
XXXVI. INTERROGANTES Y CASOS CORTOS PARA RESOLVER Y SIMULAR AUDIENCIAS SEGÚN LAS PREVISIONES DEL NCPP	107
36.1. Anotaciones previas	107
36.2. Interrogantes y casos	109
BIBLIOGRAFÍA	120

B. ACUERDOS PLENARIOS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA EN MATERIAL PROCESAL PENAL

PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - AÑO 2005

ACUERDO PLENARIO N° 2-2005/CJ-116

ASUNTO: Requisitos de la sindicación del coacusado, testigo o agraviado.

124

PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - AÑO 2006

ACUERDO PLENARIO N° 5-2006/CJ-116

ASUNTO: Declaración de contumacia en la etapa de Enjuiciamiento.

Presupuestos materiales.

128

ACUERDO PLENARIO N° 7-2006/CJ-116

ASUNTO: Cuestión previa e identificación del imputado.

135

PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - AÑO 2007

ACUERDO PLENARIO N° 2-2007/CJ-116

ASUNTO: Valor probatorio de la pericia no ratificada.

139

ACUERDO PLENARIO N° 3-2007/CJ-116

ASUNTO: Pérdida de imparcialidad y proceso de habeas corpus o de amparo.

143

ACUERDO PLENARIO N° 4-2007/CJ-116

ASUNTO: Desvinculación procesal. Alcances del artículo 285°-A del Código de Procedimientos Penales.

147

ACUERDO PLENARIO N° 5-2007/CJ-116

ASUNTO: La ***non reformatio in peius*** y modificación de otras circunstancias siempre que no se modifique la pena (artículo 300° CPP)

153

IV PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE, TRANSITORIAS Y ESPECIAL

ACUERDO PLENARIO N° 5-2008/CJ-116

ASUNTO: Nuevos alcances de la conclusión anticipada

158

V PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIAS

ACUERDO PLENARIO N° 5-2009/CJ-116	
ASUNTO: Requisitos de la sindicación del coacusado, testigo o agraviado.	177
ACUERDO PLENARIO N° 6-2009/CJ-116	
ASUNTO: Control de la acusación fiscal	186
ACUERDO PLENARIO N° 10-2009/CJ-116	
ASUNTO: Ejecución de la pena de inhabilitación y recurso impugnatorio	193

VI PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIAS

ACUERDO PLENARIO N° 4-2010/CJ-116	
ASUNTO: Audiencia de tutela	198
ACUERDO PLENARIO N° 5-2010/CJ-116	
ASUNTO: Incautación	206
ACUERDO PLENARIO N° 6-2010/CJ-116	
ASUNTO: Acusación directa y proceso inmediato.	213

VII PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIA

ACUERDO PLENARIO N° 1-2011/CJ-116	
ASUNTO: APRECIACIÓN DE LA PRUEBA EN LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL	222
ACUERDO PLENARIO N° 5-2011/CJ-116	
ASUNTO: Constitución del actor civil: requisitos, oportunidad y forma.	236
ACUERDO PLENARIO N° 6-2011/CJ-116	
ASUNTO: Motivación escrita de las resoluciones judiciales y el principio de oralidad: necesidad y forma.	243

I PLENO JURISDICCIONAL EXTRAORDINARIO DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIA

ACUERDO PLENARIO N° 2-2012/CJ-116	
ASUNTO: Audiencia de tutela e imputación suficiente	252
ACUERDO PLENARIO N° 3-2012/CJ-116	
ASUNTO: Sobre la necesidad de reevaluar la suspensión de la prescripción dispuesta en el artículo 339º.1 del Código Procesal penal 2004.	257

ABREVIATURAS

art., Arts.:	artículo, artículos
coord./s:	coordinador /es
cfr.:	cónfer
CP:	Código Penal
CPP:	Código Procesal Penal
D. Leg.:	Decreto Legislativo
Dir.:	Director
DP.:	Derecho Penal
ed.:	edición
ed., eds.:	editor, editores
Ej.:	Ejecutoria
etc.:	Etcétera
fasc.:	fascículo
fj.:	fundamento jurídico inc.,
incs.:	inciso, incisos
Nº:	Número p./pp.:
Página /s par.:	parágrafo
PE:	Parte Especial
PG:	Parte General
R.N.:	Recurso de Nulidad
S.P.T.:	Sala Penal Transitoria
Supr.:	Suprema
T.:	tomo
T.P.:	Título Preliminar
Tít.:	título
trad.:	traducción
v.gr.:	verbigracia
vid.:	vea
v.:	Volumen

PRÓLOGO

El Proyecto Justicia de la Cooperación Alemana al Desarrollo Internacional – GIZ, ejecutado por la empresa AMBERO Consulting Gesellschaft mbH, en coordinación con la Secretaría Técnica del Equipo Técnico de Implementación de Nuevo Código Procesal Penal del Poder Judicial, con la finalidad de contribuir en el proceso de formación y capacitación de los profesionales del Derecho así como estudiantes de las diferentes universidades del país, ha decidido reimprimir por cuarta vez el libro Manual de la Investigación Preparatoria del Proceso Común.

Los autores de esta reimpresión han contribuido a mejorar el mismo y, por ello, se ha añadido a la versión original un anexo de casos prácticos para que sirvan de orientación en el análisis y aplicación de la legislación procesal.

También se ha añadido los Acuerdos Plenarios de la Corte Suprema de Justicia desde el año 2005 hasta el presente año, solo referidos a temas de Derecho Procesal Penal vinculados al Nuevo Código Procesal Penal que constituyen documentos de importancia para la interpretación y aplicación de las normas del código.

Es importante resaltar la labor de los Equipos Técnicos de Implementación del Nuevo Código Procesal Penal de las instituciones del sector justicia y de la Academia de la Magistratura por la labor realizada hasta la fecha, en especial al equipo del Poder Judicial.

Agradecemos a los autores por colaborar con los esfuerzos para consolidar el proceso de implementación del Nuevo Código Procesal Penal a través de esta publicación, así como a Carlos Tamani Rafael y Natasha Gutiérrez Arroyo quienes colaboraron en la sistematización de los Acuerdos Plenarios.

Proyecto Justicia
Ambero-GIZ

INTRODUCCIÓN

En la labor de modernización de la justicia penal peruana y en la búsqueda de un sistema de justicia que se ajuste a las exigencias de un Estado constitucional de Derecho, nuestro país se ha embarcado en la tarea de reformar el proceso penal, la cual tuvo intentos fallidos de inicio, desde la elaboración del Código Procesal Penal de 1991 (vigente en parte, pero mínimamente), pasando por el frustrado Código Procesal Penal de 1995, e intentos académicos posteriores como el Proyecto Huanchaco, bajo la dirección del Dr. Mixán Mass. El inicio real de la reforma, con todas las dificultades propias de un cambio profundo en la mentalidad de los operadores educados bajo el sistema anterior, además del desdén político, se da recién con la progresiva puesta en vigencia del nuevo Código Procesal Penal del 2004, hace ya más de un año y medio.

Lejanos son los días en los que los operadores se preparaban para recibir este Código en el distrito judicial de Huaura; el tiempo nos ha enseñado que, para lograr un cambio cualitativo del sistema penal, no basta con tener un marco jurídico apropiado, sino que es requisito indispensable el convencimiento de que se trata de un desafío, una exigencia de comprensión de todo el sistema en su conjunto, lo cual se traduce en la implementación del conjunto de elementos necesarios para que el sistema funcione.

Por eso es que, en la marcha de su aplicación, los hombres y las mujeres de Derecho han ido formando, consolidando y compatibilizando sus criterios, optimizando su desempeño para un ejercicio eficiente, algunas veces con más suerte que en otras; pues la realidad siempre supera a la norma y es en esta tarea dialéctica que se va haciendo el Derecho.

Creemos que la información es el insumo que los operadores necesitan para realizar los cambios, y constituye a la vez una motivación para realizarlos. Cuando éstos encuentran una deficiencia en las instituciones, se enfrentan con un nuevo desafío; afrontar dichas transformaciones es un estímulo constante que no hace más que redundar en beneficio de la reforma. La información es, pues, clave para la toma de decisiones correctas, por lo cual la posibilidad de tener información más amplia, oportuna y de calidad ayudará a que esta tarea de implementación del nuevo proceso penal se desarrolle de la mejor manera.

Ahora bien, es en esta tarea de brindar información valiosa para impulsar la reforma procesal que empezamos la elaboración de este Manual, cuya finalidad es constituir una

herramienta idónea para convertir la labor de los representantes del Ministerio Público en la investigación preparatoria, en un trabajo funcional, expeditivo y organizado.

No es nuestra misión abordar controversias dogmáticas lejanas de la realidad, sino más bien, bajo un enfoque práctico, alcanzar a los operadores una información concreta sobre cada una de las instituciones de la investigación preparatoria, sirviendo como base a la labor operativa del fiscal y como instrumento útil para la defensa, así como guía de un correcto desempeño del juez durante esta etapa. En fin, no obstante estar orientado principalmente a los representantes del Ministerio Público, este Manual, en principio, puede responder a las preguntas de cualquier sujeto procesal o interesado desde el punto de vista académico en general.

Conforme a la atribución constitucional en materia criminal otorgada al Ministerio Público, los fiscales tienen a su cargo la conducción de la investigación preparatoria. Empero, siendo el Ministerio Público el órgano constitucionalmente autónomo que tiene como lineamientos de su labor la defensa de la legalidad, los derechos de los ciudadanos y el interés público, así como la representación de la sociedad en el juicio, su labor le hace cobrar un papel protagónico en la investigación preparatoria.

La investigación preparatoria es la etapa del proceso penal en la que se realiza una averiguación ágil y eficaz, pero respetuosa de las garantías instituidas a favor de los ciudadanos, de los presuntos responsables del delito, como fase previa al juicio. Esta exigencia de respeto a los límites de la investigación son consecuencias del deber de defensa de la legalidad y de los derechos de los ciudadanos que tiene el Ministerio Fiscal; además, de la obediencia del principio de objetividad que guía su actuar.

La investigación preparatoria prevista en el nuevo Código Procesal Penal difiere enormemente de la instrucción del modelo mixto con tendencia inquisitiva, vigente aún en gran parte del Perú. El nuevo modelo tiene como finalidad dejar de lado las prácticas restrictivas de derechos que caen en la arbitrariedad, así como el formalismo extremo, colocando a cada sujeto procesal en su función constitucionalmente establecida. De este modo, y como muestra más palpable de la nueva orientación en la administración de justicia, tenemos que ahora es el fiscal quien investiga de forma exclusiva, dejando reservada la tarea del juicio al juez; estos roles hasta hace poco se mezclaban hasta la confusión.

Este Manual trata de abordar toda la investigación preparatoria, busca servir de orientación a quien empieza a adentrarse en el estudio del nuevo proceso penal. Sin embargo, en su desarrollo profundizará sobre temas muy debatibles, ante los cuales se sentará la posición más adecuada para interpretar las nuevas instituciones, buscando con ello, también, satisfacer el análisis de quien ya tenga conocimientos sobre el nuevo modelo.

De esta manera comienza por estudiar la crisis del sistema de justicia penal bajo el modelo mixto, con tendencia inquisitiva, que aún reina en gran parte nuestro país, con el fin de comprender la urgente necesidad de un viraje en la etapa donde más comprometidos están los derechos ciudadanos, y donde se aprecia mejor la diferencia que existe entre un sistema y otro. Entendido esto, se justifica plenamente la importancia de elaborar un material como

éste, en el que no solo se exponga “lo que dice la norma”, sino que, además, se desarrolle la institución y su deber ser, así como el modo de interpretación ante dificultades reales.

Tras ello, estaremos resaltando las virtudes del nuevo proceso, de forma general, a fin de notar las primeras dificultades. Además pondremos de relieve las nuevas tareas de sujetos procesales tales como el Ministerio Público, el Juez de Garantías y la Policía Nacional en la investigación preparatoria.

Seguidamente, para empezar el correcto análisis de esta etapa procesal, se expondrá su estructura y desarrollo, para luego tocar los puntos más problemáticos, como lo referido a la búsqueda de pruebas y la restricción de derechos, así como las medidas de coerción procesal, y la prisión preventiva, entre otros.

En este Manual podrá apreciarse un estudio de las formas de simplificación procesal incorporadas en el Código. Este tema es abordado con especial atención, dada la gran importancia que tiene para el éxito del nuevo modelo, que fija muchas esperanzas en las mismas.

Además, es una herramienta de utilidad para el litigante en el manejo de su caso y en la investigación. Mostramos propuestas de métodos para elaborar correctamente una teoría del caso, para llevar a cabo una adecuada búsqueda de pruebas y consejos sobre la preservación de fuentes de pruebas, entre otros.

Finalmente, nuestro objetivo se verá plenamente cumplido si con la información transmitida, los operadores y específicamente los fiscales, afrontan las deficiencias encontradas en la norma tras la puesta en marcha de este nuevo sistema, convirtiendo su labor recomendada en eficiente, organizada y expeditiva, respetuosa de las garantías y los derechos de los ciudadanos, haciendo que el nuevo modelo funcione adecuadamente y supere la llamada “crisis del proceso penal”.

A. MANUAL DE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA DEL PROCESO PENAL COMÚN

MANUAL DE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA DEL PROCESO PENAL COMÚN, CONFORME A LAS PREVISIONES DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL, DECRETO LEGISLATIVO N° 957, (NCPP)

I. CRISIS DEL SISTEMA PROCESAL PENAL

1.1 LA SITUACIÓN DE CRISIS CRÓNICA DEL SERVICIO DE JUSTICIA PENAL

“K. ya tenía alguna experiencia en la organización del personal (del sistema), que estaba muy lejos de ser perfecta. Había empleados corruptibles y despreocupados de sus deberes, que equivalían a lagunas en la rigurosa concatenación de la justicia, y éstos eran los que utilizaban bastantes abogados. Ejercían el cohecho, espiaban, e incluso en otras épocas se habían dado casos de robo de expedientes.

(...)

“Ahí estribaba precisamente el defecto más importante de la organización judicial vigente, que desde el principio prescribía el secreto de los procedimientos. La importancia de los funcionarios era mínima, puesto que los procedimientos se desenvolvían casi automáticamente. Los funcionarios eran personas desvinculadas totalmente de la sociedad. Así, cuando se trataba de procesos de gran simplicidad, o por el contrario de gran complejidad, ellos se revelaban particularmente torpes en su actuación por tratarse de personas que vivían en estrecho contacto con los códigos y carentes de toda vinculación con la complejidad que caracteriza a toda sociedad humana.” (Franz Kafka)¹

No faltará quien sostenga que esta cita corresponde a una historia ficticia, que se encuentra fuera de contexto o que es mera fantasía kafkiana. Sin embargo, para cualquiera que ha ejercido la profesión de abogado en los vericuetos de las causas penales, esta descripción tiene una cercanía perversa con la realidad, pues habla de un sistema procesal penal, como el peruano, en crisis crónica aunque aún no terminal.

1 KAFKA, Franz. Obras completas. *El proceso / La Condena*, Barcelona: Seix Barral, 1986, pp. 104-106.

Según Binder,² el fin de la década de las dictaduras, el advenimiento de la democracia y una mayor sensibilidad internacional frente a las violaciones de los derechos humanos provocaron, a su vez, una sensación de crisis en los sistemas de justicia penal, tantas veces comentada por la doctrina; de ahí que resulta trascendente detenerse en las manifestaciones más flagrantes de ella.

1.2 MANIFESTACIONES DE LA CRISIS DE LA JUSTICIA PENAL

1.2.1. *Los pecados del Legislativo*

La elaboración de las leyes es la actividad prioritaria del órgano legislativo; en materia penal también, pero en este campo no ha dado la talla que su investidura y poder permiten. No ha cumplido con su labor de una manera eficiente, lo que se evidencia en que el sistema normativo procesal penal que aún rige en la mayor parte del territorio nacional es una selva intimidante e intrincada de dispositivos capaces de amedrentar al más curtido, frente a un todopoderoso e inclemente Estado Leviatán.

El pecado original de la actuación del legislativo reside en su pertinaz tendencia a crear o modificar tipos penales como automática respuesta a problemas que inquietan a la opinión pública. Por esto es tan común el fenómeno de la sobrecriminalización, de inmediato derivada y exigida como tarea impostergable de la maquinaria jurisdiccional. La cruel consecuencia de esta postura se paga no solo con el atiborramiento de los despachos fiscales y judiciales, sino también con el hacinamiento carcelario, todo acompañado por la nula diligencia en la tramitación y resolución de las causas así como la pervivencia del padecimiento de los reos, que desde una celda esperan que la justicia sea pronta y cumplida, y no lenta e inefficiente.

1.2.2. *La debilidad de los magistrados*

Por su naturaleza ostensiblemente coactiva, el servicio de justicia penal está llamado, más que cualquier otro, a regirse por el curso específico que establece la ley, tarea poco menos que imposible si los operadores del Derecho —consagrados por el Estado como los únicos capaces de decirlo— tienen que moverse en un ambiente de promiscuidad normativa o concurrencia antinatural de dispositivos. Si además al conocimiento cabal de tan farragoso cuerpo normativo, el juez no adiciona un prolífico análisis jurídico que revele capacidad de seleccionar los elementos relevantes de la vida social —manifestos en la causa que conoce— para construir con ellos un caso, y darle la solución apropiada, entonces poco valdrán las centenares de normas e interminables hileras de libros de modernísima doctrina, si no son llevados a la práctica y se opta por un seudoformalismo como excusa sentencial.

2 BINDER, Alberto, "Crisis y transformación de la justicia penal en Latinoamérica", en AA.VV. *Reformas procesales en América Latina: la oralidad en los procesos*, Santiago - Chile: Corporación de Promoción Universitaria, 1993, pp. 67.

1.2.3. La equivocada política de selección e impronta de la provisionalidad

Toda evaluación de la realidad judicial de cualquier país conduce a una conclusión que suele concitar unanimidad: un muy importante ingrediente del cual depende el éxito o fracaso del servicio reside en el sistema de elección de los magistrados.

Por imperativo del constituyente, en el Perú la selección y el nombramiento de jueces y fiscales es potestad del Consejo Nacional de la Magistratura. Para ello se prescribe un concurso público de méritos y una evaluación personal.³

No obstante, la generalidad de funcionarios de persecución del delito y de juzgamiento penal, ocupó tan delicados cargos provisionalmente y al margen de lo prescrito por la ley suprema, por razones subalternas de conveniencia del actuante régimen político de turno y no por especiales méritos para el ejercicio de la magistratura. Esa irregular procedencia ha dejado huellas y constituye uno de los mayores obstáculos para que el magistrado se sienta un auténtico servidor público y no un valido del poderoso de turno.

1.2.4. La deslegitimación del proceso y el incremento de la acción directa

Si bien ya el camino para encontrar justicia es largo y duro, se torna particularmente difícil cuando se debe afrontar las angustias y frustraciones que el proceso ofrece. Esos sentimientos, vinculados a la ineficiencia del Estado, la corrupción, la pobreza y otras fallas estructurales, suelen generar la idea de justicia formal deslegitimada y el desborde de la violencia en la sociedad: la acción directa.

Un colectivo social que vive en permanente situación de indefensión e insatisfacción de sus necesidades básicas, no suele detenerse a analizar las causas de los problemas y más bien tiende a ejecutar actos extremos y desesperados. Esa reacción se expresa de la forma más dramática en los actos de linchamiento, llamados también “justicia por propia mano”, que poco tienen que ver con los ideales de equidad, imparcialidad y respeto a la dignidad humana.

Ante estos síntomas de la crisis del servicio penal, su deslegitimación y el progreso de la acción directa, surge una pregunta inevitable: ¿Cómo enfrentar el problema? Apli-
car más violencia a la que ya existe no es una medida acertada, porque toda medida estatal esencialmente violenta siempre ocasiona una respuesta similar y desencadena una constante de agresiones mutuas en la que todos son vulnerables. Circunstancias similares han sido observadas innumerables veces en las situaciones de conflicto en el continente, porque el autoritarismo podrá esconder los problemas durante un tiempo, pero no los resuelve.

Solamente si se admite que la justicia es imprescindible para el desarrollo, tanto de los individuos como de las comunidades y de los países, se comprenderá que

3 Constitución Política del Perú, artículo 150º y 154º inciso 1.

la denegación de justicia real está ligada con la generación de conflictos, tanto en los países industrializados como en los subdesarrollados, porque la injusticia real o percibida es una de las fuentes más comunes de descontento y violencia entre los individuos, los grupos y los países. Sería iluso esperar que reine la seguridad y tranquilidad para todos los ciudadanos y que el poder punitivo del Estado —con eufemismos como “tolerancia cero” y “guerra contra el crimen”— haga retroceder y menos aún eliminar el delito. Lo descrito impone al servicio de justicia penal atender los requerimientos colectivos de restablecimiento de la paz, hacer responsable a los culpables de hechos delictivos, de resarcimiento de los agraviados y garantías de los justiciables. Sin esto, su crisis crónica en poco tiempo ingresará a niveles terminales de inviable recuperación.

II. LOS VIEJOS ESTILOS DE INVESTIGACIÓN DEL DELITO. INEFICACIA Y ARBITRARIEDAD EN LA PESQUISA

A partir de la experiencia aplicativa del nuevo Código Procesal Penal (NCP) en Huaura y La Libertad,⁴ los problemas más importantes detectados en la investigación preparatoria, incluida la subfase de diligencias preliminares,⁵ de los casos a cargo del Ministerio Público, pueden resumirse en los siguientes:

2.1 POLICÍA NACIONAL DEL PERÚ

2.1.1. *En la investigación policial*

- a) *Casos de flagrancia* (art. 259º):⁶ no hay uniformidad de criterios en relación con las detenciones que efectúa la policía bajo este supuesto, originando que muchas veces se detenga sin la concurrencia de los requisitos de inmediatez temporal y personal, lo cual determina que el fiscal disponga la inmediata libertad del detenido con el subsiguiente malestar de las víctimas y de la ciudadanía en general, dando la impresión de que se avala la impunidad. La gente común no entiende los casos en que la Constitución establece cuándo procede la detención de una persona.
- b) *Uso de formatos diversos*: la Policía Nacional utiliza los formatos que han sido preparados y elaborados por su comando, mientras que el Ministerio Público tiene también los suyos, aprobados por Resolución de Fiscalía de la Nación;

4 Desde el 1 de julio de 2006 y 1 de abril de 2007, respectivamente. Vid. DS. 007-2006-JUS.

5 Art. 330º. En adelante, cuando no se haga referencia específica, los artículos citados corresponden al NCP.

6 Esta situación se ha complicado más debido a las modificaciones introducidas por el art. 3º del D. Legislativo 983, que flexibiliza y hace más extensivo el concepto de delito flagrante.

en algunos formatos hay evidentes diferencias y en otros cierta similitud. Por ahora se están utilizando indistintamente, siempre y cuando cumplan con los requerimientos que establece el nuevo modelo procesal.

- c) *Solicitud de detención preliminar judicial* (art. 261º): existe una arraigada costumbre en la Policía Nacional de solicitar la detención preliminar judicial en todos los casos no flagrantes donde se ha identificado al presunto autor, sin tener en cuenta los otros requisitos necesarios para su concesión, como el peligro de fuga, lo que genera un trabajo innecesario para el fiscal.
- d) *Comunicación tardía de la noticia criminal con detenido* (art. 263º.1): en ciertos casos los efectivos policiales comunican la detención con varias horas de retraso, lo que impide el buen ejercicio de la defensa del imputado, así como una óptima labor investigativa del fiscal, incluso —claro está— el diseño de su estrategia de investigación, pues el plazo de veinticuatro horas es perentorio y la pérdida de algunas horas va en detrimento del esclarecimiento de los hechos. Lo primero que debe realizar la policía es comunicar inmediatamente la detención de una persona al fiscal de turno, para que éste disponga las diligencias a efectuar y asuma la conducción de la investigación tal como lo establecen los arts. IVº.1 del Título Preliminar, 60º.2; 65º.4 y 68º.2.
- e) *No comunicación de la noticia criminal*: señala el art. 67º.1. que en su función de investigación la Policía Nacional debe, inclusive por propia iniciativa, tomar conocimiento de los delitos y dar cuenta inmediata al fiscal, sin perjuicio de realizar las diligencias de urgencia e imprescindibles para impedir sus consecuencias y otros fines. Cuando esa comunicación al fiscal es incumplida, se obstaculiza el esclarecimiento debido de los hechos y se menoscaba la condición del fiscal como director de la investigación, pues al no conocer lo hechos mal podrá establecer su estrategia de investigación de modo eficiente.

2.1.2. La realización de determinadas actuaciones y pericias

- a) *Precisión en la cadena de custodia* (arts. 68º.1.d., 13º.6.1.b., 220º.5, 318º): no es frecuente que la policía siga cada uno de los pasos que caracteriza el aseguramiento de evidencias materiales y la configuración debida de la cadena de custodia de lo hallado e incautado. Esto es algo que se debe superar, pues el mal manejo de la noticia criminal, de la escena del delito y de los vestigios o indicios materiales presentes en ella, además del incumplimiento de la cadena de custodia, seguramente acarrearán planteamientos de nulidad por parte de la defensa.
- b) *Tardía remisión de las pericias*: dificulta al fiscal la toma de decisiones tempranas o la utilización de los demás institutos de simplificación procesal, tales como los criterios de oportunidad y acuerdos reparatorios (art. 2º).

2.1.3 Serias dificultades de la policía en el cumplimiento de su labor por falta de logística, infraestructura y personal

- a) *Falta de logística:* que repercute en la pronta emisión de los informes policiales (art. 332°), pues la policía no cuenta con material de escritorio suficiente y adecuado, así como con recursos para movilizarse pronto y debidamente.
- b) *Infraestructura adecuada:* las diversas unidades policiales especializadas comparten una sola infraestructura o ambiente, lo que dificulta su labor, de por sí diferenciada.
- c) *Personal:* los equipos policiales no cuentan con suficiente personal y el efectivo que gana cierta experiencia en el trabajo de pesquisa corre el riesgo de ser rotado o desplazado a otro lugar o función. En este marco de inestabilidad, resulta imposible identificar al personal más calificado y confiable, cuadros sin los cuales —cuando le corresponda al policía rendir testimonio— saldrán a luz sus debilidades y la defensa cuestionará su idoneidad y profesionalismo.

2.2 PODER JUDICIAL

Se ha encontrado una problemática con los jueces de la investigación preparatoria al recogerse de ellos decisiones que no comparten los criterios del Ministerio Público sobre prisión preventiva, detención preliminar judicial, incoación de procesos inmediatos y de terminación anticipada, entre otros (arts. 268°, 261°, 446° y 468°).

- Los jueces consideran que cuando los fiscales solicitan una detención preliminar judicial, deben también formalizar la investigación preparatoria (art. 338°.4).
- Los jueces afirman que solo procede la audiencia de prisión preventiva cuando el imputado se encuentra en calidad de detenido.⁷
- En algunos casos, los jueces están denegando el requerimiento fiscal de incoación de proceso inmediato, más por asuntos de fondo que por la falta de concurrencia de los requisitos estipulados en el Código (art. 446°.1).

2.3 SUGERENCIAS

La propuesta para superar estos problemas radica en promover la intensa difusión de los institutos capitales del código y la capacitación conjunta de los operadores actuantes, fiscales, policías, jueces y abogados —de oficio y privados—, además de las organizaciones sociales interesadas en el tema de la justicia penal, para de esa

⁷ Sentencia de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, Casación N° 1-2007 Huaura, del 26 de julio de 2007, que ha corregido este criterio. Vid. página web del Poder Judicial: www.pj.gob.pe.

manera sentar las bases para concordar y unificar criterios, sobre todo en el ámbito de la detención en flagrancia y el arresto ciudadano (arts. 259°, 260°),⁸ que eviten el drama de las detenciones arbitrarias e ilegales.

Se propone que los representantes de las instituciones concernidas se reúnan para armonizar la utilización de los formatos, siempre cuidando su sujeción a los propósitos establecidos por el Código y evitando duplicidades y contradicciones.

Es necesario alcanzar un nivel adecuado de coordinación entre la policía, y el Ministerio Público para establecer los criterios esenciales que deban sustentar un pedido de detención preliminar judicial, contrayendo el empleo de esta grave medida a los casos estrictamente necesarios. No olvidar que es injusto detener a un imputado sin suficientes elementos de convicción, cuando ni siquiera esté involucrado en un crimen y cuando no exista ningún tipo de peligro de fuga, solo por contentar la alarma o vindicta populares.

Debe establecerse un eficiente contacto con los jefes de cada comisaría para que las comunicaciones al Ministerio Público se hagan de inmediato o en el más breve plazo.

De constatarse la falta de comunicación, el fiscal levantará un acta y comunicará a las instancias respectivas esta omisión para que se adopten las medidas correctivas. No debe perderse de vista que cuando la noticia criminal no llega al Ministerio Público, el futuro de la investigación preparatoria corre el riesgo cierto de total frustración.

La cadena de custodia de la evidencia debe ser efectuada por el pesquiso que realizó el recojo o la incautación de los objetos, instrumentos, efectos, vestigios o indicios materiales del delito, de ahí que toda directiva atinente deba aspirar a reunir los mismos criterios de procedimiento, sin inconsistencias.

En cada distrito judicial debe existir una oficina donde se realicen las pericias más importantes, necesarias y urgentes de criminalística, sin perder valioso tiempo como ocurre cuando se remiten las muestras a Lima. Desde esta perspectiva el fiscal debe poner en juego la amplia potestad que le confiere el art. 173°, modificado por Ley N° 28697, respecto al nombramiento de peritos, incluidos los de procedencia pública como los que pertenecen a universidades, institutos de investigación o personas jurídicas en general.

Cuando más capacitación conjunta de los operadores se realice, acerca de temas espinosos o debatibles, y se arribe a conclusiones plausibles unificadoras, mayores serán los resultados prácticos y menores los casos de impugnación, con lo que se contribuirá a disminuir la carga procesal.

8 Tanto más urgente si se toma en cuenta la confusión que agrega el D. Leg. 983 (art. 3°) al extender el alcance de la flagrancia más allá de la exigencia de inmediatez temporal y personal, tal como lo entiende la sentencia del Tribunal Constitucional emitida en el EXP. N.º 6142-2006- PHC/TC. LA LIBERTAD (JAMES YOVANI RODRÍGUEZ), del 14 de marzo del 2007.

2.4 ARBITRARIEDAD EN LA PESQUISA

Los artículos 208º y siguientes reconocen a la «*pesquisa*» como medida de investigación destinada a descubrir circunstancias fácticas de interés para el proceso (rastros del delito, localización del imputado o de alguna persona prófuga), cuya práctica no siempre está condicionada a una previa autorización fiscal o judicial.

En estos artículos el legislador ha empleado una serie de expresiones generales, que pueden dar paso al abuso de autoridad por parte de la policía, órgano encargado de adoptar esta clase de restricción es de derechos fundamentales por razones de búsqueda de prueba.

En efecto, conforme al NCPP los funcionarios de la policía disponen la realización de pesquisas [art. 208º] y la retención de personas (art. 209º):

- a) De oficio, «*por sí*», dando cuenta posterior al fiscal; o
- b) Por orden del fiscal.

Partiendo de la pregunta fundamental, ¿cuándo se podrá realizar esta medida de investigación? El Código responde: cuando existan motivos “*plausibles*”.

Es por ello que para evitar la arbitrariedad en la pesquisa, el policía debe cuidar que todos sus actos se realicen bajo los marcos y principios constitucionales. Esto significa que siempre debe observarse el *límite material de toda función del Estado: la prohibición del exceso, mediante el cumplimiento del parámetro de la proporcionalidad*.

El fundamento constitucional del principio de proporcionalidad es complejo porque no se encuentra ampliamente regulado, apenas si se lo menciona, junto con la razonabilidad en el art. 200º de la Carta Política, por lo que debe ser elucidado mediante la interpretación de diversas disposiciones de la Ley Fundamental de 1993.

El principio de proporcionalidad tiene, en consecuencia, el siguiente fundamento constitucional:

- El artículo 1º. El mandato de respeto a la dignidad de la persona humana exige que la reacción penal contra el ser humano sea proporcional.
- El artículo 43º. El Estado social y democrático de Derecho exige que la aplicación de las leyes restrictivas de derechos busque contribuir a la realización de la justicia; siendo la proporcionalidad su expresión.
- El artículo 45º. La prohibición de la arbitrariedad en el ejercicio de las funciones públicas que determina el sometimiento a la ley reclama una reacción policial proporcional.

El principio de proporcionalidad reclama a la policía cumplir tres exigencias:

- La adecuación al fin.
- El principio de necesidad.
- La proporcionalidad en sentido estricto.

- a) *Adecuación al fin:* la elaboración del plan para realizar una pesquisa y su aplicación deben responder al fin asignado constitucionalmente a la institución u órgano ejecutor de la norma
- b) *Principio de necesidad:* la reacción policial debe responder al principio de intervención mínima o de menor injerencia posible, ya que la gravedad de la restricción de derechos sólo justifica su empleo en extrema necesidad de tutela.
- c) *Proporcionalidad en sentido estricto:* en la actuación policial debe existir proporcionalidad o apropiada ponderación entre sus potestades restrictivas y la gravedad del delito.

Este principio constitucional es el que debe orientar todos los comportamientos que se realicen durante la pesquisa, incluso la disposición de retención.

Ahora bien, como resultado de toda pesquisa habrá de levantarse un acta que describa lo acontecido y, de ser posible, recogerse y conservarse los elementos materiales útiles.

El acta describirá el estado de los efectos del delito o de la persona buscada, así como de los medios de convicción de los cuales provino el conocimiento de la existencia del bien o de la permanencia del imputado, si es que ya no está en dicho lugar o ha variado la naturaleza del bien.

Asimismo, se levantarán planos de señales, descriptivos y fotográficos, y se practicará toda otra operación técnica, adecuada y necesaria para llevar a cabo la investigación.

Respecto a la retención de personas, el legislador ha establecido que solo por el período de cuatro horas y cuando resulte necesario la policía podrá disponer que durante la diligencia no se ausenten las personas halladas en el lugar o que comparezca cualquier otra. Si se desea que este plazo se prolongue, se tendrá que solicitar autorización judicial.

Finalmente, respecto al registro de personas, el legislador ha estatuido que solo cuando existan fundadas razones para considerar que una persona oculta en su cuerpo o ámbito personal bienes relacionados con el delito, se procederá a registrarla. El registro se efectuará respetando la dignidad humana, pues de lo contrario nos encontraremos ante una prueba ilícita.

La dignidad humana es el valor que tiene la persona como fin en sí mismo. Se establece la imposibilidad, por tanto, de considerarla un medio “sacrificable” para la obtención de otros fines o, como dicen los filósofos, dignidad es lo contrario a cosificación del ser humano.

La vulneración de los derechos fundamentales en su contenido esencial es el factor de determinación de la prueba ilícita, pues todo medio de prueba que atente contra ellos es inválido e inadmisible en el proceso penal. El fundamento legal de la dignidad humana se encuentra en la Constitución y en los tratados internacionales sobre derechos humanos.

Por lo expuesto, antes de iniciar el registro, la policía expresará al intervenido las razones de la medida, indicándole el derecho que tiene de hacerse asistir en ese acto por una persona de su confianza (art. 210°).

III. LA RESPUESTA REFORMISTA A LA CRISIS. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL PROCESO PENAL EN EL MARCO DE LA GLOBALIZACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

3.1 LA CRISIS DEL PROCESO PENAL

Nadie se atrevería a negar que la sociedad del siglo XXI vive un proceso de transformaciones, un estado perpetuo de mutabilidad donde la única constante universal es el cambio. Esto se manifiesta en los distintos ámbitos de la vida socioeconómica, política, cultural, tecnológica, científica y también jurídica. Estos cambios, a su vez, impulsan profundas modificaciones en otros órdenes de la actividad privada y pública, que pugnan por acondicionarse al nuevo ritmo de los tiempos.

Cuando las diversas realidades sociales y normativas no armonizan —lo cual no ocurre de manera automática, porque muchos de los paradigmas sociales han resistido el embate de los siglos— se generan los conocidos estados de crisis, ya que se encuentran enormes dificultades de ajuste a cambios importantes.

Este fenómeno de crisis se observa con bastante claridad en el ámbito de la justicia penal, lo que es innegable; cuestionándose, incluso, si en los tiempos actuales puede afirmarse la real vigencia de un sistema de justicia que se acomode a las exigencias del Estado de Derecho, pues sigue habiendo inconformidad con las instituciones vigentes y reclamo por nuevos sistemas, en base a los cuales se pueda organizar con más justicia y equidad la sociedad humana. Por ello, el Estado de Derecho y el sistema de justicia penal que lo consagre siguen siendo ideales por los que el hombre de hoy da batalla de larga data.

La reforma del proceso penal ha trascendido los alcances de una necesidad política, para situarse en el plano más importante de la necesidad práctica. La administración de justicia penal ha sido descrita como colapsada, ineficiente e inoperante desde muy diversos ángulos de observación, pues no responde a ninguno de sus posibles fines primarios.⁹

9 MAIER, Julio B. J. "Democracia y administración de justicia penal en Latinoamérica. Los proyectos para la reforma del sistema penal", en: *Jueces para la democracia* N° 16-17. Madrid: 1992, p. 12. [Este trabajo también ha sido publicado en: AA.VV. Reformas procesales... pp. 25 y ss.]

3.2 LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL PROCESO PENAL EN EL MARCO DE LA GLOBALIZACIÓN Y DE LOS DERECHOS HUMANOS

Si queremos entender un Estado que se configura al servicio de una sociedad personalista, conforme al artículo 1º de nuestra Constitución Política, acaso el más importante de todos por ser el que da sentido al Estado moderno entendido como servidor de las personas (y no a la inversa); el proceso penal deberá también posibilitar la efectiva satisfacción de los intereses de la víctima, toda vez que se trata de la persona que ha sido perjudicada con el hecho criminal, el sujeto al que también afecta el conflicto social constitutivo del delito.

Otra razón capital para reconocer en la Constitución el referente ineludible del proceso penal, es que éste va a generar necesariamente la afectación de algunos de los derechos de los procesados, derechos que la ley magna consagra como “fundamentales”.

3.3 PROCESO PENAL, GLOBALIZACIÓN Y DERECHOS HUMANOS

Es incuestionable que la comunidad de países, tanto de los llamados desarrollados, como de los subdesarrollados, se encuentra inmersa en un proceso de globalización, fenómeno que en sus respectivos ámbitos se expresa de diferente manera.

El proceso de globalización ha provocado un acelerado desarrollo internacional y generado estrechos vínculos supranacionales, que superan la dimensión local, conduciéndonos a una marcada interdependencia no solo entre los Estados, sino, sobre todo, entre las organizaciones y los hombres que los integran. Por otra parte, dicho fenómeno ha promovido la superación de esquemas tradicionales de organización y fomentado la búsqueda de nuevas estructuras de entendimiento, más allá de las fronteras convencionales. Sin embargo, la experiencia nos demuestra que la globalización no ha significado un necesario respeto de los derechos humanos, sino que con frecuencia ha implicado vulneraciones sistemáticas de los mismos (v. gr. las “guerras preventivas”, los “rehenes” de Guantánamo). Al margen de las convicciones en cuanto a política social y económica, que son materias asaz discutibles, nadie duda de que el modelo que fuera el elegido por una sociedad debe buscar a toda costa la promoción de una “mundialización” de los derechos humanos, como uno de los máximos fines del milenio.

En la Constitución se ha previsto, por la importancia y trascendencia de los derechos fundamentales, cláusulas de remisión a un ordenamiento jurídico internacional conocido como legislación universal de los derechos humanos.

Así se comprende y acepta que los derechos fundamentales en juego en un proceso penal se encuentran protegidos, además, por una legislación supranacional, con lo que en el supuesto de que el proceso penal en el Perú vulnere ilegítimamente alguno de aquellos, se podrá acudir en última instancia a una jurisdicción interamericana en busca de tutela, dada la naturaleza universal de los derechos humanos y su protección internacional. Por lo tanto, puede sostenerse que el proceso penal *no solo*

obedece a un orden constitucional (nacional) sino a un orden supranacional, donde en definitiva se garantiza el derecho al debido proceso penal, imponiendo como garantías básicas el derecho de todo ciudadano a un juicio con jueces imparciales, conforme lo prevé el art. 8º de la Convención Americana y el artículo 14º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que guardan relación con un modelo de proceso penal de corte acusatorio y garantizador.

Primero las deficiencias y luego el colapso de los sistemas judicial y de seguridad pública en el Perú han hecho su trabajo negativo, exudando por todos sus poros detención arbitraria, tortura, juicios injustos e impunidad, elevados a la categoría de prácticas sistemáticas de un Estado autodenominado republicano y democrático. Ante tan desolador panorama es decisivo transmitir el mensaje, también procesal penal, de que en el Perú el oprobio y las violaciones de los Derechos Humanos, de cualquier persona y por cualquier fundamento, no se tolerarán más.

IV. LA REFORMA EN EL PERÚ

4.1 EL CÓDIGO PROCESAL PENAL DEL 2004 (NCP) COMO EXPRESIÓN NORMATIVA DEL MOVIMIENTO DE REFORMA

El nuevo Código Procesal Penal responde a la manifiesta necesidad de superar la crónica crisis del servicio de justicia penal. Esta propuesta normativa, ofrecida por el movimiento de reforma procesal, se caracteriza por sus marcadas cualidades acusatoria, garantizadora y de tendencia adversativa. Este nuevo modelo busca diferenciarse y superar las opciones inquisitivas y mixtas, estancadas en la rutina burocrática y el estilo de trabajo ineficiente basado en la escritura y el culto al expediente.¹⁰

Lo que se busca con este nuevo sistema procesal no es solo hacer frente a los problemas antes mencionados, sino también atacar otros tales como la proliferación de normas y de procesos, la morosidad en la tramitación y resolución de los procesos, que traen como consecuencia el fenómeno de los presos sin condena y la falta de eficacia en la persecución de casos criminales realmente graves. Por esto es que constituye un primer gran paso contar con un cuerpo único de normas rituales, como el NCPP, sistemático, que fija las funciones de cada sujeto procesal, las distingue con suficiencia y asegura el concurso de cada uno de ellos, bien sea desde la perspectiva de la pretensión (punitiva o libertaria) o desde la plataforma que da el poder de decisión jurisdiccional, para arribar a la solución o por lo menos a la redefinición del conflicto que supone el acaecimiento de un hecho delictuoso, permitiendo al sistema volver a legitimarse ante el colectivo social, los agraviados y justiciables.

¹⁰ RODRÍGUEZ HURTADO, Mario, *La constitucionalización del proceso penal: principios y modelo del Código Procesal Penal*. En: Academia de la Magistratura. Programa de Capacitación para el Ascenso. Curso de Formación Especializada en el Nuevo Modelo Procesal Penal. Módulo 1., Lima, 2006, p. 150.

4.2 ANTECEDENTES

El proceso de reforma no es reciente. Desde 1979, con la promulgación de la Constitución Política del Estado, se sientan las primeras bases para la reforma del sistema procesal penal, ya que se otorga al Ministerio Público autonomía respecto del Poder Judicial, regulándolo como órgano de persecución del delito. Más adelante, en 1991, entra en vigencia de forma parcial un nuevo Código Procesal Penal, pero su aplicación mayúscula fue sometida a *vacatio legis*, que se extendió por tiempo indefinido. La Constitución Política de 1993 no realizó importantes cambios a la Carta del 79 en el campo de la justicia penal. En 1995 se publica otro proyecto de Código que mejoró la versión del de 1991, pero quedó en el olvido una vez observado por el Poder Ejecutivo. Hoy en día contamos con la versión acusatoria renovada del 2004, aprobada por Decreto Legislativo N° 957, ya vigente en los distritos judiciales de Huaura, La Libertad, Tacna y Moquegua.

4.3 CARACTERÍSTICAS DEL NUEVO MODELO PROCESAL PENAL

Antes de profundizar en el tema central, se hace necesario explicar algunos conceptos básicos para el mejor entendimiento del nuevo sistema procesal, el cual ostenta la contundente y assertiva denominación de sistema acusatorio, garantizador y de tendencia adversativa. Un nombre amplísimo para principios tan concretos, que conviene desentrañar.

En primer lugar, debe afirmarse que lo de *adversativo* apunta al mecanismo o proceso contradictorio de búsqueda de la verdad; *acusatorio*, a la necesaria existencia de un órgano de persecución que pone en marcha la maquinaria judicial y el concepto morigerado de *proceso de partes*, a la idea de averiguación de la verdad o emancipación del acusado, tenido como sujeto y no objeto del proceso;¹¹ y *garantizador* alude a “que el código contiene un tipo de proceso que integra de modo redoblado garantías procesales o escudos protectores del justiciable, quien no por estar sujeto a imputación deja de ser persona o pierde su dignidad; distanciándose de las posiciones inquisitivas o mixtas para las cuales de manera explícita o sobrentendida el imputado es solo un objeto al servicio del proceso que, por ejemplo, puede permanecer indefinidamente bajo prisión preventiva”.¹²

En el orden de lo acusatorio, conviene volver e insistir en que la existencia del acusado presupone la del perseguidor, esto es el Ministerio Público, sujetos procesales en contraposición dialéctica cuyo choque de pretensiones solo podrá resolverse con la intervención de un tercero completamente imparcial: el juez, guardián del debido

11 JUNG, Heike, “El proceso penal, conceptos, modelos y supuestos básicos”, en: AMBOS, Kai y MONTEALEGRE LYNELL, Eduardo, *Constitución y sistema acusatorio. Un estudio de Derecho Comparado*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 100. En Estados Unidos, el sistema acusatorio tiene sus raíces en los sistemas de derecho consuetudinario. El sistema era simultáneamente adversarial cuando el resultado del conflicto criminal era resuelto por medio de un duelo.

12 RODRÍGUEZ HURTADO, Mario, *Idem.*, p. 151.

proceso y demás derechos, garantías y escudos protectores del justiciable, así como órgano de decisión para condenar o absolver. Lo adversativo cobra vida cuando se asegura la igualdad de armas entre Fiscalía y acusado, cuando se brinda el derecho a interrogar testigos y peritos propios y contra-examinar los ajenos, cuando la prueba es ofrecida y actuada por las partes con el propósito cierto de llevar información y convicción al órgano jurisdiccional, cuya delicada tarea es pronunciarse luego de valorar este resultado o producto probatorio.

El proceso penal, como ya se ha señalado, debe también ofrecer a la víctima la oportunidad de satisfacer efectivamente sus intereses, atendiendo el perjuicio que el delito le ha infligido, por lo que resulta lógico que el NCPP refuerce sus derechos, inclusive más allá de la mera búsqueda de reparación civil.

Asimismo, en el nuevo sistema procesal penal, se aprecia de modo nítido el respeto de las garantías del justiciable, destacando su derecho a no autoincriminarse, postura que evita que la confesión siga siendo la prueba fundamental del proceso; con esto se deja atrás la sombra siniestra del inquisitivo que jamás cerró una causa sin antes extraer del pobre imputado la admisión de los cargos. Hoy en día, el NCPP centra y disciplina la búsqueda de prueba en la confirmación de las teorías del caso que esgrimen las partes procesales en conflicto; más le interesa la prueba extrínseca, material, obtenida libremente y a través de una hábil investigación, que la confesión.¹³

Viene al caso citar una sentencia expedida por los tribunales de Huaura, en la cual se destaca el imprescindible respeto de los principios que todo proceso debido reclama. En ésta principalmente se atienden los principios de publicidad y oralidad:

"La garantía de la publicidad del proceso penal exige la incorporación de los principios de oralidad, inmediación y concentración (...) sin ellos la publicidad pierde esencia y se transforma en una reunión de actos sin unidad de sentido y con la posibilidad muy seria de tergiversarse; por ello, debemos los operadores entender que el principio de oralidad lleva implícito que la forma de los actos procesales significa que su fase probatoria se realiza exclusivamente mediante el material de hecho introducido verbalmente en el juicio; que asimismo el principio de inmediación exige que la actividad probatoria transcurra ante la presencia del juez de juzgamiento, de tal manera que la sentencia debe formarse exclusivamente sobre el material probatorio actuado bajo su directa intervención en el juicio oral".¹⁴

En buena cuenta, la oralidad funda su trascendencia en que la sentencia solo podrá recoger lo discutido y probado en la audiencia, respetando, desde luego, los principios de publicidad e inmediación.

13 THAMAN, Stephen C., "La dicotomía acusatorio-inquisitivo en la jurisprudencia constitucional de Estados Unidos", en: AMBOS, Kai y MONTEALEGRE LYNELL, Eduardo, *Constitución y sistema acusatorio. Un estudio de Derecho Comparado*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 163.

14 Exp. N° 1123-2006-Huacho, S.P.P., Ej. sup., 9 abr. 2007.

4.4 EXPECTATIVAS Y POSIBILIDADES DE CAMBIO, LAS RESPONSABILIDADES DE LOS OPERADORES DEL SERVICIO EN LA MARCHA Y CONSOLIDACIÓN DEL MODELO ACUSATORIO, GARANTIZADOR Y DE TENDENCIA ADVERSATIVA

Con las reformas del NCPP, el juez (arts. Iº.1 del Título Preliminar, 16º, 28º y 29º) tiene a su alcance las herramientas necesarias para asegurar el respeto de todas las garantías constitucionales en el proceso; una de las que vale la pena destacar es la referida al principio de imparcialidad. Con los nuevos cánones procesales, ya no pervive la maltracha figura del juez instructor, fenómeno contaminante de la inexcusable y perfecta imparcialidad reclamada al juez. Al delimitarse las funciones de cada una de las partes actuantes en el proceso, se deja al juez la suprema tarea de decidir; aunque bien debe remarcarse a la vez que el NCPP crea la figura del juez de la investigación preparatoria, de tutela o garantías (art. 29º), contralor del imperativo respeto de los derechos fundamentales del justiciable durante la etapa de investigación. Al delimitarse claramente las funciones de los sujetos procesales en conflicto, se ayuda a entender mejor la posición tercera, neutral o imparcial del juez, y al reafirmarse el papel del juez de tutela, se coincide con las palabras de Pablo Talavera,¹⁵ quien sostiene que al juez le toca resguardar la constitucionalidad y legalidad de la investigación.

En el campo de la acción del Ministerio Público (arts. IVº del TP, 60º y 65º), una de las más importantes innovaciones del código permite que el fiscal a cargo racionalice la persecución, contando para ello con distintas herramientas destinadas a simplificar el proceso, entre las cuales se cuenta con: 1) facultad de no iniciar investigación, cuando el caso no es justiciable penalmente; 2) reservar provisionalmente (art. 334º.5) las actuaciones preliminares, cuando no se consigue, por ejemplo, identificar o individualizar al imputado; 3) hacer efectivo el principio o los criterios de oportunidad (art. 2º) cuando el imputado ha sufrido una pena natural o ha sido afectado gravemente por su propio hecho (art. 2º.1.a.) o cuando se trata de un delito de mínima lesividad o bagatela (2º.1.b), y también cuando median señaladas circunstancias atenuantes (art. 2º.1.c); 4) proponer y estimular, en el marco de la vieja institución de la composición entre ofensor y ofendido, acuerdos reparatorios (art. 2º.6); 5) requerir la incoación del proceso especial inmediato (art. 446º); y 6), solicitar la celebración de audiencia de terminación anticipada (art. 468º), o plantear acusación directa (art. 336º.4.).

El abogado defensor, por su lado, es otro de los pilares sobre los cuales descansa el esquema acusatorio-adversativo, de ahí que su capacidad técnica sea más que exigida por el NCPP (artículos IXº.1 TP, 80, 84), porque sin una defensa eficiente y eficaz tampoco hay proceso. Tan cierto es este apotegma que cuando el imputado carece de recursos para agenciarse un defensor de su elección o privado, el Estado está en la obligación de suministrarle uno de oficio o público, sin excepción o viabilidad de renuncia. No se requiere ser muy suspicaz para percibirse que cuando la defensa no

¹⁵ TALAVERA ELGUERA, Pablo, *Comentarios al nuevo Código Procesal Penal*, Grijley, Lima, 2004, p. 24.

opera o es saboteada, sucumbe el principio de igualdad de armas y campea la indefensión, circunstancias de objetiva desigualdad que el juez no debe permitir (art. Iº.3 TP).

4.5 CONSIDERACIONES FINALES A ESTA PARTE

Si bien el NCPP está dando sus primeros pasos, conviene aprender de la experiencia internacional y detenerse a reflexionar sobre las propuestas que en otras latitudes, pese a la adopción del modelo acusatorio, se plantean, tal como el ensanchamiento de otros procesos especiales simplificadores y de composición en los cuales intervenga con fuerza la negociación, mediación y conciliación, entre los cuales podemos citar: la llamada suspensión del procedimiento a prueba.¹⁶ Colocar la imaginación al mando parece ser la consigna, sin apartarse del norte interpretativo e institucional que proporciona el título preliminar del joven modelo (artículo X).

V. LA ESTRUCTURA DEL NUEVO SISTEMA. UNIFICACIÓN DE LA VÍA PROCESAL

En su estructura primigenia; el Código de Procedimientos Penales de 1939 contemplaba una única vía procesal, llamada proceso ordinario, constituida por dos etapas judiciales: la primera, de instrucción destinada a recaudar información probatoria, y la segunda, de juicio oral, público y contradictorio, mediante sucesión de audiencias, propias del juzgamiento. Con este tipo de proceso tal *corpus ritual* intentó suavizar, sin lograrlo, los rasgos inquisitivos del sistema pretérito, avanzando hacia un modelo mixto.

Debido a reformas ulteriores, se instituyó un proceso más breve para delitos menores que pasó a denominarse “proceso sumario” (DL. 17110), con una sola etapa, donde el juez de instrucción, luego de la investigación judicial y teniendo en cuenta la opinión de las partes, emite sentencia. Se trató de una franca involución inquisitiva, confirmada con la inoperatividad de la escritura.

Poco a poco, pero sin descanso, se completó la desfiguración del sistema mixto, afiliándose el trámite del mayor número de delitos a la vía sumaria, abreviada y sin una pizca de publicidad y menos de contradicción. En la actualidad mucho más del 80% de los procesos instaurados sigue esta malhadada pauta sumaria, gracias al imperio del D. Legislativo 124 y la Ley N° 26689. En el país se ha producido la paradoja de que lo ordinario o común en materia de vía procesal —es decir el cauce que debían seguir la mayoría de causas— es hoy una excepción y que lo ocasional o coyuntural, abreviado, se ha convertido en la regla, supresora de las notas más elementales del debido proceso: la distinción entre órganos de investigación y de fallo, y la operatividad de un auténtico juicio público y oral, ofertando, en cambio, un sombrío trámite escrito o juego chinoescos de astrosas actas.

16 Vid. artículo 237 del Código Procesal Penal de Chile.

Por su lado, el sistema mixto reformado ha venido siendo impactado favorablemente por los desarrollos constitucionales e internacionales que se centran en reforzar las garantías del justiciable, lo que en términos prácticos impone incluir en el proceso más elementos adversativos, promotores de la igualdad de armas y el contradictorio, y con ellos la transparencia del drama y decisión procesales.

Desde hace buen tiempo, diversos sectores académicos cuestionan la constitucionalidad del proceso sumario, al que califican de patología procesal reñida con el programa procesal penal de la Carta Política y fuente de ineeficacia, por lo que reclaman su liquidación. El movimiento de reforma concurre a este tendencia; de ahí que el NCPP ha desterrado para siempre semejante despropósito e instaurado lo que nunca debió ser desconocido, el proceso común, compuesto por sus señaladas y muy diferenciadas etapas: la investigación preparatoria, la fase intermedia y el juzgamiento, en el marco de un modelo de reconocida filiación acusatoria, garantizadora y de tendencia adversativa, en el cual al Ministerio Público le corresponde perseguir el delito, ejercitar, cuando corresponde, la acción penal y probar la acusación; a la defensa resistir y desvirtuar las incriminaciones; y al juez tutelar derechos y emitir imparcial fallo.

VI. EL PROCESO COMÚN Y SUS TRES ETAPAS. SECUENCIA

A diferencia del año Código de Procedimientos Penales, el NCPP ofrece un proceso penal único: “el común” constituido por tres etapas: la investigación preparatoria; la etapa intermedia y, finalmente, la más trascendente o principal, el juzgamiento. Pasamos a explicar estas tres etapas:

6.1 INVESTIGACIÓN PREPARATORIA

El Ministerio Público es el titular de la promoción de la acción penal y al que le corresponde dirigir la investigación, desde su inicio (arts. IVº.1.2 TP, 322º.1, 330º.1), así como ejercer señorío en la misma. Con este propósito podrá solicitar apoyo de la policía, cuyas actuaciones habrá de supervisar cuidando, en especial, que la actividad policiaca investigadora se practique conforme a la Constitución y el estricto respeto de los derechos fundamentales de las personas.

Las diligencias preliminares (art. 330º), dirigidas a practicar actos urgentes o inaplazables que permitan determinar si han tenido o no lugar los hechos y asegurar los elementos materiales y vestigios del delito, además de individualizar a las personas actuantes en el evento criminal, son sumamente importantes en la investigación preparatoria, principalmente por aquello de que “tiempo que pasa es verdad que huye”.

El plazo establecido para estas diligencias es de 20 días (art. 334º.2), salvo que se haya producido la detención de alguna persona, o el fiscal, razonablemente, fije otro plazo mayor en razón de la complejidad y características del hecho pesquisado.

Si del informe policial (art. 332º) —llamado ahora así y no atestado, superando de este modo años de tradición prejuiciosa contra el incriminado— o de las diligencias preliminares aparecen indicios suficientes de la existencia de un delito, y se cumplen los demás requisitos establecidos por la ley (que la acción penal no haya prescrito, que se haya individualizado al imputado y, si fuera el caso, se hayan satisfecho los requisitos específicos para procesar), el fiscal procederá a emitir su disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria (art. 336º.1).

Procediendo así se deja atrás, también, la usanza del viejo Código que sometía la denuncia fiscal a calificación judicial para ver la posibilidad de apertura o no de instrucción, con el consiguiente arrebato de la labor fiscal y el paso de la misma a un operador completamente distante de la noticia criminal. La investigación salía de su inicial manejo y quedaba reducida, en su conocimiento, a un frío montón de actas.

Una vez expedida la disposición fiscal de formalización y respondiendo siempre a un actuar estratégico (art. 65º.4), el representante del Ministerio Público a cargo continuará con las indagaciones, ordenando otros actos de investigación pertinentes y útiles que en modo alguno repitan lo actuado en las diligencias preliminares, salvo que medien razones de complementación o ampliación de las mismas (art. 337º.1.2).

La finalidad de la investigación preparatoria es recabar toda la información que servirá para determinar si es posible someter a una persona determinada (imputado-acusado) a un juicio. El artículo 321º es aún más claro; para este ordinal la investigación preparatoria tiene por finalidad determinar si la conducta incriminada es delictuosa o no, sus circunstancias o móviles de acaecimiento, la identidad de su autor, partícipe o víctima, y la existencia del daño causado, pero siempre en la mira de permitir, con todo esto, al fiscal formular o no acusación y al imputado preparar su defensa. Ya no se admite más investigaciones que hacen del proceso una creación megacefálica, donde las indagaciones preparatorias son más importantes que el propio juzgamiento.

El plazo de la investigación formalizada es de 120 días, prorrogable hasta por 60 días más (art. 342º.1). En los casos complejos, entiéndase aquéllos que reclaman la actuación de muchos actos de investigación, comprendan la pesquisa de varios delitos, involucren gran cantidad de imputados o agraviados, giren en torno a delitos cometidos por integrantes o colaboradores de organizaciones criminales, demande la práctica de pericias sobre nutrida documentación o complicados análisis técnicos, necesidad de actuaciones procesales en el extranjero o importen la revisión de la gestión de personas jurídicas o del Estado, la duración es ocho meses y su prórroga exige resolución judicial (art. 342º.2.3). Cumplido el plazo o antes de éste (si es que se ha logrado el objetivo de la etapa) el fiscal tiene que pronunciarse, solicitando el sobreseimiento, al no poder configurar pretensión, o formular acusación si ha armado un caso que contiene su pretensión punitiva (art. 344º). Si no lo hiciera, entra en juego el nuevo instituto de control judicial del plazo, consistente en que luego de la audiencia el juez podrá ordenar al fiscal que se pronuncie en un sentido o en otro en el término de 10 días, bajo responsabilidad disciplinaria (art. 343º.2.3)

6.2 ETAPA INTERMEDIA

El fundamento de esta etapa es la idea de que los juicios deben ser preparados convenientemente y se debe llegar a ellos luego de una actividad eficiente y responsable. Desde el punto de vista del fiscal, esta etapa permitirá garantizar que a juicio solo vayan los casos idóneos para obtener una condena. En cambio, la defensa propugnará realizar un filtro de pruebas y podrá hacer fracasar el proceso con salidas como los medios técnicos de defensa.

Sánchez Velarde, por su lado, indica:

“Toda actividad probatoria actuada debe ser sometida a los filtros o controles necesarios de legalidad y pertinencia, para su admisión a juicio. La etapa intermedia comprende desde el momento que se dispone la conclusión de la investigación preparatoria hasta que se dicta el auto de enjuiciamiento (art. 353º) del proceso, o cuando el juez se decide por el sobreseimiento del proceso (art. 347º”¹⁷

Asimismo, remarca¹⁸ que la audiencia de control de esta etapa se da porque tanto el sobreseimiento o la acusación pueden ser cuestionados, siendo la concurrencia del fiscal y del defensor obligatoria.

En esta etapa (art. 350º) pueden interponerse, además, nuevos medios técnicos de defensa, no planteados con anterioridad o que se basen en nuevos fundamentos. De igual manera, el juez de la investigación preparatoria podrá pronunciarse sobre el mantenimiento o la revocación de medidas de coerción, así como (art. 352º) ejercer el control de admisibilidad de las pruebas ofrecidas para su actuación en el juicio oral, permitiendo acuerdos probatorios entre las partes, cuidando que lo ofrecido en materia de pruebas sea útil, conducente y pertinente; además, de practicar, si es del caso, prueba anticipada, según las reglas del art. 245º. Las resoluciones que el juez emita sobre los medios de prueba o las convenciones probatorias, son irrecuperables.

Interesa destacar que superado el esquema de mero trámite que aún pervive en la fase intermedia del viejo código, llamada “actos preparatorios de la audiencia”, el NCPP permite que, pese a existir acusación fiscal, si ésta no pasa los exigentes filtros (forma y sustancia, debatidos en audiencia) de la etapa y se configuran los supuestos del sobreseimiento (el hecho objeto de la causa no se realizó o no puede atribuirse al imputado, el hecho imputado no es típico o concurre una causa de justificación, de inculpabilidad o de no punibilidad, la acción penal se ha extinguido, y no existe razonablemente posibilidad de incorporar en el juicio nuevos elementos de prueba. arts. 344º.2 y 352º.4), aquél habrá de ser declarado, inclusive de oficio. Ya no basta, entonces, que la acusación esté formalmente completa para ser llevado, sin excusa, a un juicio inútil, como otrora. El nuevo modelo exige que la acusación también posea sustancia y configure una pieza que justifique el paso a juicio.

17 SÁNCHEZ VELARDE, Pablo, *Introducción al nuevo Proceso Penal*, Lima: IDEMSA, 2005, p. 111.

18 SÁNCHEZ VELARDE, Pablo *Idem.*, pp. 113 y ss.

El auto de enjuiciamiento (art. 353º) deja de ser producto mostrencio de simple automatismo para contener la resolución de cada una de las cuestiones planteadas en esta etapa, además de indicar el nombre de los imputados y de los agraviados, el delito o delitos materia de la acusación y su referencia legal, las tipificaciones alternativas o subsidiarias (art. 349º.3), los medios de prueba admitidos, el ámbito de las convenciones probatorias, las partes constituidas en la causa, la procedencia, subsistencia o variación de las medidas de coerción, y la orden de remisión de los actuados al juez de juicio. Apréciese debidamente esto, con el correcto afán de no contaminar objetivamente al juez o juzgado de decisión o fallo, toda la etapa intermedia y hasta la emisión del auto de enjuiciamiento corre a cargo del juez de la investigación preparatoria, quien con la emisión de esta resolución concluye su trabajo, evitando así que el juez que se ocupará del juicio entre en contacto con los actos anteriores al inicio y desarrollo de la etapa estelar: el juicio público y oral.

6.3 JUICIO PÚBLICO Y ORAL

La etapa del juzgamiento (art. 356º) comprende la preparación del debate, el desarrollo del juicio, la actuación probatoria, la formulación de los alegatos finales y la deliberación y emisión de sentencia. El juicio público y oral se practica bajo la dirección del Juzgado Penal Unipersonal o del Juzgado Penal Colegiado (art. 28º.1.2), sobre la base de la acusación fiscal y en el marco del más estricto respeto de las garantías procesales estipuladas por la Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos.

Como anota Sánchez Velarde,¹⁹ el juicio puede concluir anticipadamente, esto es seguir un camino simplificado si el acusado reconoce su responsabilidad y asume la reparación civil. El efecto inmediato de esta circunstancia es que no habrá debate contradictorio y se dictará sentencia en la misma sesión o no más allá de las siguientes 48 horas. Este paso simplificador es una de las alternativas que puede tomar el acusado, una vez que el juez le informe de sus derechos y le pregunte si admite ser autor o partícipe del delito materia de acusación y responsable de la reparación civil, conforme a los términos contenidos en el alegato de entrada del fiscal (arts. 371º.2.3 y 372º). Para estimular la conclusión del juicio mediante conformidad del acusado, el legislador permite que éste, antes de responder, conferencie con el fiscal para llegar a un acuerdo sobre la pena.

Que el juzgamiento sea público, significa que el imputado habrá de defenderse de la acusación en un proceso abierto, que pueda ser espectado y conocido por cualquier ciudadano. Si se afirma que el juzgamiento es la etapa principal del proceso común, conviene explicar que el fundamento de esta aseveración radica en que es durante esta fase que se da la auténtica actuación probatoria, dirigida a crear convicción en el juez y cimentar su decisión condenatoria o absolutoria. Como indica San Martín

¹⁹ SÁNCHEZ VELARDE, Pablo, *Idem.*, p. 129.

Castro,²⁰ pasada la estación probatoria y la de los alegatos finales, se abre el momento final de la deliberación y la sentencia, propio del período decisorio al cual también pertenecen el pronunciamiento y documentación del fallo (arts. 392° y 396°), motivado por una correcta valoración del acervo probatorio, según las reglas de la lógica, ciencia y experiencia (art. 158°).

El sistema acusatorio entiende que el juzgamiento se afilia a determinados principios sin los cuales carece de validez, como lo reconocen las judicaturas de Huaura:

“....El juicio oral, que es la etapa principal del proceso, en el cual rigen especialmente la oralidad, la publicidad, la inmediación y la contradicción en la actuación probatoria, y en su desarrollo deben observarse los principios de continuidad del juzgamiento, concentración de los actos del juicio, identidad física del juzgador y presencia obligatoria del imputado y su defensor, asimismo, la audiencia debe desarrollarse en forma continua y podrá prolongarse en sesiones sucesivas hasta su conclusión, éstas tendrán lugar al día siguiente o subsiguiente de funcionamiento ordinario del juzgado, conforme así lo establece el artículo 356° del nuevo Código Procesal Penal”.²¹

VII. LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA

Existiendo la necesidad de perseguir el delito, el juzgamiento de sus posibles responsables requiere de una actividad previa de investigación, ágil y eficaz, pero respetuosa de las garantías instituidas a favor de los ciudadanos. En este entendido, la etapa de investigación es una fase de preparación de la acusación (de acopio de elementos de convicción para sustentarla o para declinar la realización de la misma) y del juicio oral.

Al respecto, el CPP., en su art. 321°.1 dice:

“La investigación preparatoria persigue reunir los elementos de convicción, de cargo y de descargo, que permitan al Fiscal decidir si formula o no acusación y, en su caso, al imputado preparar su defensa. Tiene por finalidad determinar si la conducta incriminada es delictuosa, las circunstancias o móviles de la perpetración, la identidad del autor o partícipe y de la víctima, así como la existencia del daño causado.”

La investigación preparatoria del nuevo modelo supera ampliamente la instrucción del modelo mixto con tendencia inquisitiva, vigente aún en gran parte del Perú. Se aspira a dejar en el pasado el secretismo y el excesivo formalismo en los actos de investigación, así como las vulneraciones de derechos esenciales del imputado. Se coloca a cada sujeto

20 SAN MARTÍN CASTRO, César, *Derecho Procesal Penal*, vol. 1, Lima, Grijley, 2^a ed., 2003, p. 721.

21 Exp. N° 0212-2006-Huacho. Resolución del 15 mayo del 2007.

procesal en su función constitucionalmente establecida; de este modo, y como muestra más palpable de la nueva orientación en la administración de justicia, tenemos que ahora es el fiscal quien investiga, no hay un juez investigador —menos uno que luego de indagar en contra del imputado lo condene— sino uno de garantías, cuya función principal es evitar que se afecten, por parte de los órganos de persecución penal, los derechos y garantías del imputado o de terceros, o que esa afectación sea excesiva y desproporcionada con relación al logro de los fines del proceso²² (art. 29°).

Algunos de los principios más saltantes aplicables en la investigación son el de legalidad, oportunidad y objetividad.²³ Algunos autores suelen contraponer el principio de legalidad al de oportunidad; sin embargo, hay opiniones discrepantes, como la de Binder, según la cual la oportunidad no es excepción ni surge del principio de legalidad, sino del principio de intervención mínima de la coacción estatal y de su persecución, ya que el Derecho Penal (sustantivo y adjetivo) solo hace su aparición en *ultima ratio*.

Por otro lado, el Código ha incorporado el principio de objetividad en la labor fiscal, según el cual debe buscar con igual ahínco los hechos que determinan y acreditan tanto la responsabilidad del imputado como su inocencia u otras circunstancias que lo favorezcan (arts. IV° y 61°.2). Se trata de algo más que el solo deber de objetividad; su elevación a principio de la labor investigadora, además de obligar al fiscal, lo orienta con deberes específicos a cumplir y ofrece instrumentos al imputado para hacerlos cumplir efectivamente. Por lo tanto, el deber de la carga probatoria fiscal ya no debe ser selectivo; su papel de defensor de la sociedad y de la legalidad, implica una tarea de inclusión en su trabajo de la reunión de las pruebas de la inocencia del imputado.

En el marco de la simplificación procesal y en esta etapa investigatoria, por razones de celeridad procesal y política criminal, se han previsto situaciones en las que se pueden aplicar instituciones que acorten el proceso, como la terminación anticipada o el principio de oportunidad. Todo ello siempre bajo la supervisión del juez de la investigación preparatoria (juez de garantías o de tutela).

VIII. FINALIDAD Y SECUENCIA DE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA

8.1 FINALIDAD DE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA

La investigación preparatoria busca reunir los elementos de convicción que permitan al fiscal decidir si formula o no acusación de cara al juicio oral; o también lo ayuda a decidir si con dichos elementos es posible optar por alguna salida alternativa o por la aplicación del principio de oportunidad. Empero, por orden expresa de la norma, y en

22 HORVITZ LENNON, María Inés. "La etapa de investigación". En: HORVITZ LENNON, María Inés y Juan LÓPEZ MASLE, *Derecho Procesal Penal chileno*, T. I, Santiago: Editora Jurídica Chile, 2002, p. 447.

23 *Op. cit.*, p. 448.

virtud del principio de objetividad fiscal, la búsqueda de fuentes de prueba no puede estar sesgada; debe incluir también los elementos de descargo. Siendo así, buscando que se cumplan sus preceptos, el código faculta al imputado y a los demás sujetos procesales, a solicitar al fiscal que se realicen todas las diligencias necesarias para el esclarecimiento de los hechos; si el fiscal no accede a lo solicitado, podrán recurrir al juez de la investigación preparatoria en busca de tutela, y este último decidirá sobre la procedencia de la diligencia (art. 337º. 4.5).

Esta etapa busca, también, que el imputado pueda preparar adecuadamente su defensa, ya sea realizando sus propias investigaciones o meditando sobre las que van siendo halladas por el persecutor penal.

Tenemos, entonces, que la finalidad propiamente dicha de esta etapa, es “determinar si la conducta incriminada es delictuosa, las circunstancias o móviles de la perpetración, la identidad del autor o partícipe y de la víctima, así como la existencia del daño causado” (art. 321º.1).

8.2 SECUENCIA DE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA

1. *Diligencias preliminares.* Las investigaciones empiezan desde que se toma conocimiento de la sospecha de la comisión de un hecho delictuoso (art. 329º.1). Si bien ya se trata de actos iniciales de una investigación preparatoria, suele llamárselos fase de “investigación preliminar”, quizá para diferenciarlos de los actos que ocurren durante la investigación preparatoria formalizada, aunque debe quedar muy bien establecido que forman parte de ésta, tanto así que las diligencias preliminares —urgentes e inaplazables— no podrán repetirse luego de emitida la disposición de formalización, salvo cuando medie grave defecto o necesidad de complementación (art. 337º.2), en cuyo caso procederá su ampliación.
2. *Formalización de la investigación preparatoria.* Se da con la calificación fiscal de la denuncia. Si el fiscal considera que el hecho no es justiciable penalmente o se presentan causas de extinción de la pena o del delito, archivará lo actuado (art. 334º.1). Por el contrario, si considera que existe delito, se ha identificado al autor y la acción penal se encuentra expedita, dispondrá la formalización y continuación de la investigación preparatoria (art. 336º). La disposición de formalización acarrea la suspensión de la prescripción de la acción penal y la facultad del fiscal de archivar la investigación sin intervención judicial (art. 339º).
3. *Práctica de actos de investigación.* En el esfuerzo por reunir elementos de convicción para elucidar los hechos y las responsabilidades, el fiscal desenvuelve estos actos, disponiendo la concurrencia del imputado, del agraviado y demás personas que puedan informar sobre circunstancias útiles para la investigación. Comparecer ante la fiscalía y rendir testimonio o emitir dictamen es obligatorio para agraviados, testigos y peritos; la concurrencia, aunque no la manifestación, también lo es para el imputado. La naturaleza preparatoria de estos actos y su

diferencia con los actos de prueba, reside en que no tienen carácter jurisdiccional y solo sirven para emitir resoluciones propias de la etapa a la que pertenecen o de la etapa intermedia, siempre que no se trate de pruebas anticipadas o actuaciones objetivas e irreproducibles (arts. IVº.3 y 325º), que trascienden su condición simplemente investigativa.

4. *Conclusión de la investigación preparatoria.* Esta etapa no puede ser temporalmente indeterminada; ni la situación jurídica del imputado estar sujeta a incertidumbre, con grave ofensa de la garantía de plazo razonable (art. Iº.1 TP). Por eso se ha establecido un escenario temporal, como ya se dijo antes, de 120 días u ocho meses, con posibilidad de prolongación, en casos simples o complejos (art. 342º), para que el fiscal realice sus investigaciones, y una vez vencido éste decida si solicita el sobreseimiento o formula acusación. Si no lo hace así, el juez dará por concluida la investigación (arts. 343º y 344º).

Lo decidido por el fiscal (sobreseimiento o acusación) queda sujeto a control jurisdiccional, con lo que se abre la siguiente etapa denominada intermedia.

IX. EL PAPEL DEL MINISTERIO PÚBLICO EN LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA. ACTUACIÓN ESTRATÉGICA DE LOS FISCALES

Insistir en que al Ministerio Público le compete conducir, desde su inicio, la investigación del delito y controlar los actos de investigación que realiza la policía (artículos IVº TP y 60º), es natural consecuencia de la opción acusatoria del modelo procesal asumido por la reforma; esto en modo alguno menoscaba, posterga o discrimina la función policial, sino que la encarrila para ponerla al servicio de una eficiente y eficaz persecución del delito y oportuno ejercicio de la acción penal que haga valer, cuando corresponda, la pretensión punitiva estatal. Desde esta perspectiva es razonable que el legislador indique que la policía está obligada a cumplir los mandatos del Ministerio Público, entre los cuales puede estar la disposición de que practique las diligencias preliminares (art. 65º.2), o refiera que tan pronto tenga noticia de la comisión de un delito, lo pondrá en conocimiento inmediato de aquél (art. 331º.1); sin que de esto se pueda concluir que se neutraliza el actuar policial, pues también el legislador ha considerado que la policía —inclusive por propia iniciativa— debe tomar conocimiento de los delitos y realizar las diligencias urgentes e imprescindibles para impedir sus consecuencias, individualizar a sus autores y partícipes, y reunir y asegurar los elementos de prueba que puedan servir para la aplicación de la ley (art. 67º), confiriéndole, además, una extensa lista de atribuciones (art. 68º).

Ocurre, sin embargo, que la actuación fiscal no se agota en lo histórico o en la reconstrucción del evento criminoso, para lo cual la policía le brinda significativo y operativo respaldo, sino que trasciende hacia la configuración de la pretensión punitiva, que una vez probada en juicio será lo único que permita alcanzar un fallo condenatorio contra el autor o partícipe del delito investigado. Esta ineludible orientación del trabajo fiscal, derivada

de la titularidad del ejercicio de la acción penal, es la que confirma el papel dirigente del Ministerio Público en la investigación; conducción que, desde luego, para ser tal, debe ser estratégica (art. 65°.4), no oficinesca o meramente reactiva, en el entendido de que —siempre considerando la importancia que en toda pesquisa tiene el apropiado análisis y manejo de la noticia criminal, la presencia en la escena del crimen, la revisión meticolosa de la misma, la ubicación y recojo de vestigios, instrumentos, objetos y efectos del delito, y el aseguramiento de la cadena de custodia de la evidencia— el Fiscal planeará la investigación, fijará su objeto, cuidará celosamente el respeto de las formalidades de los actos de investigación para garantizar su validez, así como programará y coordinará con quienes deba hacerlo el uso de pautas, técnicas y medios indispensables para reunir los elementos de convicción que requiera.

X. LA CONSTRUCCIÓN DE LA TEORÍA DEL CASO

La «*teoría del caso*» es el planteamiento estratégico formulado por una de las partes desde el cual se busca alcanzar la convicción del juez o colegiado; quien, tras valorar todas las pruebas, otorga razón al punto de vista formulado por el hábil litigante (fiscal o abogado defensor).

Este gran desafío de la litigación oral es producto de una metodología constructiva de calidad²⁴ que comienza a elaborarse desde el momento en que se asume el caso. Dependiendo de la etapa procesal, la teoría del caso irá perfilándose; de este modo, durante la investigación preparatoria el fiscal debe incorporar entre sus posibilidades la culminación del proceso por terminación anticipada o prever que el imputado vaya a solicitarla, por ejemplo.

Para su construcción, se deben seguir los siguientes pasos:

Primero.- Tener un conocimiento, lo más claro y completo posible, de todos los hechos que componen la imputación.

Segundo.- Construir un relato de los hechos.

Tercero.- Determinar la teoría jurídica que debe aplicarse.

Cuarto.- Concebir diversas proposiciones reales del caso.

Quinto.- Recopilar evidencias que, seleccionadas, acrediten las proposiciones de la teoría del caso, en el juicio oral.

24 Se emplea la frase “metodología constructiva de calidad”, porque se considera que la *teoría del caso* debe ser producto de un análisis secuencial (paso a paso) desde que nace como una hipótesis hasta que llega a concretarse en teoría. Este proceso teleológico siempre debe tener como motor a la crítica, de manera que permita una incesante revisión y retroalimentación basadas, ambas, en el significado que pueda darse a las pruebas existentes.

Sexto.- Establecer el orden de presentación de las pruebas de acuerdo a la estrategia que se tiene para el juicio oral.

Séptimo.- Detectar las debilidades del caso.

Octavo.- Sintetizar la teoría del caso en una frase o título.

10.1 TENER UN CONOCIMIENTO CLARO E ÍNTEGRO DE TODOS LOS HECHOS QUE COMPONEN EL CASO

Lo primero en la construcción de la teoría del caso es dedicar especial atención a la investigación, búsqueda, identificación, definición, análisis e interpretación de todos los hechos que llegan a conocimiento del operador. Esto implica conocer en forma clara e integral todos los comportamientos, circunstancias, móviles, medios, y en general todos los hechos que componen el caso.

10.2 CONSTRUIR UN RELATO DE HECHOS

Al tener un conocimiento total de la información allegada, se podrá definir qué hechos son relevantes penalmente; es decir, si pueden satisfacer o no los elementos legales que estructuran el delito por el cual se procesa al imputado.

Algunos hechos parecerán tener alguna relevancia penal, pero no será necesario incorporarlos al alegato, ya que, por ejemplo, pueden ser objeto de acuerdo con la contraparte (por convención. Art. 350°. 2), o que sea innecesario llevarlos a la controversia oral por no haber discusión alguna al respecto (art.156°. 3). Es el caso, por ejemplo, del acuerdo a que podría llegar la fiscalía y la defensa, sobre la causa de muerte.

Con estos elementos el abogado (fiscal o defensor) debe construir una historia o relato persuasivo *lógico y creíble*.

Un relato es *lógico*, por ejemplo, cuando narra los hechos en forma cronológica, haciendo que los hechos antecedentes sean efectiva y natural causa de aquellos sobrevivientes o posteriores.

Un relato es *creíble* cuando el narrador es capaz de transmitir seguridad y convicción con respecto a su capacidad de acaecimiento y demostración. No es creíble un relato que se ha construido alrededor de una teoría del caso ambigua, incoherente o contradictoria.

10.3 DETERMINAR LA TEORÍA DEL DELITO A APLICAR

La imputación correctamente formulada es la llave que abre la puerta de la posibilidad de defenderse eficientemente, pues permite negar todos o algunos de sus elementos para evitar o aminorar la consecuencia jurídico penal. No puede reposar

en una atribución más o menos vaga o confusa de malicia o enemistad con el orden jurídico; esto es, un relato impreciso y desordenado de la acción u omisión que se pone a cargo del imputado, y mucho menos en una abstracción [cometió homicidio o usurpación], acudiendo al nombre de la infracción, sino que, por el contrario, debe tener como presupuesto la afirmación clara, precisa y circunstanciada de un hecho concreto, singular, de la vida de una persona.

Esto significa describir un acontecimiento —que se supone real— con todas las circunstancias de modo, tiempo y lugar que lo ubiquen en el mundo de los hechos (temporal y espacialmente) y le proporcionen su materialidad concreta.

10.4 CONCEBIR DIVERSAS PROPOSICIONES REALES DEL CASO

Lo siguiente será construir las proposiciones fácticas, que no son otra cosa que el encuadramiento legal de los hechos materia del proceso. Una proposición fáctica es una afirmación de hecho que satisface un elemento legal, remitiéndose a experiencias concretas del caso, experiencias sobre las que un testigo sí puede declarar.

Se toma entonces cada hecho relevante; se lo compara con uno o varios elementos del delito y se determina si aquél se subsume en éste o éstos. De ser así, se formula una o varias proposiciones fácticas para cada elemento legal.

10.5 RECOPILAR EVIDENCIAS, QUE SELECCIONADAS ACREDITEN EL CASO EN EL JUICIO ORAL

Después de haber identificado y seleccionado los hechos que tienen la capacidad de producir un efecto jurídico determinado, corresponde acreditar aquéllos que efectivamente hayan sucedido, lo cual se logra mediante la determinación de los diversos medios de prueba.

Para esto hay que tener en cuenta las proposiciones seleccionadas para fundamentar la pretensión penal. Un inventario detallado de éstas permitirá determinar los medios probatorios más idóneos para demostrar que los hechos identificados sí se encuadran dentro del precepto normativo.

A cada proposición debe corresponder uno o varios medios de prueba que la demuestren o nieguen. Lo que debe buscar el operador es aquel medio de prueba que mejor demuestre su proposición fáctica.

El análisis de las pruebas como elemento de la teoría del caso culmina con un juicio de valor que asigna una determinada capacidad de demostración a los medios probatorios con que se cuenta. El hecho está probado (prueba) cuando se ha demostrado su acaecimiento, a través de medios idóneos (medios de prueba) aplicados sobre determinados objetos o personas (fuentes y/o órganos de prueba), de los cuales se extraen elementos de convicción (evidencias) con capacidad de demostración.

10.6 ESTABLECER EL ORDEN DE PRESENTACIÓN DE LA PRUEBA

Conforme al planteamiento estratégico que tenga el abogado (fiscal o defensor), debe establecerse un orden en la presentación de la evidencia pues ello acreditará que la estrategia es clara y coherente.

Este orden servirá para ver qué evidencias tienen mayor fuerza probatoria y cuáles son débiles. Siempre se debe hacer una ponderación a fin de priorizar las evidencias fuertes. Esto depende, como queda claro, de la teoría del caso que tenga el litigante.

10.7 DETECTAR LAS DEBILIDADES DEL CASO

Siempre es conveniente anticipar futuros problemas que pudieran presentarse, a causa de los efectos que pueda tener la introducción de ciertos medios de prueba de la contraparte. Éstos deben ser siempre analizados y revisados para descubrir sus fortalezas y debilidades, y así en el juicio poder minimizar las primeras y resaltar las otras.

10.8 SINTETIZAR LA TEORÍA DEL CASO EN UNA FRASE O TÍTULO

Toda teoría del caso contiene un lema. El lema o título es el asunto central de esta historia persuasiva presentada ante el juez. Es una frase, emblema, una calificación de los hechos que se repite a lo largo de todo el juicio oral. El propósito es fijar en el juzgador la esencia de la teoría del caso.

A modo de conclusión se puede decir que todos estos pasos servirán para construir la teoría del caso, el planteamiento sobre los hechos penalmente relevantes, las pruebas que lo sustentan y los fundamentos jurídicos que lo apoyan.

Se presentará en el alegato inicial como una historia que reconstruye los hechos con el propósito de persuadir al juzgador. Esta historia persuasiva contiene escenarios, personajes y sentimientos que acompañan toda conducta humana.

Es la teoría que cada una de las partes plantea en el proceso penal sobre la forma en que ocurrieron los hechos, la responsabilidad o no del acusado, según las pruebas que presentarán durante el juicio.

Este guion que se presentará en el juicio a través de la prueba siempre debe ser sencillo, lógico, creíble, flexible y con gran suficiencia jurídica en sus tres niveles de análisis: jurídico, fáctico y probatorio.

XI. LA DIRECCIÓN FISCAL DE LAS ACTUACIONES POLICIALES

La etapa de la investigación preparatoria está a cargo de fiscal, quien se desempeña de forma corporativa, conjuntamente con otros fiscales.

La facultad de dirección entregada al fiscal, consiste en programar estratégicamente y desde la perspectiva jurídico penal los actos de investigación y ejecutarlos con la mayor eficiencia y eficacia posible, siempre desde los principios constitucionales y de legalidad.

Con este fin, el fiscal debe coordinar y requerir apoyo para la aplicación de pautas científico-técnicas, así como para el empleo de los medios adecuados para el recojo de medios de convicción. Así mismo, requerirá informes a quienes corresponda.

Por otro lado, para el esclarecimiento de los hechos, el fiscal podrá encomendar de oficio o a petición de parte que la policía lleve a cabo algunas diligencias que no requieran de autorización judicial ni sean de índole jurisdiccional. En estos casos, deberá precisarse el objeto de la diligencia y puntualizar las pautas jurídicas a tener en cuenta para asegurar la validez de la actuación (art. 65°.3).

De igual manera, la práctica de actos de investigación requiere en algunos casos de la colaboración de autoridades o de funcionarios públicos, quienes proporcionarán información o elementos en el ámbito de su competencia y cumpliendo los requerimientos y pedidos de informes conforme a ley.

Finalmente, podrá el fiscal disponer la protección de la escena del delito y demás lugares que fuera necesario proteger con fines de investigación, para que no sean alterados, contaminados, destruidos, ocultados, sustituidos, sustraídos los datos indiciarios, así como los instrumentos y efectos del delito.

Por otro lado, de acuerdo a lo prescrito por el artículo 65°.3 *in fine*, la labor de la policía en función de investigación se encuentra sujeta a la dirección o conducción del fiscal. La policía, en función de investigación, debe inclusive, por propia iniciativa, tomar conocimiento de los delitos y dar cuenta inmediata al fiscal. No obstante, la policía puede llevar a cabo diligencias urgentes e imprescindibles que resulten necesarias para impedir las consecuencias delictivas, individualizar a los autores y/o partícipes, reunir y asegurar los elementos de prueba que puedan servir para la aplicación de la ley penal (art. 67°.1).

Sin perjuicio de lo descrito anteriormente, conforme al artículo 68°, la policía podrá:

- a. Recibir denuncias escritas o sentar acta de las verbales, así como tomar declaraciones a los denunciantes.
- b. Vigilar y proteger el lugar de los hechos para evitar que sean borrados las huellas y vestigios, o destruidos, ocultados o retirados.
- c. Practicar el registro de personas o prestar auxilio a las víctimas del delito.
- d. Recoger y conservar todos los objetos e instrumentos relacionados con el delito, así como todo elemento material que pueda servir a la investigación.
- e. Practicar las diligencias orientadas a la identificación de los autores o partícipes del delito.
- f. Recibir declaraciones de quienes presenciaron la comisión del hecho.
- 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 e informarles sobre sus derechos.

- i. Asegurar documentos privados que fueren útiles para la investigación, poniéndolos inmediatamente a disposición del fiscal, quien a su vez los remitirá al juez de la investigación preparatoria para su examen. Si ello no fuera posible, la policía dará cuenta de dicha documentación, describiéndola resumidamente.
- j. Allanar locales de uso público, o abiertos al público.
- k. Efectuar bajo inventario los secuestros e incautaciones necesarios en caso de delito flagrante o de peligro inminente de su perpetración.
- l. Recibir la manifestación de los presuntos autores y partícipes del delito, con presencia obligatoria del abogado defensor. Si éste no se hallare presente, el interrogatorio se limitará a constatar la identidad de aquéllos.
- m. Reunir cuanta información adicional de urgencia permita la criminalística para ponerla a disposición del fiscal.
- n. Sentar acta detallada de todo cuanto haya realizado, para ser entregada al fiscal.
- o. Permitir que el imputado y su defensor conozcan las diligencias practicadas, salvo que el fiscal haya ordenado el secreto por un plazo razonable.
- P. Elevar el respectivo informe policial (art. 332º) a la Fiscalía, conteniendo los antecedentes que motivaron la intervención, la relación de las diligencias efectuadas y el análisis de los hechos investigados, absteniéndose de calificar jurídicamente el hecho y menos de imputar responsabilidades. Al informe, adjuntará todo lo actuado.

XII. EL TRATAMIENTO DE LA NOTICIA CRIMINAL

En cuanto la policía toma conocimiento de la comisión de un delito, está en la obligación de ponerlo en conocimiento del Ministerio Público, empleando para ello la vía más rápida, sin perjuicio de hacerlo también por escrito. Destacarán los elementos esenciales que conoce del hecho y demás elementos que haya recogido, así como la actividad cumplida, sin perjuicio de dar cuenta de toda la documentación que pudiera existir (art. 331º.1).

Comunicada la noticia del delito, la policía continuará las investigaciones que haya iniciado y después de la intervención del fiscal (art. 331º.2) practicará las actuaciones que le sean delegadas. Además, deberá coordinar con el Fiscal las pautas y estrategias necesarias para la investigación, de acuerdo al art. 333º.

En todos los casos en que intervenga, la policía elevará al fiscal un informe policial (art. 332º). Empero, cuando la Fiscalía recibe directamente la denuncia y con ella la noticia criminal, el fiscal de turno podrá optar por remitirla a la policía para iniciar bajo su dirección la investigación del hecho, o llevar a cabo la investigación sin la intervención policial.

¿Cuándo en un caso, y cuándo en el otro?

Hay casos en los que el denunciante, que no necesariamente tiene que ser la víctima, pone en conocimiento del fiscal el hecho, pero desconoce la identidad del imputado (art. 334º.3); hay otras circunstancias en las que el fiscal —al tomar conocimiento directo de los hechos— advierte que los actos de investigación a realizarse son especializados, y que por tanto

necesita del auxilio policial (por ejemplo, art. 341º.1). En ambas situaciones, es obvio que el fiscal deberá requerir el apoyo de la policía. En todos los demás casos, podrá llevar adelante una investigación por sí mismo, esto es directamente y sin delegación de actuaciones.

En el marco de la noticia criminal, ha de tenerse en cuenta que los delitos de persecución oficial o pública pueden ser denunciados por cualquier ciudadano, tanto a la policía como al Ministerio Público, y que esa facultad se torna obligación cuando se trata de personas a las que la ley les impone tal deber, o cuando son profesionales de la salud por delitos que conozcan en el curso de su actividad o educadores con respecto a hechos acaecidos en los centros educativos; con más razón se comprende a los funcionarios que, por sus atribuciones o cargos, se enteran de la realización de algún hecho delictuoso (art. 326º).

En este terreno, el concepto garantizador del modelo no está ausente, pues nadie tiene obligación de denunciar a su cónyuge o parientes, o si media secreto profesional (art. 327º).

Para evitar excesos o denuncias anónimas y maledicentes, el legislador ha pautado las características esenciales de la denuncia, al exigir que el denunciante se identifique, narre detallada y verazmente los hechos y, de ser posible, individualice al presunto responsable, facilitando este acto al darle forma verbal o escrita (art. 328º).

Frente a la determinación que el fiscal tome respecto a la denuncia, cuando lo dispuesto consiste en su archivamiento, el denunciante quedará habilitado para pedir al fiscal que eleve las actuaciones al fiscal superior, quien podrá ordenar se formalice la investigación, se archive lo actuado o se proceda según corresponda; por ejemplo, se realicen más diligencias preliminares (art. 334º.5.6).

Para evitar deformaciones como las denuncias en “cascada”, las disposiciones fiscales de archivo —esto es, de no formalización— impiden que otro fiscal promueva u ordene que el inferior jerárquico promueva investigación por los mismos hechos, siempre que no se aporten nuevos elementos de convicción que aconsejen reexaminar lo actuado por el fiscal que previno (art. 335º).

XIII. UBICACIÓN Y PRESERVACIÓN DE FUENTES DE PRUEBA

La ubicación y preservación de las fuentes de prueba, así como el conjunto de la actividad probatoria, se realiza a la luz de las garantías contenidas en la Constitución Política y los tratados internacionales sobre derechos humanos (art. 155º), por lo que está prohibido usar y valorar fuentes de prueba allegadas con infracción de los derechos fundamentales de la persona.²⁵

25 Sobre la exclusión de las fuentes de prueba ubicadas y preservadas en violación de derechos fundamentales, ver entre otros: Cf., DÍAZ CABIALE, José Antonio *et al. La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*. Madrid: CIVITAS, 2001, p. 65 y ss. GUARIGLIA, Fabricio. *Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el proceso penal*. Buenos Aires: Editores de

El código establece diversas instituciones que procuran la ubicación y preservación de las fuentes de prueba. Así, tenemos que todos los actos de investigación desplegados están dirigidos a ubicarlas y fijarlas, para su ulterior incorporación al proceso, contemplándose actos simples y también complejos de indagación; es más, autorizándose medidas limitativas o restrictivas de derechos con motivo de la búsqueda de prueba, sobre todo de la material, como es fácil percibirse a partir de la regulación del allanamiento y registro domiciliario (art. 214°), incautación y registro de personas (arts. 217° y 316°), exhibición o secuestro de bienes (art. 218°), exhibición e incautación de actuaciones y documentos no privados (art. 224°), interceptación e incautación postal (art. 226°), intervención, grabación o registro de comunicaciones telefónicas o de otras formas de comunicación (art. 230°) y clausura o vigilancia de locales e inmovilización (art. 237°).

XIV. DILIGENCIAS PRELIMINARES DE INVESTIGACIÓN

El propósito de las diligencias preliminares es realizar actos urgentes o inaplazables que permitan determinar si han tenido lugar los hechos denunciados o conocidos y su cualidad delictuosa, así como asegurar los elementos materiales de su comisión, individualizar a los involucrados en el hecho, incluyendo a los agraviados, y, dentro de lo permitido por la ley, asegurarlos debidamente (art. 330°.2). Justamente, con esta finalidad es que el fiscal conduce y controla jurídicamente los actos de investigación que realiza la policía (art. IV°. 2, pr. de objetividad fiscal).

La importancia de estas diligencias, cuyo plazo es de 20 días o más si el fiscal lo determina, de acuerdo a las características, complejidad y circunstancias del hecho pesquisado, es notable porque sus resultados serán los que el representante del Ministerio Público califique para emitir la disposición de archivo o de formalización de la investigación preparatoria y prosecución de ésta (art. 336°).

Entre el grueso de las diligencias preliminares destaca aquélla que consiste en que el fiscal se constituye de inmediato en el lugar de los hechos con el personal y medios especializados necesarios, para efectuar un minucioso examen y establecer la realidad o materialidad de lo acaecido, impedir que el delito produzca consecuencias ulteriores o se altere la escena del crimen (art. 330°.3). Conectadas como están con la noticia criminal, las diligencias preliminares representan el eficaz manejo de este insumo; de ahí que el fiscal deba planificarlas y pautarlas detalladamente, como expresión de un proceder eficientemente estratégico, cuyos frutos se dejarán sentir cuando sobre la base de lo investigado construya su teoría del caso, acuñe con firmeza la pretensión acusatoria y la acrede o pruebe en el juzgamiento siempre desde la perspectiva garantizadora habrá de sostenerse que las

Puerto, 2001, pp. 7 y ss. ZAPATA GARCÍA, María. *La prueba ilícita*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2004, pp. 27 y ss. DE URBANO CASTRILLO, Eduardo et al. *La prueba ilícita penal. Estudio jurisprudencial*. Navarra: Aranzandi, 2003, pp. 42 y ss.

diligencias preliminares no pueden extenderse indefinidamente, al extremo de desnaturalizar la garantía del plazo razonable, razón más que suficiente para que el legislador haya facultado al imputado a solicitar del fiscal la conclusión de las mismas cuando considera que su duración es excesiva y, en caso de no ser atendido, ocurrir ante el juez de garantías o de la investigación preparatoria para que resuelva la incidencia previa audiencia (art. 334º.2).

XV. EL MANEJO DE LA ESCENA DEL CRIMEN

La escena del crimen o suceso, es aquel lugar donde se ha suscitado un hecho susceptible de ser investigado por las autoridades. Dicho lugar puede ser abierto, donde no existan barreras artificiales, o bien cerrado, cuando se trata de un recinto con paredes o condiciones similares, o mixto, cuando el lugar posee características de los dos anteriores.²⁶

Depende del manejo de esta escena el cumplimiento inicial del derecho al debido proceso; pues éste se verá sensiblemente afectado si se recogen las evidencias o vestigios sin cuidado, o intervienen personas neófitas o ineficientes, o se la contamina, o en el peor de los casos desaparecen fuentes de prueba.

La recolección de las evidencias es tarea del fiscal, del miembro policial encargado de las investigaciones preliminares, del perito y del fotógrafo, debiendo tomarse todas las precauciones para que no se dañen los objetos que se encuentran en el interior de la escena del crimen y que pueden ser de valiosa utilidad en la búsqueda de la verdad.

La cadena de custodia es un sistema documentado que es aplicado a los elementos materiales probatorios y a las evidencias físicas por las personas responsables del manejo de los mismos, desde el momento en que se encuentran o aportan a la investigación hasta su disposición final, lo que no solo permite garantizar su autenticidad, sino demostrar que se han aplicado procedimientos estandarizados para asegurar las condiciones de identidad, integridad, preservación, seguridad, continuidad y registro;²⁷ para que ese material probatorio pueda ser incorporado validamente al proceso. También es:

“el conjunto de etapas o eslabones desarrollados en forma científica y legítima en una investigación judicial con el fin de: a) evitar la alteración (y/o destrucción) de los indicios materiales al momento (o después) de su recopilación; y b) dar garantía científica plena de que lo analizado en el laboratorio forense (o presentado en el juicio) es lo mismo recabado (o decomisado) en el propio escenario del delito (o en otro lugar relacionado con el hecho)”.²⁸

26 Cf., CAMPOS, Federico. “La relevancia de la custodia de la evidencia en la investigación judicial”. *Revista Medicina Legal de Costa Rica*. Heredia, Costa Rica, marzo del 2002, pp. 27-52. DURÁN, Jaime. *La escena del crimen fuente de la prueba material*. Quito: Centro de Publicaciones, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 1977, pp. 90 123.

27 *Manual de Policía de Bogotá*. Fiscalía General de la Nación.

28 CAMPOS, Federico. “La relevancia de la custodia de la evidencia en la investigación judicial”. *Revista Medicina Legal de Costa Rica*. Heredia, Costa Rica, marzo del 2002, p. 3.

XVI. LOS CUIDADOS CON LA CADENA DE CUSTODIA DE LA EVIDENCIA

Para una eficiente investigación, que siente bases sólidas de actuación en el juzgamiento, no basta ubicar y recoger fuentes de prueba, vestigios, efectos, objetos e instrumentos del delito, sino también hacerlo de la manera más escrupulosa para consagrar su validez. De esto se trata cuando se menciona la cadena de custodia de la evidencia (arts. 220°.5 y 318°), el registro exacto e individualizado que evite confusiones con los bienes ocupados, incautados o secuestrados, la identificación del funcionario o persona que asume la responsabilidad o custodia del material concernido, todo lo cual debe constar detalladamente en acta. Desde esta perspectiva, deben rechazarse aquellos indebidos estilos de trabajo que equivocadamente operan el recojo de evidencia sin ninguna previsión, a mano desnuda, sin guantes, omitiendo el aislamiento y sellado de aquélla. Los argumentos que se contraponen al respeto de la cadena de custodia, atribuyéndole innecesaria formalidad, son la respuesta no profesional de quienes han perdido de vista la importancia que tiene, en el nuevo modelo y en cualquier proceso debido, la legitimidad de la prueba y la regularidad de los procedimientos de incorporación de elementos materiales al proceso, sin las cuales se vicia el acervo probatorio, se facilita la aplicación de la regla de exclusión y con ello se impide una valoración integral de la prueba. Nunca debe olvidarse que los errores iniciales, sobre todo aquéllos que se cometen durante las diligencias preliminares y, en éstas, en el acopio de evidencias, se pagan muy caro en la oportunidad de los controles a que se somete la acusación en la etapa intermedia y durante la actuación probatoria que distingue al juicio público y oral.

XVII. LOS ACTOS ESPECIALES DE LA INVESTIGACIÓN: CIRCULACIÓN Y ENTREGA VIGILADA DE BIENES DELICTIVOS Y ACTIVIDAD DEL AGENTE ENCUBIERTO

17.1 CIRCULACIÓN Y ENTREGA VIGILADA DE BIENES DELICTIVOS

Estos actos especiales de investigación son la respuesta legislativa al importante número de tratados internacionales que en los últimos años se han celebrado con el objetivo de “combatir” la criminalidad organizada.²⁹

El Código se ocupa del asunto de la entrega vigilada en el Título IV del Libro Tercero al tratar los Actos especiales de investigación. En la doctrina y en el derecho interno de los Estados, las definiciones de entrega vigilada mantienen en lo esencial los conte-

²⁹ Cf., SHAW, James. *Derecho Internacional sobre el uso de operaciones encubiertas y vigilancia electrónica en la lucha contra la delincuencia transnacional organizada, en uso de agentes encubiertos y vigilancia electrónica en la lucha contra el crimen organizado y la corrupción*. Lima: Naciones Unidas - Oficina contra la Droga y el Delito-OPCION, 2005, p.23.

nidos y significados aportados por los convenios internacionales, introduciendo muy pocos elementos o características adicionales. Así, PRADO SALDARRIAGA,³⁰ precisa que entrega vigilada es la técnica especial de investigación que permite que una remesa de drogas, armas, insumos químicos o cualquier otra especie de procedencia o tráfico ilegal, y que se envía ocultamente, pueda llegar a su lugar de destino sin ser interceptada por las autoridades competentes, a fin de individualizar a los remitentes, a los destinatarios, así como a los demás involucrados en dicha actividad ilícita.³¹ Esta definición se desprende también del artículo 340º del Código bajo comentario.

Como apunta el citado autor, a diferencia de los procedimientos tradicionales de cooperación judicial internacional en materia penal, que desarrollan sus clasificaciones en función del rol activo o pasivo que le toca cumplir a los Estados involucrados en un requerimiento de colaboración, la naturaleza reservada de las operaciones encubiertas y de la entrega vigilada determinan que se adopten otros criterios de clasificación. Teniendo en cuenta este factor, los incisos 2 y 3 del art. 340º han precisado las modalidades de la circulación de las especies vigiladas. Así, se puede distinguir:

1. Entrega vigilada con sustitución o limpia. Aquella donde las especies o bienes ilícitos originales que deben circular son sustituidos total o parcialmente por objetos o sustancias similares pero inocuas y lícitas.³² En este punto, el Código también permite la interceptación y apertura de los envíos postales que resulten sospechosos. Asimismo, autoriza la sustitución de sus contenidos delictivos por especies inocuas para su posterior entrega vigilada. Para ambos caso se exige la observancia de las normas especiales sobre interceptación e incautación postal.³³
2. Entrega vigilada interna o de destino, tiene lugar cuando la información sobre la remisión de especies ilícitas es obtenida por las autoridades del Estado de destino de las mismas. En tal situación, el requerimiento para activar el procedimiento de la entrega vigilada se plantea a los Estados de origen o de tránsito de la remisión

30 PRADO SALDARRIAGA, Víctor. "La entrega vigilada: orígenes y desarrollos". En: http://www.unifr.ch/derechopenal/articulos/pdf/02septiembre06/entregavigilada_prado.pdf f (Consultado el 10-09-07).

31 Así, esta definición se puede extraer del art. 1º de la Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas (Convención de Viena del 1988), y del literal h del artículo 2º de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Convención de Palermo del 2003). En el mismo sentido, ver: EDWARDS, Carlos Enrique. *El arrepentido, el agente encubierto y la entrega vigilada*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1996, p.107.

32 Cf., ALMAZÁN SEPÚLVEDA, Francisco. "Entrega vigilada o controlada: herramienta eficaz para desarticular el crimen organizado". Ponencia en el Taller Internacional Entregas (Remesas) Vigiladas: herramienta eficaz contra el crimen organizado. Naciones Unidas-Oficina Contra la Drogas y el Delito. Lima. Agosto del 2005, p. 5. Citado por PRADO SALDARRIAGA, *Op. cit.* Además, Cf., HOLGEASESOR, Kristian. "La fiscalización internacional de drogas y la técnica de la entrega vigilada". VII Simposio Internacional de Criminalística. En: www.Policia.gob.com. Separata (Consultado el 24.02.07), pp. 2 y ss.

33 Sobre esta técnica, revisar, entre otros: GRANADOS PÉREZ, Carlos. "Instrumentos procesales en la lucha contra el crimen organizado: agente encubierto, entrega vigilada, el arrepentido, protección de testigos, posición de la jurisprudencia en la criminalidad organizada, aspectos sustantivos, procesales y orgánicos". *Cuadernos de Derecho Judicial*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2001, pp. 83 y ss.

por aquél, con el “fin de asegurar un paso sin problemas del envío o de los correos en su caso”.³⁴

3. Entrega vigilada externa o de origen y tránsito. Se produce en los casos en que la información sobre la remisión y circulación de las especies ilícitas es recibida o producida por las autoridades del Estado donde se origina el envío o por las autoridades de cualquier otro Estado por donde la remesa ilegal deba transitar hacia su lugar de destino.³⁵

Ahora bien, el artículo 340°.1 regula la facultad del fiscal provincial para autorizar a través de una disposición detallada la circulación o entrega vigilada de bienes de naturaleza u origen delictivos. Al respecto, dicha norma precisa que el Fiscal del caso debe hacer mención explícita sobre “el objeto de autorización o entrega vigilada, así como las características del bien delictivo de que se trate”. En este punto el legislador exige que “el recurso a la entrega vigilada se hará caso por caso”. En tal sentido, pues, el procedimiento será evaluado y decidido luego de una adecuada ponderación de su utilidad para los fines de la investigación, así como del nivel de relevancia e importancia cualitativa o cuantitativa del delito investigado. La norma nacional dispone igualmente que se examinen las posibilidades materiales de la vigilancia para evitar la perdida de las especies ilícitas o cualquier otra contingencia negativa para el éxito del operativo. En un plano administrativo, y para un adecuado control de estos procedimientos, el artículo comentado establece que se deberá enviar una copia de la disposición fiscal que autoriza la aplicación de la circulación y entrega de bienes delictivos a la Fiscalía de la Nación, para ser consignada en un registro especial y de acceso reservado.

En el artículo 340°.4, el Código también incorpora un listado cerrado de las especies que son susceptibles de circulación y entrega vigilada, señalando las siguientes:

- a) Drogas.
- b) Materia prima o insumos para la elaboración de drogas.
- c) Activos derivados de operaciones de lavado.
- d) Mercancías objeto de delitos aduaneros.
- e) Armas y municiones.
- f) Bienes integrantes del patrimonio cultural de la nación.
- g) Especies de flora y fauna protegidas.
- h) Moneda falsa e insumos para fabricarla.

34 Cf., HOLGEASESOR, Kristian, *op. cit.*, p. 2. DELGADO MARTÍN, Joaquín. “La entrega vigilada de droga, otro elemento ilícito”. La Ley. N° 5, 2000, pp. 1853-1868. GUINARTE CABADA, Gumerindo. “La circulación o entrega vigilada de drogas”. *Cuadernos de Política Criminal*, N° 55, 1995, pp. 5-42.

35 Cf., HOLGEASESOR, Kristian, *op. cit.*, p. 2. ALMAZÁN SEPÚLVEDA, Francisco, *op. cit.*, p. 4. DELGADO MARTÍN, Joaquín, *op. cit.*, p. 1857. GUINARTE CABADA, Gumerindo, *op. cit.*, p. 27.

17.2 ACTIVIDAD DEL AGENTE ENCUBIERTO.

Se ha sostenido que son agentes encubiertos aquellos funcionarios policiales que actúan en la clandestinidad, generalmente con otra identidad, y que desempeñan tareas de represión y prevención del crimen mediante la infiltración en organizaciones criminales a fin de descubrir a las personas que las dirigen, recabando pruebas y prestando testimonio de cargo ante la justicia.³⁶

El Código regula esta figura en su artículo 341°, señalando que en casos de diligencias preliminares de investigación sobre las actividades de organizaciones criminales, el fiscal podrá autorizar a miembros de la policía a actuar como agente encubierto, esto es, a infiltrarse en dichas organizaciones bajo identidad supuesta. Además, lo faculta para adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito, difiriendo su incautación.

Por otro lado, se precisa que la identidad supuesta deberá ser conferida por la Dirección General de la Policía Nacional por el plazo de seis meses, que pueden ser prorrogados por el fiscal. Además, si es indispensable para los efectos de la investigación, se podrá expedir un documento de identidad con la supuesta identidad.

El inciso 2 del artículo 342° precisa que la disposición que aprueba la designación de agentes encubiertos deberá consignar el nombre verdadero del miembro de la Policía Nacional y la supuesta identidad. Dicho documento tendrá la condición de reservado y se remitirá una copia a la Fiscalía de la Nación.³⁷

Por otro lado, el inciso 3 del artículo 341° regula lo pertinente al manejo de la información obtenida por el agente encubierto, precisando que toda información obtenida por éste deberá ser entregada a sus superiores y al fiscal para ser valorada por el órgano jurisdiccional. Además, se hace hincapié en que la información obtenida podrá ser utilizada en otros procesos, siempre que aporte información para el esclarecimiento de un delito.

El inciso 4 del artículo 341° establece la posibilidad de que el agente encubierto oculte su identidad en la investigación donde intervino y, de ser necesario, mantenga esa reserva incluso en el proceso. Para ello, el juez debe emitir una resolución motivada, sustentada en la existencia de motivos razonables que hagan temer por la integridad física o la vida del agente encubierto o de otra persona.

36 RIQUELME PORTILLA, Eduardo. "El agente encubierto en la ley de drogas. La lucha contra la droga en la sociedad del riesgo". *Política criminal*. N° 2, A2, 2006, pp. 1-17. MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan. *El agente provocador*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1995, p. 41. RUIZ ANTÓN, Luis Felipe. "El agente provocador en el Derecho Penal". En: Instituto de Criminología de la Universidad Complutense. Madrid Edersa, 1982, pp. 88-91. JOSHI JUBERT, Ujala. *Los delitos de tráfico de drogas I. Un estudio analítico del art. 368º CP*. Barcelona: Bosh, 1999, pp. 288 y ss.

37 Cf., PRADO SALDARRIAGA, *op. cit.* Además, Ver al respecto: PÉREZ ARROYO, Miguel. "La provocación de la prueba, el agente provocador y el agente encubierto: la validez de la provocación de la prueba y del delito en la lucha contra la criminalidad organizada desde el sistema de pruebas prohibidas en el Derecho Penal y Procesal Penal". *Revista La Ley*. N 1, 2000, pp. 1765-1797.

En los supuestos que las actuaciones de investigación del agente encubierto puedan vulnerar derechos fundamentales se deberá pedir al Juez de la Investigación Preparatoria las autorizaciones correspondientes. Esta disposición legal se justifica plenamente ya que la doctrina ha criticado duramente la institución del agente encubierto por la potencial vulneración de derechos fundamentales en sus actuaciones.³⁸

Finalmente, el agente encubierto está exento de responsabilidad penal por los actos indispensables que haya realizado para llevar a cabo las labores de investigación, siempre y cuando guarden la debida proporción con la finalidad de la misma y no constituyan manifiesta provocación al delito (art. 341°.6). En este punto conviene anotar que con la vigencia de la Ley N° 28950 (art. 5°), publicada el 16 de enero del 2007, modificatoria del artículo 341°, la figura del agente encubierto ha dejado de ser una especializada función policial para tras el argumento de tosc pragmatismo y cambio de denominación a la de “agente especial” admitir la asunción de esta tarea por delincuentes, púdicamente descritos como “ciudadano(s) que, por el rol o situación en que está(n) inmerso(s) dentro de una organización criminal, opera(n) para proporcionar las evidencias incriminadoras del ilícito penal”. Pareciera que para el legislador son poco importantes los riesgos que trae confiar tan delicada actividad a sujetos que viven fuera de la ley, como intrascendente parece ser la situación de los tradicionales “confidentes”, no incursos como colaboradores eficaces, a quienes a cambio de información se les permite seguir delinquiendo, sin que su estatus tenga regulación normativa hasta el presente.

XVIII. CALIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA DISPOSICIONES FISCALES DE ARCHIVO O PROCEDENCIA

El artículo 334°.1 del Código establece que si el fiscal, al calificar la denuncia o después de haber realizado las diligencias preliminares, considera que *el hecho denunciado no constituye delito, no es justiciable penalmente, o se presentan causas de extinción previstas en la Ley*, declarará el archivo de lo actuado.

Pues bien, analicemos cada uno de estos supuestos:

18.1 EL HECHO DENUNCIADO NO CONSTITUYE DELITO

Para determinar cuándo el hecho es un ilícito penal, es necesario recurrir a la teoría del injusto penal o teoría del delito, ya que sin esta herramienta dogmático-jurídica no es posible aplicar la ley penal.

³⁸ Para una posición contraria a la figura del agente encubierto ver: GUARIGLIA, Fabricio. “*El agente encubierto. ¿Un nuevo protagonista en el procedimiento penal?*”. En: <http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2012/guarig12.htm> (Consultado el 12.09.07). Por otro lado, RIQUELME sostiene que es tolerable la figura del agente encubierto en la investigación de casos graves de criminalidad organizada, bajo el respeto de las debidas garantías. Cf., RIQUELME, *op. cit.*, p. 16.

Al examinar el sistema que recoge el Código Penal de 1991, se establece que la determinación del ilícito penal no es el resultado de verificar si la nominación de un hecho en la denuncia penal aparece en el catálogo de delitos del Libro Segundo del Código Penal; por ejemplo, leer en la denuncia fiscal que se ejercita la acción penal por delito de usurpación y encontrar que éste se encuentra en el elenco de delitos del código.

La determinación de si el hecho es un ilícito penal se lleva a cabo aplicando la teoría del delito, que exige comprobar en la imputación la concurrencia de los tres presupuestos de la punibilidad: tipicidad, antijuricidad, y culpabilidad.

La falta de uno solo de los presupuestos de la punibilidad impide calificar el hecho como crimen o delito, y consecuentemente imposibilita imponer pena al procesado. Los tres presupuestos de la punibilidad configuran la faz positiva del delito.

Junto a la faz positiva del delito se encuentra la faz negativa del delito, que consiste en la existencia de una serie de aspectos que cuando se hacen presentes eliminan o impiden la concurrencia de alguno de los presupuestos de la punibilidad.

Así, por ejemplo, cuando un hijo mata en defensa de su padre a un sujeto que pretende victimarlo, si bien mata lo hace en legítima defensa de un tercero, que es una causa de justificación cuyo efecto es eliminar al presupuesto de la punibilidad, la antijuricidad y la posibilidad de calificar a la muerte del agresor como delito de homicidio.

La teoría del injusto penal permite responder a las preguntas: ¿cuándo el hecho constituye delito? y ¿cuándo el hecho no constituye delito?, en los siguientes términos:

El hecho constituye delito cuando concurren los presupuestos de la punibilidad: tipicidad, antijuricidad y culpabilidad.

Por aplicación de la regla lógica del sentido contrario, el hecho no constituye delito cuando falta uno de los presupuestos de la punibilidad, lo que equivale a decir, cuando se presenta un caso de faz negativa del delito.

Consecuentemente, procede archivar la investigación preparatoria, en el supuesto normativo de que el hecho no constituye delito, cuando se presenta alguno de los casos de faz negativa del delito.

1) Faz negativa de la tipicidad

Son dos los casos de faz negativa de la tipicidad:

- a) **La ausencia de tipo:** se da en aquellos casos en los que existe un hecho, pero no un tipo penal al que se adecue o lo subsuma, por tratarse de un comportamiento no previsto o criminalizado por la ley como delito.
- b) **La atipicidad:** se da en aquellos casos en los que existe un hecho y un tipo penal con el cual realizar la operación de adecuación, pero ocurre que el hecho no encuadra en los supuestos típicos al no verificarse en él la concurrencia de algunos de esos elementos morfológicos del tipo.

Cualquiera de los dos casos de faz negativa de la tipicidad determina que el hecho imputado no constituya delito y es, por lo tanto, materia de excepción de improcedencia de acción (artículo 6º.1.b).

2) *Faz negativa de la antijuridicidad*

La faz negativa de la antijuridicidad está compuesta por todos aquellos elementos que justifican un comportamiento típico, tales como la legítima defensa, el estado de necesidad justificante, entre otros institutos del derecho penal (art. 20º.3.4. CP).

3) *Faz negativa de la culpabilidad*

La faz negativa de la culpabilidad está compuesta por los datos normativos que el Derecho Penal denomina causas de exculpación, como el estado de necesidad exculpante o el miedo insuperable de un mal igual o mayor (art. 20º.5.7 CP).

18.2 EL HECHO DENUNCIADO NO ES JUSTICIAS PENALMENTE

Un hecho no es justiciable penalmente cuando se presenta un caso de faz negativa de la penalidad; esto es, de diversas situaciones fuera del injusto (acción típica anti-jurídica) y de la culpabilidad en las que se excluye o suprime la necesidad de pena.

Un hecho no es justiciable penalmente cuando, a pesar de que la persona ha cometido un delito, no se le castiga por la falta de una condición objetiva de punibilidad o por una excusa absolvatoria, que imposibilitan imponer pena al agente infractor como consecuencia de la decisión de política criminal asumida por el Estado. Tal es el caso de los hurtos, apropiaciones, defraudaciones o daños entre cónyuges, concubinos, ascendientes, descendientes y afines en línea recta, o del encubrimiento real o personal en que incurre la persona estrechamente relacionada con el favorecido (arts. 208º.1 y 406º CP).

18.3 PRESENCIA DE CAUSAS DE EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PREVISTAS EN LA LEY

El Código Penal vigente (Decreto Legislativo N° 635) establece en su artículo 78º las causales de extinción de la acción penal, identificando como tales a:

- a) La muerte del imputado, prescripción, amnistía y el derecho de gracia.
- b) La cosa juzgada.
- c) El desistimiento y la transacción, cuando se trata de acción privada.

18.4 DISPOSICIÓN FISCAL CUANDO FALTARE IDENTIFICAR AL AUTOR O PARTÍCIPLE DEL DELITO O SE HAYA OMITIDO UNA CONDICIÓN DE PROCEDIBILIDAD QUE DEPENDE DEL DENUNCIANTE (ARTÍCULO 334º INSC. 3 Y 4)

Cuando el hecho del que se da noticia criminal es delictuoso y la acción penal no ha prescrito, pero no ha sido posible identificar a su autor o partícipe, el fiscal ordenará

la intervención de la policía para cumplimentar este propósito (art. 334º.3). Si el denunciante no ha satisfecho un requisito de procedibilidad específico, que dé viabilidad a la acción, el fiscal dispondrá la reserva provisional de la investigación, pues mal haría formalizándola si luego, ante esta omisión, se dedujera una cuestión previa (art. 334º. 4) cuya consecuencia, de ser declarada procedente, es la nulidad de todo lo actuado.

Tanto en los casos de archivo de lo actuado como en los de archivo provisional, el denunciante queda habilitado a requerir la elevación de las actuaciones al fiscal superior para que ordene al inferior la formalización de la investigación, ratifique el archivo de ésta o se actúe como corresponda; por ejemplo, desplegando un mayor número de diligencias preliminares.

18.5 DISPOSICIÓN DE FORMALIZACIÓN Y CONTINUACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA (ARTÍCULO 336º)

Se ha querido equiparar esta disposición con el tradicional auto de apertura de instrucción, al que se contrae el artículo 77º del C. de PP. Se ha sostenido que los cambios no son mayores, pero eso no deja de ser un punto de vista equivocado, pues precisamente es el entrampamiento de la calificación judicial de la denuncia fiscal formalizada, por quien no ha estado en contacto con la noticia criminal y las diligencias preliminares, la base objetiva de una usurpación de funciones de la pesquisa por el juez, antes llamado instructor, que resuelve bajo un cúmulo de escritos, distante de la indagación practicada por el fiscal y la policía. He aquí la razón de la tradicional ineficacia de la instrucción judicial, nudo gordiano que el NCPP corta al atribuir al Ministerio Público la potestad de formalizar su investigación preparatoria y continuarla, siempre que cuente con indicios reveladores de la existencia de un delito, que la acción penal no haya prescrito, que se haya individualizado al imputado y que se haya satisfecho, cuando toque, los requisitos de procedibilidad específicos. Para que esta importante disposición no se despache a la ligera, su contenido es altamente exigente, toda vez que el fiscal al expedirla deberá consignar los hechos y la tipificación específica de éstos, aun cuando se le da cierta flexibilidad para considerar tipificaciones alternativas del objeto de investigación. Es más, confirmando que con el nuevo modelo la actuación del Ministerio Público es estratégica o no se da, el legislador establece que la disposición de formalización debe considerar las diligencias que de inmediato deben actuarse, sin que se rompa la continuidad con las diligencias preliminares o previas, que no podrán ser repetidas (art. 337º.2), en el entendido de que luego de la formalización los actos de investigación subsiguientes son aquéllos que seguirán aportando hechos al proceso, sobre la base de lo ya avanzado y no una reiteración mecánica e inútil de lo ya pesquisado. Algo más: esta disposición no es objeto de control o calificación judicial, en tanto que de su emisión el fiscal se limitará a cursar comunicación al juez competente, según las previsiones del artículo 3º.

XIX. PROMOCIÓN DE LA SIMPLIFICACIÓN PROCESAL. APLICACIÓN DE LOS CRITERIOS DE OPORTUNIDAD Y ACUERDOS REPARATORIOS (ARTÍCULO 2º)

19.1 PROMOCIÓN DE LA SIMPLIFICACIÓN PROCESAL

El Código busca encontrar una solución a la situación actual de sobrecarga procesal y caos reinante en el servicio de justicia. Para el logro de estos fines, ha incorporado una serie de instituciones que tratan de allanar el camino del proceso y evitar rutas engorrosas, pero sin perder de vista la importancia de respetar los derechos de los individuos a ser juzgados por un órgano imparcial con todas las garantías, pues la eficacia a cualquier costo es siempre manifestación de autoritarismo procesal.

Con el afán descrito, se han adoptado criterios de simplificación para evitar perder tiempo en actos que bien pueden obviarse; por ejemplo, disponiendo el juicio inmediato cuando es innecesario enfriarse en una mayor investigación, o terminando el proceso con una sentencia anticipada, de manera que se racionalice el empleo de los escasos recursos presupuestales y personales para dedicarlos a causas realmente graves o alarmantes que requieren recorrer todas las etapas del proceso común.

Esto no debe interpretarse como la promoción del desamparo del agraviado o imputado. A diferencia de otros intentos fallidos de simplificación, a todas luces inconstitucionales (verbigracia, el proceso sumario) o ineficientes, las salidas alternativas que ahora se proponen buscan no sólo celeridad, sino también el respeto de los derechos individuales y sociales, componer el conflicto de intereses. A ello responde la activa participación que se confiere al agraviado en los llamados acuerdos reparatorios (art. 2º.6), y la importancia que tiene asegurar el conocimiento del imputado de las implicancias que para él representa aceptar los cargos en los casos de terminación anticipada o de conformidad en juicio (arts. 468º. 4 y 372º.2).

En este contexto, los principales promotores de las salidas simplificadoras deben ser el fiscal y el juez.

Es importante señalar que el juez no vulnera en absoluto su imparcialidad cuando propone solucionar el conflicto con una medida como la terminación anticipada, donde se cumpla el interés social de reconocer y sancionar al autor del delito y la víctima obtenga su reparación por el daño o perjuicio causado. Tampoco cuando el fiscal proponga la aplicación de un criterio de oportunidad para abstenerse de la persecución penal, siempre que se cumpla con los requisitos que la ley establece.

19.2 APLICACIÓN DE LOS CRITERIOS DE OPORTUNIDAD

Por la institución del principio de oportunidad, el Estado renuncia a la persecución del delito cuando se constata que el agente ha sufrido gravemente las consecuencias de su delito, o cuando no se haya afectado gravemente el interés social, o en atención a

la situación personal del agente, en todos los casos con los límites de pena indicados en el Código (art. 2º.1).

Esta institución forma parte de la política criminal del Estado, reduce la carga procesal de las fiscalías y los juzgados —que es extrema en ciudades como Lima— con respuestas que privilegian la solución autocompositiva del conflicto social.³⁹

Como se indicó línea arriba, el principio de oportunidad no es excepción del principio de legalidad o de la exhaustividad de la persecución delictiva, sino que responde al principio de intervención del Derecho Penal, que abarca los ámbitos del proceso penal.

El Código establece que solamente cuando el agente haya sido afectado gravemente por las consecuencias de su delito, y este último sea reprimido con pena privativa de libertad no mayor de cuatro años, y la pena resulte innecesaria, se puede aplicar la oportunidad sin un acuerdo reparatorio. En todos los demás casos, se hace necesaria la reparación del daño o perjuicio causado (art. 2º.2).

La aplicación de un criterio de oportunidad puede ser solicitada por el imputado o realizada de oficio por el fiscal. Si el fiscal dispone el sobreseimiento antes de ejercer la acción penal, se habla de la aplicación del principio de oportunidad extraproceso. Por el contrario, si ya fue ejercida, estamos ante la aplicación intraproceso del principio de oportunidad. En este último caso, el Ministerio Público expondrá, en audiencia, a solicitud suya y con la aprobación del imputado, los motivos de su requerimiento ante el juez de la investigación preparatoria, quien según el caso dictará el auto de sobreseimiento (art. 2º.7).

Su aplicación en procesos con delincuentes reincidentes⁴⁰ puede ser cuestionable, debido a que el principio de oportunidad —como renuncia a la persecución penal— siempre atiende al interés social, y lo entiende satisfecho aunque no se haya impuesto una pena, pero su aplicación está enormemente limitada. No es concebible en delitos graves, porque se comprende que el reproche amerita una sanción para hacer posible el efecto (los fines) de la pena en el condenado. Del mismo modo, se puede decir que el delincuente reincidente necesita sufrir las consecuencias de la pena, ya sea para desanimar al infractor de cometer delitos o hacerle sentir el mal por su conducta, o cualesquiera fines que se invoquen.

39 ANGULO ARAUJO, Robert Aldo. “La renuncia a la persecución penal por los criterios de oportunidad del artículo 2º del CPP del 2004. Principales modificaciones”. En: *Actualidad Jurídica*, N° 148, marzo del 2006, p. 130. El autor habla de privilegiar la “solución compositiva”; nosotros preferimos llamarla “solución autocompositiva”.

40 Las graves objeciones a la reincidencia se resumen en las siguientes palabras tomadas de la Exposición de Motivos del CP de 1991: “*Resulta imperativo connotar las razones principales por las que la Comisión Revisora decidió proscribir del Proyecto de Código Penal, los institutos penales de la reincidencia y la habitualidad. Hoy no resulta válido, en verdad, conservar en nuestro ordenamiento jurídico estas formas aberrantes de castigar que sustentan su severidad en el modo de vida de un individuo (derecho penal de autor)... lo que conlleva una violación del principio de non bis in idem*”

Desde la perspectiva normativa, solo basta con que se cumplan los requisitos del art. 2º, que atienden más a la gravedad del delito, pero incluyen supuestos como el daño sufrido por el agente o su condiciones personales.

Ahora bien, si hemos dicho que el principio de oportunidad se sostiene en el principio de intervención mínima, no podemos menos que negar su posible aplicación en casos de reincidencia delictiva. El delincuente reincidente es merecedor de una sanción penal.

Esto nos lleva a reflexionar sobre los fines de la pena, y en todas sus teorías encontramos fundamentos suficientes para reforzar nuestra posición. Desde la perspectiva de la prevención general negativa todo queda muy claro; con la sanción del agente, todo el que piense luego cometer el delito sabrá que inexorablemente será sancionado. Si bien es posible una interpretación diferente, la prevención positiva no permitiría que se dejase de penal porque, de ocurrir, la ciudadanía empezaría a perder la confianza en la norma, no la interiorizaría, ya que hay crímenes que no son sancionados. Las posturas de prevención especial notarán en el sujeto un retroceso en su readaptación a la sociedad, su nuevo delito lo confirma; estimarían necesaria una sanción penal terapéutica, bajo un sistema penitenciario progresista, para la readaptación del individuo.

Como vemos, en casos de delincuentes reincidentes la sanción se hace necesaria; no cabe aplicar la intervención mínima. No se pueden aplicar los criterios de oportunidad.

El límite temporal para la aplicación del principio de oportunidad intraproceso es la formulación de la acusación, aunque como excepción puede realizarse en la fase intermedia, según el (art. 350º. 1. e).

19.3 ACUERDOS REPARATORIOS

Según lo expuesto líneas arriba, la aplicación del principio de oportunidad se encuentra supeditado, por lo general, a un acuerdo reparatorio.

Como se colige de esta expresión, se trata de un acuerdo para reparar los daños y perjuicios ocasionados por el delito en forma directa. Es importante aclarar que el daño a indemnizar es el realmente sufrido; cualquier otro puede ser exigible en la vía civil.

El acuerdo reparatorio es celebrado por el imputado y el agraviado, en diligencia denominada de “acuerdo”, la cual constará en acta. Sin embargo, no es necesaria la diligencia cuando ambos ya hayan llegado al consenso, pero esto debe estar expresado en documento público o privado legalizado notarialmente (art. 2º. 3).

Por lo tanto, el efecto del acuerdo y de su efectiva satisfacción es la abstención de la persecución penal del fiscal, mediante su disposición de abstención, que impide que otro fiscal pueda promover acción penal. Sin embargo, si existiese un plazo para el pago de la reparación, se suspenderán estos efectos hasta su cumplimiento. De

no producirse el pago, se dictará disposición para la promoción penal, la cual será inimpugnable (art. 2º. 4). La inasistencia del imputado en segunda citación a la diligencia o el desconocimiento de su paradero provocará la promoción de la acción penal (art. 2º. 6).

La función del fiscal en la determinación de la reparación es complementaria o supletoria. Es supletoria cuando el agraviado no asiste a la diligencia de acuerdo; en este caso determinará el monto correspondiente. Además, el fiscal puede complementar el acuerdo al que se ha arribado, si éste no se pronuncia sobre el plazo para el pago de la reparación; o si considera que —para suprimir el interés público en la persecución—, además de ello, debe imponerse un pago a favor de instituciones de interés social o del Estado así como la aplicación de reglas de conducta (art. 2º. 5). Lo que no puede hacer el fiscal es superponer su voluntad a la del agraviado o imputado: si no hay acuerdo, el fiscal no puede hacer nada más que seguir con el proceso penal.

Procedencia: el CPP exige el acuerdo para que el fiscal se pueda abstener de la persecución penal en los siguientes casos (art. 2º.1):

- Cuando el delito no afecte gravemente el interés social, salvo que el extremo mínimo de la pena sea superior a los dos años de pena privativa de libertad, o hubiese sido cometido por un funcionario en ejercicio de su cargo.
- Cuando concurran cualesquiera de las siguientes atenuantes: el error de tipo vencible, el error de prohibición que no exima de responsabilidad, la tentativa, la edad de imputabilidad restringida y los supuestos del artículo 20º cuando no desaparezca totalmente la responsabilidad. Todos estos casos, siempre y cuando no se advierta un interés público gravemente comprometido en su persecución y no se trate de un delito conminado con pena privativa de libertad superior a cuatro años o cometido por funcionario público en razón de su cargo.

Además, relacionando delitos, procede (art. 2º. 5) en: todos los delitos culposos, lesiones leves, hurto simple y de uso, la formas de apropiación ilícita, estafas y defraudaciones, administración fraudulenta de personas jurídicas, daños simples y libramiento indebido. Empero, no procede cuando haya pluralidad importante de víctimas o concurso de delitos (en este último caso, salvo que sea de menor gravedad o afecte bienes jurídicos disponibles).

XX. EL REQUERIMIENTO DE LA INCOACIÓN DEL PROCESO INMEDIATO

El proceso inmediato tiene por objeto una rápida solución del caso penal, para lo cual se suprime la etapa de investigación preparatoria y se reduce la etapa intermedia en relación con el proceso común.

El requerimiento del proceso inmediato se encuentra establecido en el artículo 447º del Código Procesal Penal. En él se establece que es el fiscal quien formula el

requerimiento de proceso inmediato al juez de la investigación preparatoria. El momento de esta formulación debe ser una vez culminadas las diligencias preliminares o antes de los 30 días de iniciada la investigación preparatoria. Este requerimiento irá acompañado del expediente fiscal [diligencias preliminares del artículo 330°, informe policial del artículo 332°]. Asimismo, debe elaborarse también la solicitud de despacho de medidas cautelares.

Para efectuar el requerimiento deben cumplirse los supuestos de procedencia [artículo 446°]:

- a) Que el imputado haya sido sorprendido y detenido en flagrante delito.
- b) Que el imputado haya confesado la comisión del delito.
- c) Que los elementos de convicción acumulados durante las diligencias preliminares sean evidentes, previo interrogatorio del imputado.
- d) Que tratándose de varios imputados, todos se encuentren en alguno de los supuestos anteriores.

Ahora bien, en el caso de los delitos conexos con otros imputados, siempre debe tenerse presente que la regla es la de no acumulación en el caso de delitos conexos, en los que estén involucrados imputados que no se encuentran en alguno de los supuestos de procedencia del proceso inmediato.

Asimismo, la excepción a la regla de no acumulación opera cuando: a) la no acumulación produciría perjuicio de la actividad probatoria de los hechos; b) la acumulación resulta indispensable.

Finalmente, es importante tener presente que en toda resolución de requerimiento del proceso inmediato debe considerarse lo siguiente

- Traslado al imputado y a los demás sujetos procesales del requerimiento fiscal por el plazo de 3 días.
- Auto de incoación del proceso inmediato o de rechazo del requerimiento fiscal en el plazo de 3 días.
- El auto es objeto de recurso de apelación con efecto devolutivo.
- Antes de la formulación de la acusación, el imputado puede promover la iniciación del proceso de terminación anticipada.
- Etapa intermedia reducida: a) el Fiscal procederá a formular acusación al ser notificado del auto de incoación del proceso inmediato; b) no se corre traslado de la acusación; c) no se prevé que el acusado pueda formular defensa frente a la acusación; y d) no hay audiencia preliminar.
- El Juez Penal dicta acumulativamente el auto de enjuiciamiento [Artículo 353°] y el auto de citación a juicio [Artículo 355°].
- Juicio con las reglas del proceso común adecuadas a la naturaleza del proceso inmediato.
- En caso de rechazo del requerimiento de proceso inmediato, el fiscal dispondrá la formalización o la continuación de la investigación preparatoria

XXI. PLANTEAMIENTO DE LA ACUSACIÓN DIRECTA

Las claves de la investigación criminal solo se pueden descubrir sobre la base de la aplicación continua de las habilidades que se adquieren mediante la experiencia, al enfrentarse a las pesquisas, y mediante la observación y estudios amplios del criminal y su comportamiento, así como de su medio ambiente social y físico.

Es una actividad eminentemente creativa, en la que se trata de superar un estado de irresolución mediante la búsqueda de todos aquellos medios que puedan aportar la información que acabe con esa incertidumbre. Se trata, pues, de la actividad que encuentra o descubre los medios que servirán como prueba en el proceso.

El NCPP parte de la idea de que el fiscal formule acusación directa con los resultados de las investigaciones preliminares (art. 336° inc. 4). Obviamente, esta investigación preparatoria debe tener suficientes elementos de juicio para conseguir una sentencia condenatoria.

En la acusación directa, el fiscal —en vez de hacer la disposición de continuación de la formalización de la investigación preparatoria (336° inciso 1 del CPP)— decide acusar (art. 349°). Para ello debe de hacer una disposición fiscal (art. 122° inc. 2) en la cual narre los hechos y explique la suficiencia de elementos de convicción acopiados en la investigación preliminar, y que lo hacen pasar a acusar directamente. Se notifica a las partes procesales, luego se confecciona el requerimiento acusatorio (art. 349° inc. 1 letra c del CPP) y en la parte de sumilla se indica que se “acusá directamente con los resultados de la investigación preliminar y se solicita fecha y hora para el control de la acusación”.

Es así como de la investigación preliminar se llega al control de la acusación, o mejor dicho a la etapa intermedia. Se podrá observar que el proceso penal ha saltado todo el período de formalización de la investigación preparatoria.

Paralelamente, en cuadernillo aparte tiene que solicitarse las medidas cautelares personales o reales. En efecto, se solicitan la detención preliminar, la prisión preventiva, o la comparecencia restrictiva o simple.

La primera de ellas, la detención preliminar judicial, se hace antes de la formalización de la investigación preparatoria, pero en la acusación con salto o acusación directa, ésta no va a existir; por consiguiente, cuando el imputado sea capturado y puesto a disposición del juez, con el requerimiento fiscal de prisión preventiva, en la audiencia se va a solicitar que el proceso principal sea judicializado con la formalización de la investigación preparatoria, pero como ello no va a existir, deberá de mencionarse que el proceso penal ha sido judicializado con la acusación directa y que el imputado ha sido notificado de todos los cargos con la disposición de fin de la investigación preparatoria, lo cual es válido.

Igualmente, el artículo 338° inc. 4 del nuevo Código Procesal Penal señala que existen excepciones previstas en la ley. Una de ellas es la acusación con salto o directa, en la cual no va a existir “formalización de la investigación”; otra está referida al proceso inmediato

sin formalizar contemplado en el artículo 447⁴¹. Con la presentación de la acusación se da cumplimiento en el proceso penal a la exigencia fundamental del principio acusatorio.

Que “los hechos deban mantener su identidad esencial a lo largo del juicio” significa, en el sistema acusatorio, que el hecho acusado por ser un elemento esencial del objeto del proceso penal debe permanecer inalterado en la sentencia.

Finalmente, el derecho a la defensa procesal exige que se informe al acusado sobre el hecho delictivo que el Ministerio Público le atribuye y por el que solicita se le condene, a fin de que pueda probar y alegar en el juicio oral, participando en el debate judicial. El acusado tiene derecho a conocer de forma detallada y cierta el hecho acusado, a efectos de realizar una defensa eficaz en el plenario.

XXII. LA TERMINACIÓN ANTICIPADA

La terminación anticipada es un proceso especial por el que las partes (fiscal e imputado) acuerdan la pena a imponerse, la reparación civil correspondiente y las demás consecuencias accesorias de la condena. La función del juez de la investigación preparatoria es la de custodiar la razonabilidad y legalidad de la condena acordada, aprobándola o desaprobándola.

El acuerdo provisional al que lleguen las partes se hará llegar al juez de la investigación preparatoria, una vez formalizada la investigación preparatoria hasta, antes de formularse la acusación (aunque, siguiendo la voluntad del nuevo modelo, se puede aplicar —como lo han venido haciendo en Huaura— durante la fase intermedia), en audiencia privada, con la presencia obligatoria del fiscal, del imputado y de su abogado defensor (art. 468º. 4).

Las declaraciones brindadas durante las negociaciones se tendrán por inexistentes cuando no haya sido posible llegar a un acuerdo (art. 470º).

El beneficio que recibe el imputado al acogerse a este tipo de proceso es la reducción de la pena en una sexta parte, que se entiende será de la pena solicitada a futuro por el fiscal; siendo acumulable a los beneficios por confesión (art. 471º).

El juez debe instar a las partes a que lleguen a un acuerdo, pudiendo incluso realizar recesos para tal fin. Lo que le está prohibido hacer al juez es modificar ese acuerdo. Si no está conforme con algún extremo del mismo, en todo caso debe desaprobar el acuerdo, expresando sus razones. No puede, como sucedió en alguna jurisprudencia de Huaura, absolver a un imputado que ha aceptado cargos y llegado a un acuerdo respecto a la imposición de pena y reparación civil (menos aún cuando no hay cargos de qué absolver al no existir aún acusación).

41 Ver punto 20 de este trabajo.

La Ley no establece límites para su aplicación, por lo que se entiende que es aplicable a los procesos seguidos por cualquier tipo de delitos. Cuando el delito es sancionado con cadena perpetua, la referencia para la reducción de pena debe asimilarse, lo creemos así, aunque el Código no especifique al respecto, al tiempo dispuesto para la revisión de aquella sanción, esto es 35 años.

XXIII. EL RÉGIMEN DE LAS AUDIENCIAS EN LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA. ASUNTOS INCIDENTALES Y DE TUTELA

El sistema acusatorio que se trata de instaurar a nivel nacional tiene como base la oralidad, y la oralidad solo se plasma cabalmente en un adecuado régimen de audiencias.

En el sistema inquisitivo donde el trámite del proceso reposa en el expediente —de allí su caracterización como sistema escritural—, las principales decisiones de la etapa de investigación judicial se sustentan en las actuaciones escritas. A diferencia de ello, en el sistema acusatorio oral las principales decisiones del juez de la investigación preparatoria saldrán de una audiencia; ya que este juez es, en buena cuenta, un juez que supervisa la legalidad y el respeto de las garantías de los procesados durante esta etapa del proceso.

Por ello, el NCPP acentúa la realización de audiencias durante la etapa de investigación preparatoria, tanto para resolver cuestiones incidentales como para tomar decisiones que involucren la tutela de derechos fundamentales, donde los principios de oralidad e inmediación se despliegan en sus verdaderas dimensiones.

Como se sabe, el diseño de las etapas procesales previstas en el NCPP implica que el fiscal sea quien dirija la investigación preliminar y prepare el acopio de las pruebas para un eventual juicio oral. Entonces desaparece la figura del juez instructor o investigador, y en su reemplazo aparece el juez de la investigación preparatoria —que en otros ordenamientos procesales es denominado juez de garantías—, porque ante el enorme poder que se le otorga al Ministerio Público para realizar la investigación del delito, como solicitar limitaciones de derechos fundamentales, la supervisión de estas atribuciones, la decisión final de la adopción de esas medidas dependerá del juez de la investigación preparatoria. En ese esquema, no solo el fiscal acude al juez de la investigación

preparatoria para la adopción de una medida limitativa de derechos fundamentales para asegurar o facilitar la investigación del delito, sino que el investigado —el ciudadano sometido a alguna de estas limitaciones— por propia iniciativa puede acudir ante el juez para que controle la legalidad de su situación o controvertir el accionar del fiscal.

Bajo esa perspectiva, el instrumento más importante para respetar los principios procesales que inspiran el sistema acusatorio con rasgo adversarial son las audiencias públicas,

en las que de primera mano el juez de la investigación preparatoria ejerce su labor de supervisor de la función investigativa del fiscal y se convierte en garante del respeto de los derechos fundamentales del imputado.

Por ello, el NCPP prevé un promedio de sesenta supuestos en los que se puede solicitar al juez de la investigación preparatoria convocar a las partes procesales a una audiencia, para decidir cuestiones incidentales o de tutela de derechos fundamentales.

Con el objetivo de facilitar la implementación del mismo, durante el año 2006 la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial ha realizado diversos ajustes normativos, y en ejercicio de su facultad reglamentaria ha dictado un reglamento en el que se regula el régimen general de las audiencias contempladas en el NCPP. Esto se ha realizado mediante la Resolución Administrativa N° 096-2006-CE-PJ, que además complementa la regulación con reglamentos sobre las citaciones, sobre la administración del despacho judicial y el manejo del expediente judicial.

Bajo las normas el Código Procesal Penal el artículo 3º del Reglamento General de Audiencias precisa que las audiencias se conducirán respetando los principios y garantías procesales previstos en el nuevo texto; en particular, los de imparcialidad, publicidad, igualdad de partes, inmediación, contradicción y concentración. En el mismo sentido, ordena que los sujetos procesales, así como sus abogados, se conduzcan bajo los principios de veracidad, lealtad y buena fe procesales.

Ahora bien, las audiencias a cargo del juez de la investigación preparatoria son abordadas a lo largo del Título IV del mencionado Reglamento, desde el artículo 10º al 27º. En esta normativa se deja traslucir que la función más importante del juez de la investigación preparatoria es la de tutelar los derechos fundamentales del imputado. Esta función queda explicitada por lo regulado en el inciso 4 del artículo 71º del NCPP, donde se dispone que cuando el imputado considere que no se respetan sus derechos fundamentales *puede acudir en vía de tutela al juez de la investigación preparatoria para que subsane la omisión o dicte las medidas de corrección o de protección que correspondan. Agregando que: "la solicitud del imputado se resolverá inmediatamente, previa constatación de los hechos y la realización de una audiencia con intervención de las partes".*

De igual manera, el juez de la investigación preparatoria puede adoptar medidas limitativas de Derecho dentro de los límites impuestos por los artículos VI del Título Preliminar, así como en los artículos 203º y 253º del NCPP.

El artículo 10º del Reglamento precisa las audiencias que están a cargo del juez de la investigación preparatoria, aunque no todos se refieren a la etapa de la investigación preparatoria. En algunas de esas audiencias se discuten cuestiones incidentales del proceso principal y en otras, las más importantes, se discuten cuestiones que tienen que ver con la tutela de derechos fundamentales, la legalidad de sus restricciones y limitaciones. El listado contemplado en el referido artículo es el siguiente:

	TIPO DE AUDIENCIA	ART. DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL	CARÁCTER
1	Audiencia para aprobar abstención en casos en los que existe interés público.	Artículo 2º.5.	CUESTIÓN INCIDENTAL
2	Audiencia para aplicar principio de oportunidad después de promovida la acción penal.	Artículo 2º.7	CUESTIÓN INCIDENTAL
3	Audiencia para resolver medios de defensa.	Artículo 8º	CUESTIÓN INCIDENTAL
4	Audiencia de actuación de pruebas en nulidad de transferencias.	Artículo 15º.2. C	CUESTIÓN INCIDENTAL
5	Audiencia para resolver declinatoria de competencia.	Artículo 34º.2	CUESTIÓN INCIDENTAL
6	Audiencia para tutelar al imputado.	Artículo 71º.4	TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES
7	Audiencia para determinar la minoría de edad.	Artículo 74º.2	CUESTIÓN INCIDENTAL
8	Audiencia para resolver cuestiones sobre inimputabilidad.	Artículo 75º.2	TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES
9	Audiencia para resolver cuestiones sobre inimputabilidad sobrevenida.	Artículo 76.1	TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES
10	Audiencia para resolver pedido de incorporación de persona jurídica.	Artículo 91º.2	CUESTIÓN INCIDENTAL
11	Audiencia para resolver pedido de constitución en actor civil.	Artículo 102º.2	CUESTIÓN INCIDENTAL
12	Audiencia para resolver pedido de constitución de tercero civil.	Artículo 112º.1	CUESTIÓN INCIDENTAL
13	Audiencia para resolver requerimiento de restricción de derechos fundamentales.	Artículo 203º.2	TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES
14	Audiencia de confirmación de medidas restrictiva ya ejecutadas.	Artículo 203º.3	TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES
15	Audiencia de reexamen de medidas restrictivas.	Artículo 204º.2	TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES
16	Audiencia para resolver solicitud de incautación o exhibición de actuaciones y documentos protegidos por secreto profesional.	Artículo 224º.2	CUESTIÓN INCIDENTAL

	TIPO DE AUDIENCIA	ART. DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL	CARÁCTER
17	Audiencia para resolver solicitud de incautación o exhibición de actuaciones y documentos protegidos por secreto de Estado.	Artículo 224°.3	CUESTIÓN INCIDENTAL
18	Audiencia para verificar afectación irrazonable de derechos.	Artículo 225°.5	TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES
19	Audiencia de reexamen de diligencias de interceptación e incautación postal.	Artículo 228°.2	TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES
20	Audiencia para resolver la entrega de correspondencia de la cual se alega secreto de Estado.	Artículo 229°	CUESTIÓN INCIDENTAL
21	Audiencia de reexamen de intervención de comunicaciones telefónicas.	Artículo 231°.4	TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES
22	Audiencia de reexamen de inspección de documentos contables y administrativos.	Artículo 234°.2	CUESTIÓN INCIDENTAL
23	Audiencia de prueba anticipada.	Artículo 245°	CUESTIÓN INCIDENTAL
24	Audiencia para el dictado de medidas de coerción procesal.	Artículo 254°.1	TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES
25	Audiencia de reforma de medida de coerción personal y reales.	Artículo 255°.3	TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES
26	Audiencia de convalidación de detención preliminar.	Artículo 266°.2	TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES
27	Audiencia para determinar procedencia de prisión preventiva.	Artículo 271°.1	TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES
28	Audiencia para determinar la prolongación de la prisión preventiva.	Artículo 274°.2	TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES
	TIPO DE AUDIENCIA	ART. DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL	CARÁCTER
29	Audiencia para determinar la revocatoria de la libertad.	Artículo 276°	TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES

	TIPO DE AUDIENCIA	ART. DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL	CARÁCTER
30	Audiencia para revocar la comparecencia y ordenar prisión preventiva.	Artículo 279º.2	TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES
31	Audiencia de cese o sustitución de prisión preventiva.	Artículo 283º	TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES
32	Audiencia para decidir prolongación de detención domiciliaria.	Artículo 290º.4	TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES
33	Audiencia para determinar la revocatoria de la libertad en caso de detención domiciliaria.	Artículo 290º.4	TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES
34	Audiencia para determinar la inimputabilidad e internación.	Artículo 293º.2	TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES
35	Audiencia para determinar internamiento en hospital psiquiátrico público.	Artículo 294º.1	TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES
36	Audiencia para determinar la procedencia de impedimento de salida del país, del domicilio o lugar que se le fije al imputado.	Artículo 296º.1	TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES
37	Audiencia para determinar la prolongación de impedimento de salida del país.	Artículo 296º.2	TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES
38	Audiencia para determinar el levantamiento de medidas cuando el afectado es un testigo importante.	Artículo 296º.4	CUESTIÓN INCIDENTAL
39	Audiencia para determinar la cesación de la suspensión preventiva de derechos.	Artículo 299º.2	TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES
40	Audiencia para determinar la sustitución, acumulación e impugnación de la suspensión preventiva de derechos con otras medidas.	Artículo 301º	TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES
41	Audiencia para determinar la sustitución del bien embargado y su levantamiento.	Artículo 305º.2	CUESTIÓN INCIDENTAL
42	Audiencia para variar o reexaminar la incautación.	Artículo 319º.3	CUESTIÓN INCIDENTAL
43	Audiencia para determinar el exceso de duración de las diligencias preliminares o plazo irrazonable.	Artículo 334º.2	TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES

	TIPO DE AUDIENCIA	ART. DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL	CARÁCTER
44	Audiencia de control del plazo de la investigación preparatoria.	Artículo 343º.2	TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES
45	Audiencia preliminar para debatir los fundamentos del pedido de sobreseimiento.	Artículo 345º.3	CUESTIÓN INCIDENTAL
46	Audiencia Preliminar	Artículo 351º	CUESTIÓN PRINCIPAL
47	Audiencia para proceder a la formulación de la denuncia constitucional dirigida por el Juez.	Artículo 451º.1	CUESTIÓN INCIDENTAL
48	Audiencia para elevar los actuados del imputado al Presidente de la Corte Superior.	Artículo 453º.2	PROCESO ESPECIAL
49	Audiencia de terminación anticipada	Artículo 468º.1	PROCESO ESPECIAL
50	Audiencia de aprobación del Acuerdo de Beneficios y Colaboración.	Artículo 477º.3	PROCESO ESPECIAL
51	Audiencia para concesión de 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.	Artículo 478º.3	ETAPA DE EJECUCIÓN DE SENTENCIA
52	Audiencia para revocatoria de beneficios.	Artículo 480º.1	ETAPA DE EJECUCIÓN DE SENTENCIA
53	Audiencia para decidir la procedencia de pedidos de conversión de la pena y otros.	Artículo 491º.2	ETAPA DE EJECUCIÓN DE SENTENCIA
54	Audiencia para determinar la procedencia de libertad anticipada.	Artículo 491º.3	ETAPA DE EJECUCIÓN DE SENTENCIA
55	Audiencia para resolver la cesación o continuación de la medida de internación.	Artículo 492º.2	ETAPA DE EJECUCIÓN DE SENTENCIA
56	Audiencia para resolver incidentes derivados de la ejecución de la reparación civil y demás consecuencias accesorias.	Artículo 493º.3	ETAPA DE EJECUCIÓN DE SENTENCIA
57	Audiencia de control de la extradición pasiva dirigida por el JIP.	Artículo 521º.3	PROCESO DE COOPERACIÓN JUDICIAL INTERNACIONAL
58	Audiencia de control de arresto provisorio.	Artículo 523º.6	PROCESO DE COOPERACIÓN JUDICIAL INTERNACIONAL

	TIPO DE AUDIENCIA	ART. DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL	CARÁCTER
59	Audiencia para resolver la solicitud de las autoridades extranjeras para la práctica de diligencias en el Perú.	Artículo 539º.2	PROCESO DE COOPERACIÓN JUDICIAL INTERNACIONAL
60	Audiencia de control de entrega de personas dirigida por el JIP () .	Artículo 557º.4	PROCESO DE COOPERACIÓN JUDICIAL INTERNACIONAL
61	Audiencia para resolver la solicitud de cooperación de diligencias de investigación del Fiscal de la Corte Penal Internacional.	Artículo 563º.2	PROCESO DE COOPERACIÓN JUDICIAL INTERNACIONAL

El régimen general de la preparación y conducción de estas audiencias se precisa en el Reglamento. Así, se señala que ante la solicitud de una de las partes para convocar a una audiencia el juez ordenará todas las actuaciones previas necesarias. Finalizadas las mismas, se dará cuenta al juez (art. 11º del Reglamento).

En este contexto, del juez emitirá un auto de citación de audiencia, que contendrá cuando menos la información reseñada en el art. 12º del Reglamento. Esto es: a) el número del expediente, órgano jurisdiccional competente, asistente judicial, dirección del lugar donde se realizará la audiencia; b) información básica relativa a la solicitud formulada por las partes sobre lo que se discutirá en la audiencia; c) nombre de los sujetos procesales y su dirección; d) mandato para la realización de la audiencia, indicando el lugar, fecha y hora de realización, precisando los sujetos procesales y demás personas que deben concurrir; e) objeto de la audiencia; f) anuncio de que se nombrará abogado de oficio, en caso de inconurrencia del abogado designado o a falta de su designación; g) apercibimiento de los sujetos procesales que deben concurrir de manera obligatoria; h) la indicación de las actuaciones probatorias que sean necesarias; y, i) cualquier otro dato que el juez considere relevante.

El auto de citación de audiencia se notifica a los sujetos procesales consignados en él, mas no se citará a la parte procesal cuyo conocimiento o concurrencia ponga en peligro la finalidad de la audiencia (art. 13º del Reglamento). En los supuestos de citación de oficio, es obligatorio que se consigne el objeto de la misma y la cuestión concreta a debatir (art. 14º del Reglamento).

En el día y hora de la audiencia, el asistente jurisdiccional anunciará en la parte externa de la sala de audiencias el inicio de la audiencia (art. 15º del Reglamento). Al iniciarse la misma, el juez comprobará la concurrencia de los sujetos procesales y testigos citados. Si

ninguna de las partes concurriera, fijará una nueva fecha, ordenando que se ejecuten los apercibimientos señalados y el nombramiento de un abogado de oficio para el imputado. En caso de inconcurrencia de uno de los sujetos procesales, el juez realizará la audiencia en sujeción al debido proceso (art. 16º del Reglamento).

Presentes las partes procesales, el juez dará por instalada la audiencia. La misma se desarrollará conforme lo dispuesto en el NCPP para cada audiencia. En el caso de que el Código no precise una dinámica específica, el juez dará el uso de la palabra al sujeto procesal que solicitó la audiencia. Luego le concederá el uso de la palabra a las demás partes procesales. El juez podrá realizar intervenciones pidiendo precisiones o esclarecimientos de las alegaciones (art. 20º del Reglamento).

En caso de actuaciones probatorias, se llevarán a cabo después de las alegaciones. Así, también se ordenará la exposición de los órganos técnicos de prueba (arts. 21º y 23º del Reglamento).

El juez puede revisar los antecedentes escritos del caso, pero la decisión final se tomará sobre la base de lo actuado y discutido durante la audiencia (art. 22º del Reglamento).

Las audiencias no podrán postergarse, salvo que se cuestione la competencia del juez. En ese caso deberá reanudarse en un plazo no mayor de cinco días. Asimismo, no es admisible ninguna cuestión incidental en el desarrollo de la audiencia, salvo que el Código así lo prevea expresamente (arts. 24º y 25º del Reglamento)

De forma inmediata, el asistente jurisdiccional elaborará un acta de la audiencia, en la que se reseñará de manera sucinta lo acontecido en la misma. Los intervenientes podrán solicitar al juez la adición, precisión o rectificación de alguna incidencia. El acta podrá ser confeccionada sobre la base de un formulario o utilizando como medio técnico videos o grabaciones. Antes de finalizar la audiencia, se dará lectura al acta, que será suscrita por el abogado y el fiscal, quienes podrán consignar reservas u observaciones si fuera pertinente (art. 26º del Reglamento).

Finalmente, agotado el debate y las actuaciones procesales, en el acto el juez dictará la resolución pertinente sobre el tema discutido. El juez puede retrasar la decisión explicando sus razones, que se anotarán en el acta, precisando la fecha y hora en que tomará la decisión. En el caso de que para tomar la decisión el juez retenga el expediente fiscal, la decisión deberá tomarse de manera obligatoria en el plazo de 24 horas. Cuando el juez toma la decisión en la audiencia, ésta se consigna íntegramente en el acta y los sujetos procesales se tendrán por notificados en el mismo acto (art. 27º del Reglamento).

XXIV. EL ROL DEL IMPUTADO Y DEL DEFENSOR TÉCNICO EN LA INVESTIGACIÓN

El Título II Sección IV del Libro Primero del nuevo Código Procesal Penal, establece los ámbitos funcionales, o roles jurídicos, del “imputado” y de su “abogado defensor” [artículos 71º al 89º].

Estos roles jurídicos siempre deben ser interpretados desde la perspectiva constitucional del derecho fundamental a la defensa procesal, que se encuentra garantizado por el artículo 139º, inciso 14 de la Carta Constitucional vigente.

La defensa procesal no es solamente un *derecho subjetivo*. Por su importancia para la existencia del hombre en sociedad supera tal categoría, por esa razón en la teoría general del Derecho se le reconoce la naturaleza jurídica de *garantía*.

La doctrina constitucional reconoce que los derechos fundamentales tienen una doble perspectiva: como derechos subjetivos de la persona y como garantías del Derecho objetivo. Al ser la defensa procesal una garantía, el Estado tiene la exigencia no sólo de reconocerla formalmente, sino además de promoverla para que sea efectiva en el proceso.

En consecuencia, reconocer a la defensa procesal como una garantía es convertirla en una exigencia esencial del proceso, *requisito para su existencia*, por lo que la violación de la garantía de la defensa en un proceso determinado afecta su validez. El reconocimiento de la garantía de la defensa procesal como requisito de validez para todo tipo de proceso, es una de las expresiones más importantes de su constitucionalización.

En esta línea de pensamiento, el Tribunal Constitucional ha establecido que la garantía de la defensa “es una de las condiciones indispensables para que un proceso judicial sea realizado con arreglo al debido proceso” [Exp. 1323-2002-HC/TC, 9 de julio del 2002, Fundamento 1].

En síntesis, el derecho a la defensa cumple desde la investigación preparatoria una función especial, pues no solo actúa junto al resto de garantías procesales, sino que “es la garantía que torna operativa a todas las demás”, de allí que la defensa no pueda ser puesta en el mismo plano que las otras garantías procesales.

24.1 CONTENIDO DE LA GARANTÍA

En cuanto al contenido de la garantía de la defensa procesal, se puede distinguir un aspecto positivo y otro negativo.

El contenido positivo tiene seis manifestaciones:

- a) Garantizar la posibilidad de que la persona intervenga en todos los procesos en que se ventilen cuestiones que conciernen sus intereses.
- b) Asegurar que la persona a la que pueda afectar el resultado del proceso, tomó conocimiento de su existencia.
- c) Asegurar a las partes la posibilidad de formular sus alegaciones.
- d) Garantizar a las partes la posibilidad de probar sus alegaciones.
- e) Garantizar a las partes la posibilidad de contradecir.
- f) Garantizar a las partes que sus alegaciones y pruebas serán valoradas en la sentencia.

Por el contrario, el contenido negativo consiste en prohibir el estado de indefensión, entendido como el efecto producido por la violación de la garantía de la defensa

procesal. Consiste en la indebida restricción o impedimento a las personas de participar efectivamente, y en pie de igualdad, en cualquier proceso en que se traten cuestiones que los afecten, realizando actos de postulación, prueba y alegación, que permitan al juzgador decidir de forma legal, racional y justa.

Así, por ejemplo, el contenido negativo de la garantía de la defensa exige que el órgano jurisdiccional controle que el abogado designado como defensor en el proceso penal efectivamente realice la defensa técnica y que ésta sobrepase determinados mínimos.

En este sentido, al ser la defensa procesal un requisito de validez, es decir, de existencia jurídica del proceso, su afectación acarrea la invalidez o inexistencia jurídica del mismo.

En conclusión, la vigencia de la garantía de la defensa para el imputado comienza con el inicio de la persecución penal, y es un aporte a la aclaración de los hechos.

24.2 FORMAS DE EJERCER LA DEFENSA PROCESAL

Existen dos formas de realización de la defensa procesal:

- a) La defensa material o autodefensa, y
- b) La defensa técnica.

24.2a) La defensa material o autodefensa

La defensa material consiste en el derecho del imputado a realizar su propia defensa; contestando la imputación, negándola, manteniéndose en silencio o allanándose a la pretensión punitiva del Ministerio Público.

Así, el Tribunal Constitucional define a la defensa material como el derecho del imputado de ejercer su propia defensa [Exp. 1323-2002-HC/TC, 9 de julio del 2002, Fundamento 2].

24.2b) La defensa técnica

La defensa técnica es una exigencia necesaria en el proceso penal. Consiste en la actividad que realiza el abogado para asesorar técnicamente al

imputado sobre sus derechos o deberes, controlar la legalidad del procedimiento, realizar el control crítico de la producción de las pruebas de cargo y de descargo, la exposición crítica de los fundamentos y pruebas de cargo desde el doble enfoque de hecho y de Derecho, o recurrir a las resoluciones judiciales.

El Tribunal Constitucional define a la defensa técnica como el asesoramiento y patrocinio por un abogado mientras dure el caso penal [Exp. 1323-2002-HC/TC, 9 de julio del 2002, Fundamento 2].

La importancia de la defensa técnica en el proceso penal ha llevado a que se considere que la defensa es una parte procesal opuesta a la acusación (la otra parte procesal); que está formada por dos sujetos: el imputado y el abogado. El imputado y el abogado son dos individualidades constitutivas de una parte procesal compuesta por dos órganos.

Para asegurar que en el proceso penal el imputado cuente con defensa técnica, 1) el Estado garantiza al imputado contar con un defensor de oficio; 2) el imputado puede nombrar a un defensor de su confianza; y 3) el Estado promueve la asistencia jurídica gratuita.

Cuando el imputado no ejerce su derecho a nombrar abogado, el Estado tiene el deber de designarle uno de oficio, al que se le asigna la responsabilidad de la defensa técnica del imputado.

El artículo 139º inciso 14 de la Constitución fija como momento de inicio de la vigencia de la garantía de la defensa, la citación o detención por la autoridad. El derecho a contar con un defensor de oficio tiene que ser garantizado, al investigado, imputado, acusado o sentenciado, en todas las etapas del proceso penal.

Asimismo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos señala en el informe 50/00 correspondiente al Caso 11.298 (Reinaldo Figueredo Planchart v. República Bolivariana de Venezuela) que las garantías del debido proceso no pueden estar limitadas ni restringidas a la fase final de un proceso penal, menos aún si la fase preliminar tiene consecuencias jurídicas sobre los derechos civiles del presunto imputado:

“87. (...) El principio general, tal como lo ha señalado la Corte Europea de Derechos Humanos, es que las garantías del debido proceso se aplican a las actuaciones anteriores al juicio, incluyendo las investigaciones preliminares, ‘si y en la medida [en] que la equidad del juicio pueda verse gravemente perjudicada por una falla inicial en su cumplimiento’.”

24.3 LA GARANTÍA DE LA DEFENSA PROCESAL ES IRRENUNCIABLE

La defensa procesal, como ya se afirmó, tiene la categoría de garantía porque constituye un derecho fundamental, lo que a su vez determina que sea

irrenunciable. En tanto derecho fundamental es irrenunciable, porque resulta constitucional a la dignidad humana; ningún ser humano puede renunciar a ella.

La defensa es un derecho inalienable de la persona porque es una manifestación de su libertad; asimismo, constituye una cuestión de orden público porque la sociedad tiene el interés de que solo se sancione penalmente al culpable cuya responsabilidad únicamente puede determinarse a través de un proceso penal en el que se haya garantizado su defensa.

El abogado es el garante de los derechos fundamentales de la persona a lo largo del proceso penal. Así como la presunción de inocencia, la defensa técnica es irrenciable porque el imputado no está en condiciones suficientes para satisfacer las necesidades de su defensa por falta de capacidad, de conocimientos técnicos, o por su situación personal.

Al ser la defensa derecho inalienable y cuestión de orden público, el encausado no puede renunciar a ella y se le debe garantizar aún contra su voluntad, asignándole un abogado que técnicamente lo defienda en el proceso penal.

En los sistemas procesales penales en los que se establezca que la defensa es irrenciable, el abogado es imprescindible; ningún proceso puede carecer de defensor. La defensa es necesaria y obligatoria aún en contra de la voluntad del imputado. Si se niega a ejercerla, el Estado debe suministrarle de oficio un defensor oficial que cumpla con la función de defender.

El artículo 8º inciso 2 parágrafo e de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece:

“8º...2. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las garantías mínimas:...

...E) Derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el imputado no se defendiera por sí mismo ni nombrara defensor dentro del plazo establecido por la ley.”

24.4 LA DEFENSA PROCESAL TIENE QUE SER «EFICAZ»

La mera existencia del defensor suele ser insuficiente por sí sola para garantizar la igualdad de armas en el proceso penal, pues solamente brinda una posibilidad formal de igualdad; el equilibrio de las partes reclama una actividad profesional diligente y eficaz del defensor. Si no hay defensa eficaz, se considera un abandono implícito de la defensa que demanda la sustitución de abogado y provoca la nulidad de los actos procesales efectuados sin defensa.

Por lo tanto, el derecho fundamental a la asistencia de abogado no se puede reducir a una mera designación formal, correspondiendo al juez adoptar medidas extremas para que en el proceso penal la defensa sea real y efectiva.

La defensa técnica eficaz exige:

- a) Que no pueda realizarse ningún acto en el proceso penal, cuyo objeto pueda incidir en la situación jurídica del imputado, sin la asistencia de un abogado defensor. No basta que la defensa sea necesaria y obligatoria para que la garantía constitucional cumpla su finalidad en el proceso penal; la defensa tiene que ser efectiva, lo que significa desarrollar una oposición, o respuesta, o antítesis, o contradicción, a la acción penal o a la pretensión punitiva

- b) Que la persona cuente con la debida y suficiente defensa técnica desde el inicio mismo de la persecución penal, ya sea con la formulación de la imputación o con la detención.
- c) Que no exista ningún período, por mínimo que sea, desde la formulación de la imputación, la detención, o el inicio de la persecución penal, sin que la persona cuente con la asistencia y representación de un abogado defensor.
- d) Que se mantenga aun con el abandono del abogado; en caso de que ello sucediera, el juez deberá disponer su inmediata sustitución. El letrado tiene el deber de mantenerse en el puesto hasta que sea sustituido por otro.

La negligencia, inactividad, la ignorancia de la ley o el descuido del defensor, no justifica el estado de indefensión del imputado en el proceso penal.

XXV. EL ROL DEL JUEZ DE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA O JUEZ DE TUTELA, GARANTÍAS Y LIBERTADES

Según el NCPP, el Ministerio Público está a cargo de la etapa de investigación preliminar y preparatoria. Por consiguiente, las partes decisivas del proceso están destinadas a la función jurisdiccional, de allí que al juez se le encargue la etapa intermedia del proceso así como la del juzgamiento.

Asimismo, como lo señala el artículo 29º del NCPP, el juez interviene durante la primera fase de la investigación preliminar decidiendo los pedidos del fiscal respecto a las medidas coercitivas o cautelares preliminares que fueran necesarias; así como también en la fase de investigación preparatoria, donde controla la misma y en esencia se constituye en un juez de garantías mediante la figura del juez de la investigación preparatoria.

En su artículo 323º, el NCPP, especifica sus funciones específicas:

- a) Dicta las medidas cautelares o coercitivas solicitadas por el fiscal y las partes. También las medidas limitativas de derechos y las medidas de protección.
- b) Realiza las diligencias solicitadas por el fiscal y las partes, de acuerdo a la ley procesal.
- c) Autoriza la constitución de las partes.
- d) Resuelve las excepciones, cuestiones previas y prejudiciales.
- e) Dirige las diligencias sobre prueba anticipada.
- f) Controla el cumplimiento de los plazos procesales.

Queda de manifiesto que la intervención del juez no es pasiva ni ajena al procedimiento, sino más bien necesaria conforme nuestra Constitución, llegando incluso a ser continua.

En tal sentido, la sentencia emitida en segunda instancia por la Sala Penal Permanente de Huaura en el exp. 546-06, se pronuncia de igual manera y delimita claramente la función del juez. En esta resolución, citando a CÉSAR SAN MARTÍN CASTRO, señala que: Ala intervención del juez no es meramente notarial; los controles son los siguientes: 1) control

de la calificación jurídica del hecho punible; 2) control de la pena y de la reparación civil acordadas; y, 3) control del fundamento probatorio de la imputación”.

XXVI. MEDIDAS RESTRICTIVAS DE DERECHOS

Las medidas restrictivas de derechos se encuentran justificadas por el interés social de hallar la verdad de los hechos para esclarecer el delito. Pero esto no se deja al libre poder del Estado. Estas medidas deben respetar los principios de la legalidad, razonabilidad y proporcionalidad. Por el primer principio, la medida a tomarse debe ser la establecida en la Ley, debiendo ejecutarse con las debidas garantías para el afectado. Mientras que la razonabilidad y la proporcionalidad informan que la aplicación e intensidad de las medidas que restrinjan derechos fundamentales deben guardar relación con la gravedad del delito investigado y con la necesidad de su utilización, pues deben ser excepcionales; la medida escogida y su modo de desarrollarla debe ser en lo posible lo menos gravosa posible para el imputado.

Entre las medidas enumeradas en el título III de la sección II del Libro II del Código

Procesal Penal tenemos:

- **Control de identidad policial.** La policía puede pedir, dentro del marco de sus funciones, la identificación a cualquier persona. Tal identificación solo procederá cuando resulte necesaria para prevenir un delito, obtener información útil en caso de grave alarma social y en el ámbito de una operación policial; estas operaciones deben llevarse a cabo bajo los criterios de razonabilidad y proporcionalidad. Si el intervenido no tuviera sus documentos, se le debe permitir hacer una llamada a sus familiares o trasladarse al lugar donde se encuentra el documento de identificación de ser posible; si fuera conducido a la dependencia policial, también se le debe permitir realizar la llamadas telefónicas o emplear otros medios de comunicación que considere necesarios; la detención no debe exceder de cuatro horas y luego se le dejará retirarse del lugar.

Esto no está bajo la protección del art. 2º num. 24 lit. f de la Constitución, ya que es una breve medida coercitiva que concretamente afecta la libertad ambulatoria y con una perspectiva temporal limitada no necesita de flagrancia para que la policía por sí o por orden fiscal la lleve a cabo previo mandato escrito y motivado del juez. Por lo tanto, existe una situación intermedia, en la que se da una restricción de la libertad distinta a la detención en sentido estricto.⁴² El art. 205º inc. 4. no es constitucional porque está amparado en el art. 2º num. 24 lit. b de la Constitución: “No se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo en los casos previstos por ley...”.

42 SAN MARTÍN CASTRO, Cesar. Búsqueda de pruebas y restricción de derechos”. En: *Actualidad Jurídica N° 144* (noviembre 2005). Lima. Revista *Gaceta Jurídica*, pp. 249-259.

Para la finalidad del servicio de identificación, proceso mediante el cual se asimila un aspecto, propiedad o atributo del individuo que se transforma en un modelo, para diferenciarlo de otros individuos, se puede tomar fotografías al imputado, con asentimiento de su voluntad; de lo contrario se le debe pedir expresa orden para ello al Ministerio Público. Al efectuar esta medida debe levantarse un acta.

En delitos graves que causen alarma social, la policía puede identificar a las personas que se encuentren cerca del lugar de los hechos; también puede registrar los vehículos y realizar un registro superficial de las personas para comprobar si portan instrumentos prohibidos o peligrosos (art. 206°. 1). De lo actuado, la policía da cuenta al Ministerio Público y deja constancia en el correspondiente libro de registro (art. 206°. 2).

- **La videovigilancia.** El nuevo Código Procesal Penal no dice cómo debe ser el pedido de la policía sobre videovigilancia, ni si éste debe ser verbal o escrito. Tratando de subsanar dicho defecto, el reglamento de aplicación nos dice que debe ser debidamente motivado.

Cuando se trate de delitos violentos o graves —en los que la pena privativa de libertad sea no menor de cuatro años—, o relacionados con organizaciones delictivas, el fiscal puede —a iniciativa propia o a pedido de la policía y sin conocimiento del afectado— disponer la realización de actos de videovigilancia (art. 207°), delimitando claramente el lugar, tiempo, espacio y modo en que se realizará, así como sobre qué sujeto recaerá la medida y a cargo de quién estará.

El fiscal requerirá la autorización judicial cuando la videovigilancia se realice en el interior de inmuebles o lugares cerrados, debido a que la situación amerita mayor protección de los derechos fundamentales en conflicto. La transcripción será ordenada por el fiscal; ésta deberá estar numerada en forma independiente, indicando la duración de la grabación y demás datos que resulten necesarios para la plena identificación en el soporte original. Culminadas las investigaciones, inmediatamente se pondrá en conocimiento del vigilado lo actuado, siempre que el objeto de la investigación lo permita, asegurando la tutela jurisdiccional efectiva, y que no se ponga en peligro la vida o la integridad física de terceros. Debe tenerse siempre presente que el Estado, a través de sus instituciones, debe velar por la protección de la sociedad, y por lo tanto de cada individuo que la conforma.

- **Las pesquisas.** Son búsquedas o indagaciones que realiza la policía cuando existan motivos razonables para creer que con tal actuar se encontrarán rastros del delito o a personas prófugas, incluyendo al imputado (art. 208°. 1). Tienen por objeto comprobar el estado de las personas, lugares, cosas, los rastros y otros efectos materiales que fueran de utilidad para la investigación (art. 208°. 2).⁴³

43 Las pesquisas se efectúan “luego de” realizado el delito. Es una de las diferencias con la flagrancia. Otra

Estas pesquisas solo las realiza la policía, a propia iniciativa o a solicitud del fiscal. En todo caso debe dar cuenta a éste. Levantará un acta en la que se informe lo acontecido, si se encontraron o no los objetos o sujetos buscados (art. 208°. 2). Si los rastros, o efectos materiales, o las personas buscadas no estuviesen en el lugar, se describirá su estado actual y se procurará consignar su estado anterior; el modo, tiempo y causa de tal desaparición o ausencia, y los medios de convicción de los que se obtuvo este conocimiento (art. 208°. 3).

Cuando fuera posible, se recogerán elementos útiles (art. 208°. 2), se levantarán planos y utilizará todo procedimiento adecuado a los efectos de la investigación (art. 208°. 4).

Las pesquisas que el Código Procesal regula bajo tal rótulo son: las retenciones y el Registro de personas. Todo lo dicho en este punto es aplicable a ambas instituciones.

- **Las retenciones.** Hoy en día ya hay casi unánime consenso en que no existen derechos absolutos. En este sentido, la libertad puede ser restringida, y no solo cuando se encuentre un individuo en flagrancia o bajo condena judicial, sino también cuando resulte indispensable para el esclarecimiento de un delito (aun no siendo el imputado del hecho).

Es así que el Código otorga facultades a la policía, cuando necesite practicar una pesquisa, para retener a las personas halladas en el lugar o hacer que comparezca cualquier otra (art. 209°. 1). Pero el legislador también ha establecido un límite a tal facultad, puesto que el derecho de la sociedad frente a lo que representa el delito tampoco es absoluto. El agente siempre debe tener presente los criterios de razonabilidad y proporcionalidad de la medida. El límite temporal que tiene la policía para realizar su pesquisa con la persona retenida es de cuatro horas, luego de las cuales debe solicitar orden judicial para su ampliación (art. 209°. 1). El juez estimará si esta prórroga es absolutamente necesaria y, de ser el caso, cuál es el tiempo prudencial otorgable a la policía, valorando siempre los fines de la investigación frente al menoscabo sufrido por las personas mientras dure la pesquisa.

- **El registro de personas.** Es un tipo de pesquisa que se practica sobre el individuo y los objetos que éste porta, cuando existan fundadas razones para considerar que en él o en su ámbito personal oculta bienes relacionados con el delito (art. 210°. 1).

Antes de introducirse en la intimidad y el pudor ajenos, el agente policial debe invitar a la persona a que exhiba y entregue los objetos requeridos. Si éstos son entregados, no se procederá al registro personal, salvo que se considere útil efectuarlo a fin de completar la investigación; en caso contrario, la policía está facultada para hacerlo (art. 210°. 1). Este registro incluye vestimenta, equipaje, vehículo utilizado o bultos que portare el intervenido (art. 210°. 3).

es que en la flagrancia el espacio de tiempo entre el hecho delictivo y éstas debe ser breve, mientras que en aquéllas no necesariamente.

El registro se realizará respetando la dignidad y, dentro de los límites posibles, el pudor de la persona. Correspondrá ser intervenido por un agente del mismo sexo, excepto cuando la demora perjudique la investigación (art. 210°. 2). Previa ejecución del registro se comunicará a la persona las razones de su intervención y que tiene derecho a hacerse asistir por una persona de confianza, siempre que se le pueda ubicar rápidamente y sea mayor de edad (art. 210°. 3). La policía debe actuar en última instancia, porque de por medio se encuentra la injerencia en el derecho fundamental de la intimidad. Se nota el nuevo rumbo más garantizador que se trata de dar a nuestro proceso penal. En lo posible, se busca respetar los derechos de las personas y, cuando resulte indispensable introducirse en ellos, que haya una autolimitación, y que se trate que el menoscabo de los derechos fundamentales sea el menor posible.

- **Intervención corporal.** A diferencia del registro de personas, pesquisa en el cuerpo de la persona mediante la palpación de su cuerpo o la revisión en los objetos de su ámbito personal; la intervención corporal es mucho más profunda, se practica en el cuerpo mismo de la persona del imputado.

Estudiando ambas medidas, Roxin sostiene que se debe circunscribir la intervención corporal como acto concreto —para diferenciarla del registro corporal— a aquellos actos que implican, no una búsqueda de objetos en la superficie corporal o en las cavidades u orificios corporales naturales (registros anales o vaginales), sino extracciones de fluidos del cuerpo humano, tales como análisis de sangre o de orina, o ecográficos, o cualquier otro tipo de actuación sanitaria, para examinar el cuerpo mismo del imputado.⁴⁴

A solicitud del Ministerio Público, el juez puede ordenar el examen del imputado siempre que el delito esté sancionado con pena privativa de libertad mayor de cuatro años. Las pruebas a realizarse pueden ser las siguientes: análisis sanguíneos, pruebas genético-moleculares u otras intervenciones, que deben ser efectuadas por un medico u otro profesional especializado. Para determinar si el examen puede conllevar un daño grave a la salud del imputado, es necesario contar con un dictamen pericial; de existir este peligro, no se efectuará el examen (art. 211°. 1).

Saltan a la vista nuevas diferencias, no solo con el registro personal, sino con todas las pesquisas, y es que las demás son realizadas por la policía, con supervisión del fiscal, mientras que la intervención corporal requiere orden judicial previa (verdaderamente imparcial, en el sistema acusatorio) —exceptuando el caso del num. 5 del art. 211°, que prevé intervenciones mínimas del Ministerio Público o de la policía, con conocimiento del Fiscal, como extracciones de sangre, piel o cabello, siempre que no comprometan la salud del intervenido—. Además, para practicar una pesquisa no hay una exigencia en cuanto a un mínimo de pena por el delito investigado;

44 ROXIN, Claus, *Derecho procesal penal*, trad. de la 25^a edición alemana de Gabriel E. Córdoba y Daniel R. Pastor, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000, p. 290.

en cambio, para intervenir el cuerpo de alguien, en el marco de la investigación, se requiere que el delito imputado esté conminado con pena privativa de libertad no menor a cuatro años.

Si el examen corporal de una mujer puede ofender el pudor, sin perjuicio que el examen lo realice un médico u otro profesional especializado, a petición de ella debe ser admitida la presencia de otra mujer o de un familiar (art. 211°.2).

Si el examen debe realizarse con urgencia o hay peligro por la demora, no es necesario esperar la orden judicial, pero se debe instar inmediatamente la confirmación judicial (art. 211°. 3). Sobre este punto, advierte Fany Quispe Farfán que se debe tener mucha cautela con las posibles desviaciones sobre cuándo entender la urgencia en la actuación de la intervención. Podría suceder que la excepción se transforme en la regla y que la “judicialidad se vuelva un formalismo”. Nos recuerda que el nuevo sistema procesal penal es más ágil que su vetusto predecesor, por lo que no se debe pasar por alto muy a la ligera el control judicial de las actuaciones en la investigación, so pretexto de la “urgencia”.⁴⁵

En esta diligencia estará presente el abogado del imputado, salvo que no concurra pese a la citación correspondiente, o que exista fundado peligro de que la prueba se perjudique si no se realiza inmediatamente, en cuyo caso podrá estar presente una persona de la confianza del intervenido, siempre que pueda ser ubicada en el acto. En el acta se dejará constancia de la causal invocada para prescindir del abogado defensor y de la intervención de la persona de confianza del intervenido (art. 211°. 4).

El Ministerio Público o la Policía Nacional, con conocimiento del fiscal, podrán disponer mínimas intervenciones para observación, como extracciones de sangre, piel o cabello, que no provoquen ningún perjuicio para la salud, siempre que el experto que lleve acabo la intervención no lo considere riesgoso; de lo contrario se pedirá la orden judicial (art. 211°. 5).

La imposición coactiva solo procede: a) si no existe ningún daño para la salud del imputado, requisito obvio que se proyecta por sí mismo, por el imperativo del principio de proporcionalidad; y b) si resulta indispensable para la averiguación de la verdad, requisito derivado del subprincipio de necesidad, pero en este caso existe un canon de valoración mucho más estricto.

Respecto a la intervención corporal sobre otras personas, distintas del imputado, el legislador nacional ha adecuado los tres primeros numerales del 81c de la Ordenanza Procesal Penal alemana al artículo 212° de nuestro nuevo Código Procesal Penal.

45 QUISPE FARFÁN, Fany Soledad, “El registro personal y las intervenciones corporales”, En: *El nuevo proceso penal: Estudios fundamentales*, Cubas Villanueva, Doig Díaz y Quispe Farfán, coordinadores. Lima: Palestra Editores, 2005, p. 432.

Los testigos son examinados corporalmente, inclusive sin su consentimiento, cuando su cuerpo presente huellas o secuelas del delito (art. 212º). Los exámenes o extracciones de análisis sanguíneos pueden ser rechazados por los mismos motivos que el testimonio. Si se trata de menores de edad o incapaces, decide su representante legal; salvo que esté inhabilitado para hacerlo por ser imputado en el delito, en cuyo caso decide el juez.⁴⁶ Aunque el Código no lo diga expresamente, como sí lo dice en el caso de los imputados, creemos que con mayor razón siendo un no imputado, la intervención contra la voluntad del intervenido debe estar sujeta a que el hecho investigado sea penado con no menos de cuatro años de privación de libertad.

En todo caso, la intervención corporal debe ser realizada por un profesional médico, y llevarse a cabo en *última ratio*, respetando de la mejor manera los derechos del intervenido.

- **La prueba de alcoholemia.** Está constituida por unos exámenes que se realiza a los sujetos, en el marco de la prevención e investigación del delito, para determinar la cantidad de alcohol presente en la sangre de los mismos (art. 213º. 1). Está principalmente pensada para el delito de conducción en estado de ebriedad, y su derivación preterintencional en las formas de lesiones y homicidio culposo.

La prueba comienza con la comprobación de tasas de aire respirado —salvo que el estado de ebriedad sea evidente— realizada por la policía en su misión de prevención del delito. Luego de lo cual elaborará un acta de las diligencias seguidas, abrirá un registro en el cual consten las comprobaciones de aire respirado realizadas, dando cuenta de todo ello al Ministerio Público (art. 213º. 3).

Cuando la comprobación de tasas de alcohol en el aire respirado haya resultado positiva, o se presenten signos evidentes de estar bajo los efectos del alcohol, de drogas u otras sustancias prohibidas, el Código faculta a la policía para retener al sujeto y conducirlo al centro de control sanitario, donde se le realizarán los exámenes de sangre u otros fluidos, según prescripción del facultativo (art. 213º).

Parecería arbitrario que no encontrándose la policía en un operativo de prevención, detenga a una persona determinada y pretenda realizarle las pruebas mencionadas, sólo a ella y a nadie más, quedando ésta obligada a soportarlas. Por esa razón, el Código le ha brindado unas garantías indispensables a la ciudadanía frente al poder policial. Si una persona es intervenida así, es porque se sospecha la posible comisión de un delito. Pero, para hacerlo se le debe expresar las razones de la intervención y su derecho a ser asistido por una persona de su confianza, siempre que se la pueda ubicar rápidamente y sea mayor de edad, como ocurre en el registro de personas (art. 213º. 4).

46 SAN MARTÍN CASTRO, César, *op. cit.*, p. 257.

Sin embargo, el Código no determina hasta qué punto y en qué supuestos resulta proporcional, desde una perspectiva constitucional, la imposición obligatoria de la realización del examen de alcoholemia; así como tampoco, desde una perspectiva más concreta, cuál ha de ser el modo constitucionalmente legítimo en el que ha de desarrollarse. Para esto se analizará, caso por caso, qué derechos fundamentales resultan afectados, en qué medida lo son y cuál es el medio menos lesivo para practicarlo. Toda esta ponderación constitucional debe realizarse en virtud del principio de proporcionalidad, ponderando el interés individual con los de protección de la seguridad y del orden público, teniendo siempre en cuenta el carácter de última ratio del Derecho Penal.

- **Allanamiento.** Cuando existan motivos fundados para considerar que en un domicilio, casa habitación, casa de negocio, en sus dependencias cerradas, o en recinto habitado temporalmente y en cualquier otro lugar cerrado, se ocultan el imputado o un prófugo, o se hallan bienes delictivos u objetos relevantes para la investigación —además de los casos de flagrancia o inminente peligro de la comisión de un delito— el fiscal debe solicitar ante el juez su allanamiento (art. 214°. 1), precisando la ubicación del lugar a registrarse, la finalidad de la diligencia y el tiempo de duración (art. 214°.2). El auto judicial, además de lo precedente, indicará el nombre del fiscal autorizado, las medidas de coerción correspondientes y el apercibimiento en caso de resistencia. La vigencia de la orden caduca a las dos semanas de emitida, salvo concesión por plazo determinado (art. 215°). Se debe entregar la copia de autorización al imputado, y todo lo actuado debe constar en acta (art. 216°. 1).

Del texto normativo se infiere que el fiscal no requiere autorización judicial en los casos de flagrancia o peligro inminente de la realización de un delito (art. 214°.1), pero siempre debe dar cuenta de su actuación en un acta.

- **Exhibición forzosa e incautación.** La ley establece que se requiera la autorización judicial, previa petición fundada, para que se obligue a una persona a exhibir o entregar bienes o cosas relacionadas con el delito (ya sea porque constituyen el cuerpo del delito o son necesarias para la investigación). La autorización judicial deberá tener todos los datos necesarios, así como el nombre del fiscal autorizado, la designación del bien a exhibir o incautar con el apoyo policial, debiendo registrar con exactitud los bienes o cosas, pudiéndose lograr la autorización para tomar fotos o grabaciones que contribuyan a los mismos fines de esclarecimiento del delito. En los casos de exhibición, se cuidará de describir detalladamente el bien, objeto o documento. Corresponde al Ministerio Público la conservación de tales bienes u objetos (art. 218°.1).

La policía puede tomar estas medidas sin autorización ni orden judicial cuando se interviene en delito flagrante o se está ante el peligro inminente de su perpetración. De ello dará cuenta inmediatamente al fiscal, quien solicitará la confirmación del juez de la investigación preparatoria (art. 218°. 2).

- **Exhibición e incautación de actuaciones y documentos no privados.** La norma procesal también se ocupa de la exhibición e incautación de las actuaciones y documentos que no tienen la calidad de privado, incluyendo aquéllos que se clasifiquen como secreto de Estado. En este último caso, se debe probar tal condición. El juez, en coordinación con el Ejecutivo, solicitará la confirmación de la condición de los objetos como secretos de Estado. De ser así, decidirá la clausura de la investigación por estas circunstancias (art. 224°).
- **Control de comunicaciones y documentos privados.** En esta parte estudiaremos los casos en los que la medida adoptada en la búsqueda de pruebas restrinja los derechos fundamentales a la inviolabilidad de las comunicaciones y de los documentos privados (Constitución, art. 2°. 10).

Puesto que estas medidas de control afectan los derechos de las personas a la inviolabilidad de sus comunicaciones y de sus documentos privados, se debe ser cauteloso al llevarlas a cabo. El Ministerio Público no puede excederse de lo prescrito en el Código; si se obtienen fuentes de prueba inobservando las garantías que el mismo establece en este punto, estaríamos frente a una prueba prohibida.

- **Interceptación e incautación postal.** El nuevo Código procesal penal establece la posibilidad de que se pueda interceptar, incautar y abrir documentación que se dirija al imputado de manera directa o indirecta, siempre que sea indispensable para el debido esclarecimiento de los hechos que se investiguen (art. 226°. 2). Puede ser objeto de interceptación toda forma de comunicación contenida en soporte material, los pliegos, valores, telegramas u otros objetos de correspondencia, dirigidos al imputado o remitidos por él (art. 226°. 1). También son susceptibles de ser intervenidos los correos electrónicos (art. 226°. 3).

Contrariamente a lo que sucede con la intervención de comunicaciones y telecomunicaciones, en esta parte el Código no establece un mínimo en la pena del delito investigado; solamente estipula que se instará cuando su obtención sea indispensable para el esclarecimiento de los hechos (art. 226°. 2). Obviamente, se deben seguir respetando los principios de proporcionalidad y razonabilidad de la medida (art. 203°. 1).

Para realizar estos actos se requiere el pedido formal del fiscal al juez de la investigación preparatoria (art. 226°. 1). Se trata de una diligencia estrictamente reservada, con fines propios de investigación, suficientemente motivada y por el tiempo necesario, que no podrá ser mayor al período de la investigación (art. 226°). Se exige el examen del documento retenido solamente si estuviera relacionado con la investigación; será abierto solo por el fiscal, incautándose, de ser necesario. Caso contrario, los documentos serán devueltos al destinatario. De todo lo actuado se levantará un acta (art. 227°).

El procedimiento es el siguiente: cuando el fiscal considere indispensable para la investigación la interceptación de comunicaciones de este tipo del imputado,

solicitará al juez de la investigación preparatoria la orden para hacerlo. De ser negativa la respuesta de éste, el fiscal podrá apelar (art. 226º. 4). Una vez recabada la autorización, realizará (por sí o encargando su ejecución a un funcionario de la policía o de la Fiscalía) inmediatamente la diligencia de interceptación e incautación (art. 227º. 1). La correspondencia así interceptada es trasladada al despacho del fiscal, donde él mismo revisará el contenido del envío. Si llega a la convicción de que es material útil para la investigación, dispondrá su incautación, dando cuenta para esto al juez de la investigación preparatoria. Si, por el contrario, no lo cree así, ordenará se la devuelva a circulación, enviándola a su destinatario respectivo, de las maneras que prevé el art. 227º.2. Sea o no pertinente la información, y luego de que disponga lo oportuno el fiscal, se redactará el acta correspondiente (art. 227º.2).

Una vez cumplida la diligencia y la investigación del caso, se la dará a conocer al imputado, quien podrá solicitar a la autoridad judicial, dentro los tres días de notificado, el reexamen del caso. En ese supuesto se llevará a cabo la realización de una audiencia para efectuar el control judicial de la diligencia de interceptación e incautación de documentos (art. 228º).

- **Control de las comunicaciones y telecomunicaciones.** Una vez dictada la resolución, con todos sus requisitos, la exigencia constitucional ha quedado cumplida, los demás son requerimientos ordinarios. Los requisitos de las medidas de intervención y grabación de comunicaciones telefónicas u otras análogas son: a) existencia de suficientes elementos de convicción de la comisión de un delito con pena superior a cuatro años de privación de libertad; b) absoluta necesidad de la pesquisa; c) solicitud fiscal; y d) orden judicial.

La orden judicial identifica al afectado, que puede ser el imputado o un tercero que reciba o transmite comunicaciones por cuenta del investigado, que pueden ser por medio telefónico u otra forma de comunicación objeto de la investigación (art.

230º.2). Las formas de esta investigación están determinadas por el Código, su alcance y duración no podrán exceder de treinta días, salvo prórroga o plazo sucesivo, previo requerimiento fiscal y autorización judicial (art. 230º.6).

En este sentido, las empresas telefónicas y de telecomunicaciones están obligadas a posibilitar la realización de estas diligencias ordenadas, bajo apercibimiento de ser denunciadas por desobediencias a la autoridad (art. 230º.4). Los ejecutores o facilitadores de la medida deben guardar secreto acerca de las mismas, salvo cuando sean citados como testigos en el procedimiento. Las medidas de interceptación cesan cuando los elementos de convicción que les dieron fundamento desaparecen o vence el plazo fijado. Las grabaciones son entregadas al fiscal, quien las conserva de modo seguro, cuidando de que no sean conocidas por terceros; además, dispone su transcripción, levantándose el acta. Lo irrelevante en materia procesal se devuelve al imputado y se destruye la transcripción o las copias de éstas.

De esta manera, el NCPP permite premunirse de grabaciones relevantes para procedimientos diferentes de aquél por el que se emitió la orden judicial de intervención, siempre y cuando contengan información sobre el hecho punible.

Debe cuidarse de no caer en ilicitud. Una intervención telefónica implica un menoscabo del derecho a la privacidad de las comunicaciones; si no se respetan las órdenes legales al realizarla, puede que la prueba así obtenida devenga en ilícita, quedando excluida del proceso.

El reexamen judicial puede ser pedido por el afectado una vez informado de lo actuado. El propósito de esta audiencia está dirigido a verificar el resultado de las diligencias ejecutadas, velar por los derechos de los afectados y, en su caso, impugnar lo decidido. Es posible no notificar al afectado, si pusiera en peligro la vida o la salud de terceros. El secreto en este caso requiere resolución judicial y plazo determinado, vencido el cual procede la audiencia de reexamen.

Cuando al realizar un registro personal, una inspección o allanamiento se encuentre en poder del intervenido o en el lugar allanado un documento privado, y no se ha recabado autorización judicial previa de incautación, el fiscal lo asegurará (sin revisarlo) y pondrá de inmediato a disposición del juez. Seguidamente, requerirá, antes de las 24 horas, la orden de incautación (art. 232º).

Los documentos contables y administrativos de las personas naturales y jurídicas pueden ser asegurados e incautados, siempre respetando las formalidades del art. 234º.

- **Levantamiento del secreto bancario y de la reserva tributaria.** El NCPP autoriza la incorporación de documentos, títulos valores, sumas depositadas y cualquier otro bien, o el bloqueo e inmovilización de las cuentas; y autoriza la pesquisa o registro de una entidad del sistema bancario o financiero. El juez es quien autoriza disponer el levantamiento de la reserva tributaria y el que lo requiere a la administración tributaria, cuando resulte necesario y sea pertinente para el esclarecimiento del caso investigado (art. 237º).
- **Clausura o vigilancia de locales e inmovilizaciones.** El fiscal podrá ordenar la clausura o vigilancia de locales o la inmovilización de bienes muebles, cuando sea necesario para continuar con la investigación; después de realizada la diligencia, antes de las veinticuatro horas, el fiscal debe solicitar al juez la resolución confirmatoria y para tal efecto adjuntará copia del acta (art. 241º).

XXVII. MEDIDAS DE COERCIÓN PROCESAL

Las medidas de coerción procesal se encuentran reguladas en la Sección III del Libro II, referido a la Actividad Procesal, del Nuevo Código Procesal Penal.

De esa regulación se desprende que las medidas de coerción procesal o medidas cautelares son instrumentos procesales que se imponen durante el curso de un proceso penal,

con el objeto de restringir el ejercicio de los derechos personales o patrimoniales del imputado o de terceras personas.⁴⁷ Es evidente que su imposición restringe derechos fundamentales de la persona sometida a proceso penal, e incluso de un tercero.

Por ello es importante anotar que el artículo 253º inciso 1 del Código que inicia la regulación de esas medidas realiza una “declaración de principios”, advirtiendo que la restricción de derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales sólo podrá hacerse en el marco del principio de legalidad y bajo el respeto de la garantías judiciales previstas en la Ley.

Ahora bien, la doctrina y el propio código (art. 253º inc. 3), entienden que estas medidas se justifican porque tienden a evitar los peligros de obstaculizar el proceso y buscan asegurar el efectivo cumplimiento de la posible condena. Ya que, si luego de comprobada la culpabilidad del imputado en juicio éste pudiera sustraerse al cumplimiento de la sanción, la justicia se vería burlada y la sociedad perdería la confianza en el Derecho.⁴⁸

Se pueden clasificar las medidas de coerción procesal según la afección de bienes jurídicos. En ese sentido, existen dos clases de medidas cautelares: las de carácter personal y las de carácter real. Las medidas cautelares de carácter personal tienen por finalidad asegurar la presencia del imputado en el juicio y evitar que obstaculice la averiguación de la verdad. Las medidas cautelares de carácter real tienen por finalidad garantizar la reparación del daño y el pago de costas o multas.⁴⁹ Las medidas cautelares sobre bienes sujetos a confiscación o decomiso tienen como finalidad asegurar que dichos bienes permanezcan a efectos de prueba en el proceso.

CAFFERATA NORES distingue los tipos de medidas cautelares en el proceso penal, bajo los criterios señalados, de la siguiente manera:

“La coerción personal es una limitación a la libertad física de la persona; la coerción real importa una restricción a la libre disposición de una parte del patrimonio. Ambas tienen en común la finalidad de garantizar la consecución de los fines del proceso y pueden afectar... al imputado o a terceros”.⁵⁰

Pero también se puede hacer una clasificación según la finalidad de la misma. Y así, tendremos que existen medidas asegurativas cautelares y medidas asegurativas pro-

47 Cf., MONTERO AROCA, Juan; ORTELLS RAMOS, Manuel; GÓMEZ COLOMER, Juan Luis; MONTÓN REDONDO, Alberto. *Derecho Jurisdiccional. Tomo II*. Barcelona: José María Bosch Editor, 1991, p. 255. CHAMORRO BERNAL, Francisco. *La tutela judicial efectiva*. Barcelona: José María Bosch Editor, 1994, pp. 285 292. ALMAGRO NOSETE, José y TOMÉ PAULE, José. *Instituciones de Derecho procesal. Proceso Penal*. Madrid: Trivium, 1994, p. 255. SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal. Vol. II*. Lima: Grijley, 1999, pp. 779 y ss.

48 CAFFERATA NORES, José I. *Medidas de coerción en el nuevo código de procedimiento penal*. Buenos Aires: Depalma, 1992, p. 4.

49 Cf., SAN MARTÍN CASTRO, César, op. cit, p. 797. ALMAGRO NOSETE, José y TOMÉ PAULE, José, *op. cit.*, p. 256.

50 CAFFERATA NORES, José I., *op. cit.*, p. 4.

batorias. Las primeras buscan resguardar la finalidad del proceso, ya sea asegurando la posible imposición de una pena privativa de libertad, sobre la persona del imputado; o asegurando la ejecución de las consecuencias económicas del delito y que éstas recaigan sobre el patrimonio del imputado. Mientras tanto, las medidas asegurativas probatorias resguardan los objetos de prueba, ante el peligro de su destrucción o desaparición.⁵¹

Ahora bien, en el marco general previstos en los artículo 253º al 258º del nuevo Código Procesal Penal, se pueden extraer los siguientes principios o características generales de las medidas cautelares:

- a) **Excepcionalidad y urgencia**, en vista del derecho a la libertad personal y al principio de presunción de inocencia, la regla sería la libertad y la excepción la aplicación de la medida cautelar; y esta última nunca procedería de manera generalizada. Esta idea se encuentra contenida en los incisos 2 y 3 del artículo 253º, que también exige que para su imposición deben existir suficientes elementos de convicción. Por ello, BOVINO, citando jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, anota que: “La principal exigencia que deriva del principio de excepcionalidad es la de asegurar los fines del proceso a través de medidas de *coerción menos lesivas, distintas a la privación de libertad*”.⁵² En el mismo sentido, SAN MARTÍN CASTRO, precisa el carácter urgente de las medidas cautelares y que: “la resolución cautelar debe adoptarse cuando se aprecian circunstancias que razonablemente conforman un riesgo potencial de ineficacia de la ulterior resolución definitiva (pertenece al ámbito del *periculum in mora*)”.⁵³
- b) **Proporcionalidad**, porque deben estar en adecuada relación con el hecho que se imputa y con lo que se busca garantizar. (Art. 253º inc. 2).⁵⁴ En este sentido, BINDER anota que:

“La violencia que se ejerce como medida de coerción nunca puede ser mayor que la violencia que se podrá eventualmente ejercer mediante la aplicación de la pena, en caso de probarse el delito en cuestión (...) si se trata de delitos que tienen previstas penas menores o penas de multa leve, resulta claramente inadmisible la aplicación de la prisión preventiva. Si en el caso concreto se espera una suspensión de la pena, tampoco existiría fundamento para encarcelar preventivamente al imputado”.⁵⁵

51 ARAGÜENA FANEGO, Coral. Teoría general de las medidas cautelares reales en el proceso penal. Barcelona, 1991.

52 BOVINO, Alberto *Prisión cautelar*, El fallo Suárez Rosero, p. 67.

53 SAN MARTÍN CASTRO, César, *op. cit.*, p. 787. Cf., También: SERRA DOMÍGUEZ, Manuel; RAMOS MÉNDEZ, Francisco. *Las medidas cautelares en el proceso civil*. Barcelona: Pareja, 1974, p. 80.

54 Cf., GONZALES-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Colex, 1990, pp. 51 y 55.

55 BINDER, Alberto. *Introducción al derecho procesal penal*. Buenos Aires: Alfa Beta, 1993, p. 201.

c) **Instrumentalidad**, ya que la medida cautelar no tiene una finalidad en sí misma.⁵⁶ En ese sentido se pronuncia CAFERATTA NORES, cuando anota que: “La característica principal de la coerción procesal es la de no tener un fin en sí misma. Es siempre un medio para asegurar el logro de otros fines: los del proceso. Las medidas que la integran no tienen naturaleza sancionatoria —no son penas—, sino instrumental y cautelar”⁵⁷

d) **Temporalidad.** La medida cautelar solo puede adoptarse estando pendiente el proceso principal y tiene una duración limitada en el tiempo. Así, BINDER refiere que:

“Toda persona sometida a un proceso tiene derecho a que tal proceso termine dentro de un lapso razonable. Con más razón aún, toda persona que está privada de libertad durante el proceso, tiene el derecho a que ese proceso finalice cuanto antes; y si el Estado es moroso en el desarrollo del proceso, tal encarcelamiento preventivo pierde legitimidad. Si el Estado utiliza un recurso tan extremo como encarcelar a una persona para asegurar el desarrollo del proceso, adquiere paralelamente la obligación de extremar todos los medios a su alcance para concluir el proceso cuanto antes”.⁵⁸

Es por esto que el artículo 254º inciso 2 literal c) establece la necesidad de que la resolución judicial que fija la medida precise su término de duración.

e) **Variabilidad**, porque su imposición responde a una determinada situación de hecho existente al momento de adoptar la medida, que varía si las circunstancias que la motivaron sufrieran modificaciones a lo largo del proceso, lo que obliga a su alteración o revocación.⁵⁹ Así, como bien anota SAN MARTÍN, las medidas cautelares, además de ser provisionales, se encuentran sujetas a la cláusula “revés sic stantibus”.⁶⁰

f) **Jurisdiccionalidad**, pues su aplicación y control se encuentran reservados exclusivamente a los jueces.⁶¹ En esa línea BINDER precisa que

“(...) son los jueces quienes tienen a su cargo la vigencia de los principios de juicio previo y de inocencia, es coherente —más aún dentro de la lógica de las garantías que sean los jueces y solo ellos quienes autoricen medidas— excepcionales como la que tratamos. Carecería de sentido que se les encomendara a los

56 Cf., CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvidimenti cautelari*, Pavoda: CEDAM, 1936, p. 21.

57 CAFFERATA NORES, José I. *Medidas de coerción en el nuevo código de procedimiento penal*. Buenos Aires: Depalma, 1992, p. 4.

58 BINDER, Alberto. *Introducción al derecho procesal penal*. Buenos Aires: Alfa Beta, 1993, p. 201.

59 Cf., ARANGÜENA FANEGO, Coral. *Teoría de las medidas cautelares reales en el proceso penal español*. Barcelona: Bosch, 1991, p. 132. VECINA SIFUENTES, Javier. *Las medidas cautelares en los procesos ante el Tribunal Constitucional*. Madrid: Colex, 1994, p. 45.

60 SAN MARTÍN CASTRO, César, *op. cit.*, p. 791.

61 VECINA SIFUENTES, Javier, *op. cit.*, pp. 45 y ss.

jueces la preservación de estos principios y se concediera a cualquier autoridad la posibilidad de autorizar las excepciones. Por lo tanto, la interpretación correcta de la norma constitucional indica que solamente se puede privar de libertad a las personas mediante una autorización judicial”.⁶²

Esta característica se desprende del inciso 1 del artículo 255°, cuando precisa que las medidas establecidas en el Código solo podrán ser impuestas por el juez a solicitud del fiscal. Aunque, como veremos, esta misma norma jurídica se aplica sin perjuicio de las disposiciones que permiten al fiscal y a la policía imponer alguna de las medidas contempladas en el Código.

XXVIII. LA DETENCIÓN POLICIAL Y EL ARRESTO CIUDADANO

La Constitución Política del Perú consagra la libertad como un derecho fundamental, y señala que una de sus implicancias es que “nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito” (art. 2°. 24. f Const.); empero, no define lo que es la flagrancia delictiva.

El Código procesal penal ha cumplido con el respectivo desarrollo constitucional. El texto original de su artículo 259° establecía la existencia de flagrancia cuando la realización del hecho punible era actual y el autor hubiese sido descubierto cometiéndolo, o cuando hubiera sido perseguido y capturado inmediatamente luego de haber realizado el acto punible o fuese sorprendido con objetos o huellas que revelen que acaba de ejecutarlo. Por su naturaleza, la flagrancia era “inmediatez”.

Sin embargo, con un criterio poco feliz, el artículo mencionado fue modificado,⁶³ y ahora se la entiende como el momento comprendido entre las veinticuatro (24) horas siguientes a la perpetración del delito, siempre que haya sido identificado por cualquiera que haya visto de cualquier forma (“por medio audiovisual o análogo que haya registrado imágenes de éste”) la comisión delictiva o, en igual plazo, hubiese sido encontrado con efectos o instrumentos procedentes de aquél o que hubieren sido empleados para cometerlo o con señales en sí mismo o en su vestimenta que indiquen su probable autoría o participación en el hecho delictuoso.

De primer momento se observa la desnaturalización de la institución: ahora existe una especie de flagrancia delictiva diferida y hasta virtual, ya no solo se consideran los hechos inmediatamente percibidos, sino también los acaecidos luego de horas y conocidos por intermedio de otras fuentes, como la prensa. Es criticable que no se exija en todos los casos la inmediación con el hecho, sino que, según la tipificación normativa, hasta la visión por televisión del hecho legitima la detención. La amplitud de la fórmula es asaz

62 BINDER, Alberto, *op. cit.*, p. 197.

63 Modificación hecha por el artículo 3° del Decreto Legislativo N° 983, publicado el 22 julio 2007.

discriminatoria: el simple hecho de vestirse pobemente (solo ese supuesto cabría, o el extremo del delincuente bien vestido que deambule por las calles con la ropa ensangrentada y el cuchillo en la mano) o haber transitado por donde se cometió un robo también expone al sujeto a una detención.

Pasando al tema del arresto ciudadano, debemos decir, para comenzar, que esta figura, hasta antes del NCPP, regía de facto, sin regulación alguna. Quien sufría un delito, inmediatamente podía repeler la fuerza contra él empleada por sí mismo, incluso los testigos del hecho podían efectuarlo. Una vez aprehendido el agente, debía ser entregado a la autoridad policial, sin emplear más violencia contra él que la necesaria para su reducción.

Este arresto, ahora ya regido por el artículo 260° del NCPP, no es excepción al imperativo constitucional de que el ciudadano solo puede ser detenido en caso de flagrancia delictiva o por mandato judicial, ya que no se faculta para detener a nadie, sólo para arrestar, es decir para aprehender y entregar al sujeto ipso facto. La detención policial supone permanencia en el tiempo; el arresto ciudadano es fugaz.

Rigiendo los mismos supuestos de la detención policial para el arresto ciudadano, no había nada cuestionable en él, hasta la precitada modificación legal de julio de 2007. Con la variación de las reglas de la primera, la remisión transmite sus males a la otra figura en comentario. Los escandalosos extremos a los que lleva la norma modificada hacen posible que, por ejemplo, en casos como el de la expulsión de los comerciantes del Mercado Mayorista de Santa Anita, cualquiera que vea por televisión o por fotografías del periódico a alguno de los ocupantes del terreno no queriendo salir del mismo, pese a la orden judicial (cometiendo el delito de resistencia a la autoridad), pueda detenerlo en cuanto lo tenga al frente, siempre que esté dentro de las 24 horas siguientes a la comisión del hecho.

XXIX. DETENCIÓN PRELIMINAR JUDICIAL

La detención preliminar judicial como medida de coerción personal, es aquella que dicta el juez de la investigación preparatoria, mediante un auto que contenga la identidad del imputado, la exposición del hecho imputado y los fundamentos de hecho y de Derecho, ante el requerimiento del fiscal de la investigación. Pero antes de que emita una disposición de formalización de la investigación preparatoria, la detención preliminar será ejecutada por la policía, que avisará al fiscal para que éste a su vez ponga al imputado a la disposición del juez de la investigación preparatoria.

La detención preliminar judicial solo procede en aquellos casos en los que no concurra ningún supuesto de flagrancia, cuando concurren razones suficientes que vinculen al imputado con el hecho investigado, que de las circunstancias del hecho se pueda colegir que intentará fugar, y además cuando se trata de una delito grave, es decir, sancionado con pena superior a los cuatro años.

Por otro lado, procede la detención preliminar judicial cuando el imputado es detenido bajo uno de los supuestos de flagrancia, pero logra evitar su detención, o cuando el imputado fuga del centro de detención preliminar.

El plazo de la detención preliminar judicial es de 24 horas, excepto en los casos de terrorismo, espionaje o tráfico ilícito de drogas, en cuyo caso el plazo se extiende hasta los 15 días. Vencido el plazo, según sea el caso, el fiscal libera al detenido o solicita la prisión preventiva u otra medida alternativa. Asimismo, si el fiscal considera que subsisten las razones que fundamentaron la detención, deberá poner al imputado a disposición del juez, requiriendo la emisión de un auto que convalide la detención preliminar, hasta por 7 días y previa realización de una audiencia (art. 264º CPP).

Finalmente, los autos de detención preliminar judicial, de incomunicación y convalidación, son recurribles mediante recurso de apelación, y se cuenta con un día de plazo para su interposición; esta impugnación no suspende la ejecución del auto recurrido.

XXX. PRISIÓN PREVENTIVA

La prisión preventiva es la medida de coerción personal más afflictiva del proceso penal. Implica una restricción a la libertad ambulatoria de la persona.

El modelo instaurado por el Código de Procedimientos Penales de 1940 es considerado mixto por la presencia de rasgos acusatorios en el juicio oral y ser predominantemente inquisitivo durante la fase de investigación. Siguiendo esta línea, la prisión preventiva es valorada allí con la sola apreciación de los documentos presentados por el fiscal o los que el mismo juez haya encontrado en su labor investigadora. No existe la audiencia de prisión preventiva. Muchas veces ésta es dictada midiéndose únicamente el delito imputado. De esta manera, si al despacho judicial llega un requerimiento de prisión preventiva por delito de violación sexual de menor seguida de muerte, muy probablemente ese solo hecho, sin importar los elementos de convicción que vinculen al imputado con el delito o el peligro que su libertad implica para el proceso o la sociedad, será suficiente para ordenar la prisión preventiva del imputado: “*es que estamos hablando de un delito gravísimo*”.

El nuevo modelo procesal penal reconoce la gravedad de la medida y establece exigencias que garanticen que se respetarán los derechos del ciudadano antes de arriesgarse a recluirlo por ser sindicado como posible autor de un delito.

Su aplicación debe ser excepcional, puesto que el imputado mantiene su estatus de inocente mientras no se demuestre judicialmente lo contrario; en tanto “*inocente*”, no se puede vulnerar sus derechos fundamentales. Sin embargo, la necesidad de convivencia pacífica y la fundada posibilidad de que él sea el autor del delito y que muy probablemente evadirá la justicia, huyendo de las investigaciones en curso o perjudicando las mismas (eliminando material probatorio, v. gr.), hacen imperiosa la necesidad de mantener al sujeto bajo custodia, separado de la sociedad, para asegurar los fines de la investigación.

No obstante, tal privación de libertad no puede ser excesiva, sino solamente la estrictamente necesaria, debido a la naturaleza misma de los derechos afectados. El Código establece que el plazo máximo para la prisión preventiva es de nueve meses, y en los procesos complejos, de dieciocho meses (art. 271º CPP). Tras el cumplimiento de este plazo y permaneciendo el individuo sin sentencia, sólo procede su libertad, que será dictada de oficio o a solicitud de parte —pudiendo ordenarse otras medidas que aseguren que el imputado estará presente en las diligencias judiciales—.

Si desaparecen las causas que dieron origen a la medida, ésta debe ser levantada (art. 283º CPP). Mantener al ciudadano en prisión, pese a haberse demostrado que su libertad no implica peligro alguno para la justicia o la sociedad, conciliaría el principio de *razón suficiente*, constituyéndose en un abuso del Estado.⁶⁴

Asimismo, se establecen requisitos para su otorgamiento, que están contenidos en el artículo 268º del Código Procesal Penal. Estos presupuestos —concurrentes— son:

- a) Requerimiento o solicitud del fiscal;
- b) Suficiencia indiciaria que establezca la probabilidad de vinculación del imputado;
- c) Prognosis de imposición de sanción superior a cuatro años de privación de la libertad; y
- d) Peligro de fuga u obstaculización probatoria por parte del imputado, en razón de sus antecedentes y otras circunstancias concretas.

En cuanto al peligro de fuga, éste debe ser calificado según el arraigo familiar, domicilio y laboral del imputado, así como sus posibilidades de abandonar el país u ocultarse. Asimismo, debe tomarse en cuenta la gravedad de la pena concreta que se espera, las dimensiones del daño producido y la actitud que el imputado adopta frente al daño ocasionado, así como su comportamiento —anterior y actual— de sujeción al procedimiento.

Respecto al peligro de obstaculización probatoria, éste debe ser calificado conforme a las posibilidades del imputado para afectar, por destrucción, modificación, ocultamiento, supresión o falsificación, los elementos de prueba; o para influir en coimputados, testigos o peritos con el fin de que mientan, sean reticentes o actúen deslealmente. Asimismo, se considerará las posibilidades con las que cuente el imputado para servirse de otros con el objeto de que realicen los comportamientos antes señalados.

Se ha discutido sobre el tema de si la presencia del imputado es requisito o no de la instalación de la audiencia de prisión preventiva. Esto fue materia de la primera sentencia de casación.⁶⁵

64 Del mismo modo: CAFFERATA NORES, José I, *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*, 3º Edición, Buenos Aires: Editores del Puerto, pp. 204 a 206; y el mismo autor, en: *Proceso Penal y derechos humanos*, Centro de Estudios Legales y Sociales, Ediciones del Puerto, Buenos Aires, 2000, pp. 190 a 192. Este autor sostiene que una detención sin límites temporales, sin proporcionalidad procesal por su duración, desnaturaliza la medida cautelar penal personal e impide justificar la restricción de los derechos del imputado que su ejecución significa; es decir, torna la privación de la libertad en arbitrarria.

65 Casación N° 01-2007 Huaura, Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia de fecha 26 de julio de 2007. El resumen del caso es el siguiente: 1.) El 2º juez del Juzgado de Investigación

Debe quedar en claro que los requisitos para la concesión de la prisión preventiva son los que indica el artículo 268°; no se requiere que el imputado previamente esté con mandato de detención preliminar, como lo entendió el juez del 2º Juzgado de la Investigación Preparatoria de Huaura, por lo que declaró infundado el requerimiento fiscal.

El Código establece que es indispensable la presencia del fiscal, del imputado y de su defensor en la audiencia (art. 271°. 1). Sin embargo, también prevé la inasistencia del abogado; esto no puede perjudicar la realización de la audiencia. Por eso se dispone que, ante esta eventualidad, lo reemplazará un abogado de oficio.

Además, es posible llevar a cabo la audiencia sin la presencia del imputado, pero excepcionalmente. El artículo 271°.2 sostiene: “*(...) 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 (...)*”.

Teniendo en cuenta los derechos involucrados en esta medida, se debe tener sumo cuidado en delimitar bien los supuestos de aplicación. Como se desprende de la lectura de esa parte del artículo, es indispensable la negativa del imputado a asistir. No solo el deseo de no acudir, sino la conducta de resistirse al llamado.

Un primer escenario se nos presenta cuando el imputado viene soportando una detención preliminar. En este caso, es más fácil tener conocimiento de su voluntad de no asistir. Su simple declaración será suficiente para constatar que se niega a asistir a la audiencia. Entonces, la misma podrá realizarse en su ausencia.

¿Qué ocurre cuando el imputado está en libertad? Hay varias posibilidades: que el imputado asista voluntariamente, lo que no genera inconvenientes. Empero, si el imputado en libertad no asiste, sólo caben dos posibilidades: que conociendo de la citación se niegue a acudir al despacho judicial (contumacia, art. 79° CPP), o que su falta se deba a ignorancia de la orden. Este último supuesto bien puede deberse a que el imputado no ha tenido conocimiento de que se está siguiendo un proceso en su contra, por lo que no estuvo en ninguna audiencia o diligencia (ausencia, art. 79°. CPP), ya sea por causas atribuibles al mismo imputado, por ejemplo, otorgamiento intencional de falsa dirección a los registros nacionales o por defectos en el sistema de notificaciones, tan frecuentes en nuestro medio.

Atendiendo a que el Código Procesal permite la inasistencia del imputado, sin mayores sanciones para él o medidas adicionales en su contra, la audiencia puede desarrollarse sin su presencia. Para esto, el juez de la investigación preparatoria debe tener conocimiento

Preparatoria declaró fundado el requerimiento fiscal de prisión preventiva por ausencia del imputado. 2.) La Sala Superior corrigió la resolución y la declaró improcedente, por no cumplirse con el requisito de la presencia del imputado. 3.) El auto de la Sala es recurrido en casación, y la Corte Suprema lo declara nulo y ordena la realización de la audiencia de prisión preventiva siguiendo los lineamientos establecidos. 4.) El Juez de la Investigación Preparatoria realiza la audiencia y se ordena la prisión preventiva del imputado en su ausencia.

de su negativa. Esto lo puede lograr de diversas maneras. Será suficiente, verbigracia, la presentación de una carta simple conteniendo la manifestación de voluntad del imputado de no asistir a la audiencia. Entonces sabremos que él no quiso asistir.

Consideramos que lo adecuado para cubrir todas las hipótesis de inasistencia del imputado a la audiencia, donde se determinará si se le aplica la medida más gravosa del proceso penal, es que el juez de la investigación preparatoria, según pueda verificar, declare la ausencia o contumacia del imputado. Con la declaración correspondiente, debe ordenarse la conducción compulsiva del imputado, según el artículo 79º. 3 del Código Procesal Penal.

Esto no significa contradicción con la posibilidad de inasistencia a la audiencia del imputado. Para armonizar las disposiciones normativas del Código con las garantías procesales instauradas por el nuevo Código, en especial las de la novísima audiencia de prisión preventiva, es necesario hacer la salvedad al mandato de conducción compulsiva. En cumplimiento de la orden, el agente encargado debe hacer conocer sus derechos al imputado (art. 71º.2 CPP); entre éstos, la posibilidad de negarse a asistir a la audiencia. La única forma de probar que él mismo hace uso de su derecho es con el acta respectiva, donde deja su manifiesta voluntad de no ir a la audiencia. Lógicamente, se le debe advertir de las consecuencias de su decisión.

XXXI. LA COMPARCENCIA SIMPLE Y RESTRICTIVA

La comparecencia es una medida alternativa a la prisión preventiva⁶⁶ y es una medida cautelar que presupone una mínima restricción de la libertad personal. La medida de comparecencia busca asegurar la concurrencia del imputado al proceso en casos de delitos leves o cuando no exista peligrosidad procesal. Su imposición implica un conjunto de restricciones según el nivel de peligrosidad procesal. Es por eso por lo que se puede distinguir tres formas de comparecencia: la simple, la restrictiva⁶⁷ y el arresto domiciliario, como una forma de comparecencia restrictiva, siendo excluyentes entre sí (si el juez se determina por una, deja de aplicar las demás, igualmente cuando decida variar la medida).

Con respecto al arresto o detención domiciliaria es interesante anotar que se trata de una medida sustitutiva de la prisión preventiva, pues el artículo 290º del Código estipula que se impondrá, pese a corresponder ésta, cuando el imputado es anciano, es decir, cuenta con más de 65 años, adolece de una enfermedad grave o incurable, sufre grave incapacidad física permanente que afecta sensiblemente su capacidad de desplazamiento, o es una madre gestante. Nos encontramos, entonces, ante una medida que se dicta por

66 BARONA VILAR, Silvia. *Prisión provisional y medidas alternativas*. Barcelona: Bosch, 1988, p. 230.

67 Cf., SAN MARTÍN, *op. cit.*, p. 843.

razones humanitarias, la que deberá cumplirse en el domicilio del encartado o en otro que el juez designe, bajo custodia de la policía, de una institución o de tercera persona designada para tal efecto. Esta detención admite la imposición de límites o prohibiciones a la facultad del imputado de comunicarse con otras personas que no habitan con él o lo asisten, así como el establecimiento de una caución; su plazo de duración es el mismo que el de la prisión preventiva, y, cuando desaparecen las causales que la motivaron, verbigracia, la madre da a luz, se dispondrá la inmediata materialización de la prisión.

El dictado de comparecencia restrictiva implica que el imputado queda sometido a las restricciones establecidas en el artículo 288º; mientras que si se imparte la comparecencia simple, su inconcurrencia a las citaciones judiciales determina la orden de conducirlo compulsivamente por la policía (art. 291º inc. 2).

Según el artículo 286º del NCPP, el juez de la investigación preparatoria dictará comparecencia simple cuando el fiscal no haya solicitado prisión preventiva en el plazo establecido en el artículo 266º, o también lo hará cuando de mediar el requerimiento del fiscal no concurren los presupuestos necesarios para la imposición de la prisión preventiva establecidos en el artículo 268º.⁶⁸

Por su parte, el inciso 1 del artículo 287º declara que se podrá imponer comparecencia restrictiva cuando pueda evitarse razonablemente el peligro de fuga o la obstaculización de la averiguación de la verdad. Además, prevé la utilización de alguna técnica, medios electrónicos o computarizados para establecer que el sometido a la medida está cumpliendo la misma. El inciso 2 del referido artículo faculta al juez a combinar varias de las medidas contempladas en el artículo 288º, y el inciso 3 precisa que en caso de incumplimiento de aquellas medidas, el juez de la investigación preparatoria podrá variar la medida por prisión preventiva.⁶⁹

Ahora bien, en cuanto a las restricciones que el juez puede establecer al momento de imponer una medida de comparecencia, el artículo 288º considera: a) sometimiento del imputado al cuidado y vigilancia de una persona o institución determinada o a reportarse periódicamente; b) obligación de no ausentarse de la localidad donde reside, de no concurrir a determinados lugares o de presentarse a la autoridad el día que se fije; c) prohibición de comunicarse con determinadas personas; d) prestación de una caución, siempre que sus condiciones económicas lo permitan.⁷⁰

En cuanto a la caución, regulada en el artículo 289º del Código, se trata de una suma de dinero que el juez fija para asegurar el cumplimiento de las obligaciones impuestas al imputado. Su calidad y cantidad se determina según la naturaleza del delito, el modo de su comisión y el daño ocasionado. Por otro lado, también se deben tomar en cuenta las

68 En ese sentido, Ver: ASENCIO MELLADO, José María. *La prisión provisional*. Madrid: Civitas, 1987, p. 200.

69 En el mismo sentido, Ver: SAN MARTÍN CASTRO, *op. cit.*, pp. 844-845.

70 *Ibidem*, pp. 845-850.

condiciones económicas del imputado, su personalidad y sus antecedentes. Se precisa, además, que no se podrá imponer una caución de imposible cumplimiento. Según sus condiciones económicas, el imputado podrá ofrecer fianza personal. Si el imputado es absuelto, su caso es sobreseído o siendo condenado no infringe las reglas de conducta impuestas, se le devolverá la caución con los intereses devengados.⁷¹

Por otro lado, el artículo 291º regula las condiciones de imposición de la comparecencia simple. Así, se precisa que esta medida procede en los casos de delitos leves o cuando los actos de la investigación aportan datos probatorios insuficientes. En esos supuestos, el juez no impondrá las restricciones contempladas en el artículo 288º.

Finalmente, el artículo 292º establece las formas válidas de notificación de este tipo de medidas, precisando que el secretario las notificará mediante citación por intermedio de la policía, o las entregará en el domicilio del imputado, sin perjuicio de comunicárselas por vía postal. En el supuesto de que la autoridad policial no encuentre al inculpado en su domicilio, debe presentar un informe indicando que se informó previamente sobre las características del imputado y su domicilio.

XXXII. INTERNACIÓN PREVENTIVA

La internación preventiva es una medida que puede ordenar el juez de investigación preparatoria para internar al imputado en un establecimiento psiquiátrico, cuando mediante dictamen pericial se ha establecido fehacientemente que el imputado sufre de graves alteraciones o insuficiencia en sus facultades mentales, que lo tornan peligroso para sí o para terceros (art. 293º inc. 1). Siguiendo a SAN MARTÍN CASTRO:

“... en el Derecho Comparado, el internamiento de un anormal psíquico está considerado como una medida alternativa o sustitutiva a la detención judicial, que viene a suponer una vía de aplicarle a fin de someterlo a un tratamiento determinado o especial. Allí se incluye a los toxicómanos, alcohólicos e, inclusive, a quien sea susceptible de propagar alguna enfermedad contagiosa, previéndose la ordenación de medidas médicas pertinentes”.⁷²

Como⁷³ bien anota este autor, el internamiento preventivo es una medida que tiene funciones mixtas: cautelares y de seguridad. Su función es cautelar cuando trata de asegurar el cumplimiento de la posible sentencia condenatoria, sólo que —y aquí está la diferencia con la detención judicial— la condena es la medida de seguridad.⁷⁴ Su función es de

71 Sobre la Caución, ver: LORCA NAVARRETE, Antonio. *Derecho procesal penal*. Madrid: Tecnos, 1986, p. 271.

72 SAN MARTÍN CASTRO, *op. cit.*, p. 853.

73 Idem., p. 854.

74 GÓMEZ COLOMER, Juan Luis. *El proceso penal alemán*. Barcelona: Bosch, 1985, p. 114.

seguridad porque permite “(...) la ordenación de medidas médicas pertinentes, así como la posibilidad de curas de desintoxicación”.⁷⁵

Ahora bien, en cuanto a los presupuestos para la imposición de la medida, el Código plantea una regulación análoga de los criterios para la imposición de las medidas de prisión preventiva, cuando señala que en principio se deberá tener suficientes elementos de convicción que permitan sostener que el imputado es presuntamente autor o partícipe del delito imputado. Y que exista la presunción fundada de que el imputado no se someterá al procedimiento penal u obstruirá un acto concreto de investigación (art. 293º).

Por otro lado, si se establece que el imputado es inimputable,⁷⁶ estará incurso en el supuesto considerado en el inciso 2 del artículo 20º del Código Penal, y el juez de la investigación preparatoria informará al juez penal competente sobre su inimputabilidad e internación, y lo pondrá a su disposición.⁷⁷ Para los plazos de esta medida rigen los mismos criterios y términos que para la prisión preventiva. Además, se precisa que para la audiencia de determinación de la medida no es necesaria la concurrencia del imputado si su condición no lo permite, pero es obligatoria la presencia de su abogado defensor.

Finalmente, el artículo 294º regula el internamiento previo del imputado para observación y exámenes dirigidos a establecer su estado mental. También precisa que el juez de la investigación preparatoria, luego de recibida una comunicación motivada de los peritos, convocará a una audiencia con las partes procesales para establecer el internamiento previo del imputado con el fin que se le practiquen los exámenes necesarios para la expedición del dictamen pericial respectivo. Para la adopción de esta decisión, deberá tomarse en cuenta si existen elementos de convicción razonables de la comisión del delito. Se precisa, por último, que el internamiento no podrá durar más de un mes.

XXXIII. MEDIDAS DE SUSPENSIÓN PREVENTIVA DE DERECHOS

Como anota SAN MARTÍN CASTRO,⁷⁸

“Las medidas preventivas personales (o medidas de suspensión preventiva de derechos) son próximas a las medidas cautelares personales, pero en puridad son esencialmente distintas a ellas. En efecto, estas medidas si bien pueden suponer una restricción provisional del mismo bien jurídico o derecho que sería afectado por una pena, no cumple una función sustancialmente cautelar —el imputado no puede

75 BARONA VILAR, *op. cit.*, p. 238.

76 Sobre la inimputabilidad ver entre otros: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *Derecho Penal. Parte general*. Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica, 2004, pp. 325 y 356.

77 En sentido similar: SAN MARTÍN CASTRO, *op. cit.*, p. 854.

78 SAN MARTÍN CASTRO, *op. cit.*, p. 850.

alterar su ejecución con antelación a su imposición— sino una función preventiva de ulteriores delitos del imputado, que ha revelado una cierta peligrosidad al haber cometido un determinado delito”.⁷⁹

Ese propósito lo declara el propio artículo 297º inciso 1, cuando precisa que el juez —a pedido del fiscal— podrá imponer esta clase de medidas cuando se trata de delitos sancionados con penas de inhabilitación o cuando resultan necesarias para evitar la reiteración delictiva.

Ahora bien, como la imposición de estas medidas impone una limitación al ejercicio de derechos del imputado, su imposición —conforme al artículo 297º inciso 2— deberá suponer la existencia de suficientes elementos probatorios de la comisión del delito en calidad de autor o partícipe, y el peligro concreto de que el imputado obstaculizará la investigación de la verdad o cometerá delitos de la misma clase de aquél por el que se le procesa.⁸⁰

Según el artículo 298º, las medidas de suspensión preventiva de derechos que el juez puede imponer son: a) suspensión temporal de la patria potestad, tutela o curatela, de ser el caso; b) suspensión temporal en el ejercicio del cargo, empleo o comisión pública, incluso si el cargo proviene de elección popular; c) prohibición temporal de ejercer actividades profesionales, comerciales o empresariales; d) suspensión temporal de la licencia de conducir cualquier vehículo o de portar armas de fuego, según el caso; y, e) prohibición de aproximarse al ofendido o a su familia y, en su caso, la obligación de abandonar el hogar que comparte con aquél o la suspensión temporal de visitas.⁸¹ Además, se precisa en el último párrafo de este artículo que la resolución que impone la medida debe indicar las suspensiones o prohibiciones a los derechos, actividades o funciones que correspondan.

De manera complementaria, el artículo 299º regula la duración de las mencionadas medidas restrictivas de derechos, estableciendo que en ningún caso podrá exceder de la mitad del tiempo previsto para la pena de inhabilitación. Precisa, demás, que el plazo empezará a contabilizarse desde el inicio de su ejecución y no se tomará en cuenta el tiempo transcurrido en que la causa sufriera dilaciones imputables a una conducta maliciosa del procesado. Con todo, las medidas perderán eficacia en el momento en que se dicte sentencia de primera instancia.

Finalmente, se prevé que en el caso de incumplimiento de las medidas dictadas, el juez podrá variarlas por detención preventiva o acumular varias de ellas (arts. 300º y 301º).

79 ORTELLS RAMOS, En: MONTERO AROCA et al. *Derecho Jurisdiccional (Proceso penal)*. Tomo III, *op. cit.*, p. 576.

80 En el mismo sentido, ver: BARONA VILAR, *op. cit.*, pp. 243 y ss. SAN MARTÍN CASTRO, *op. cit.*, pp. 851 y 852.

81 SAN MARTÍN CASTRO, *op. cit.*, pp. 852 853.

XXXIV. MEDIDAS DE COERCIÓN REAL

A diferencia de las *medidas de coerción personal*, las *reales* recaen sobre el patrimonio del imputado o de un tercero. En estos casos, la limitación incide sobre la libertad de disposición de un determinado bien, sea mueble o inmueble; la restricción gravita sobre el patrimonio. ARAGÜENA FANEGO, de modo genérico, define las *medidas de coerción real* “como aquellas medidas procesales que, recayendo de modo exclusivo sobre el patrimonio del legalmente obligado a su prestación, están específicamente orientadas al aseguramiento de las responsabilidades pecuniarias derivadas del hecho punible por el que se procede a declarar en su día la sentencia”.⁸²

Es claro, entonces, que las *medidas de aseguramiento reales* limitan el patrimonio del imputado; imposibilitan la libre disposición de determinados bienes con el único propósito de garantizar la responsabilidad civil del sentenciado penalmente.⁸³ Además, es importante destacar que las *medidas asegurativas reales* cumplen un rol netamente cautelar, a diferencia de las *medidas asegurativas probatorias*, cuyo propósito es poner en disposición del proceso los *objetos activos y pasivos* relacionados con la perpetración del delito.

34.1 EL EMBARGO

La primera medida cautelar de aseguramiento real es el embargo. El Código Procesal Penal inicia su regulación precisando que en el curso de las investigaciones preliminares o en la etapa de investigación preparatoria, el fiscal podrá indagar sobre los bienes libres o derechos embargables del imputado para luego solicitar al juez de la investigación preparatoria la adopción de esta medida con el fin de asegurar el pago de la reparación civil. El mismo derecho le corresponde al actor civil. También se precisa que a efectos de sustentar su pretensión el fiscal deberá justificar la concurrencia de los supuestos legalmente exigidos para su imposición, estableciendo el bien o derechos afectados, el monto del embargo y la forma de la medida. En este punto se hace una remisión a las regulaciones del Código Procesal Civil en materia de embargo (art. 302º y art. 303º inc. 1).

De la misma manera, se precisa que el actor civil ofrecerá contracauteles conforme a las reglas del Código Procesal Civil.

Por lo tanto, es preciso anotar en este punto que el embargo es la ocupación, aprehensión o retención de bienes hecha con mandato judicial por razón de deuda o

82 ARAGÜENA FANEGO, Coral, *op. cit.*, p. 119.

83 LANDROVE DÍAZ, Gerardo. *Las consecuencias económicas del delito*. Barcelona: Bosch, 1976, p. 159. MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Teoría de las consecuencias jurídicas del delito*. Madrid: Tecnos, 1991, p. 173. GRACIA MARTÍN, Luis y MAGUELONE ZODER, Isabel. *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal*. Valencia: Tirant lo blanch, 1996, p. 143.

delito. Es, en suma, una garantía patrimonial que nos asegura in genere la satisfacción de unas responsabilidades que pretendemos exigir.⁸⁴

Ahora bien, el juez está facultado para dictar el auto de embargo en la forma solicitada por el Fiscal o en otra forma que considere conveniente, siempre que no sea más gravosa para el imputado. Para dictar esa medida, el juez deberá fundamentar su decisión en la concurrencia de elementos suficientes de convicción que permitan presumir que el imputado es autor o participe del delito que se le atribuye. Y que, además, existe riesgo fundado de insolvencia del imputado, de ocultamiento o desaparición de los bienes.⁸⁵

Por otro lado, se precisa que en cuanto a la contracauteña, el juez deberá pronunciarse sobre su idoneidad y suficiencia. En caso de denegación del embargo, podrá reiterarse el pedido si cambian las circunstancias existentes en el momento de la petición. Además, en caso de sentencia condenatoria, aunque ésta sea impugnada, a solicitud de parte procede el embargo, sin que exista contracauteña (art. 303º).

Cualquier pedido para impedir o dilatar el embargo es inadmisible (art. 304º). Será en el propio cuaderno de embargo donde se tramite la petición de variación del mismo, rigiendo para ello las reglas del Código Procesal Civil. Se permite la sustitución del bien embargado y su levantamiento, cuando se ha cancelado en el Banco de la Nación la suma objeto de embargo (art. 305º).

En caso de sentencia firme absolución u otro auto con los mismos efectos, se levantará la medida de oficio o a pedido de la parte embargada. Asimismo, en el caso de que la medida se haya dispuesto a petición de la parte civil, se dispondrá la determinación de los daños y perjuicios que la medida haya podido causar al procesado. En caso de sentencia firme condenatoria, se requerirá al sentenciado el cumplimiento del pago de las responsabilidades correspondientes; de no producirse este pago, se iniciará la ejecución forzada respecto del bien afectado (art. 306º).

Por otra parte, el NCPP también regula los supuestos de autorizaciones para la venta de bienes embargados, el problema de la desafectación de los mismos y la tercería, remitiéndose a las disposiciones de la norma procesal de materias civiles (arts. 307º y 308º). Y, finalmente, asegurando la garantía de la doble instancia, anota que todas las decisiones que se adopten podrán ser apeladas siguiendo las reglas de la apelación de la prisión preventiva (art. 309º).

84 CASTÁN TOBEÑAS, José. "Embargo". En: *Nueva enciclopedia jurídica*. T. VIII. Barcelona: Francisco Seix, 1993, pp. 237 y 238.

85 En el mismo sentido; ARANGÜENA FANEGO, *op. cit.*, p. 159. SAN MARTÍN CASTRO, *op. cit.*, p. 874.

34.2 OTRAS MEDIDAS REALES

Adicionalmente al embargo, el Código contempla diversas medidas de aseguramiento real. De esta forma, tenemos: a) orden de inhibición (art. 310°), que implica la inscripción de la disposición o gravamen de los bienes del imputado en los registros públicos; b) el desalojo preventivo (art. 311°) del inmueble indebidamente ocupado, ordenado por el juez en los delitos de usurpación, otorgando temporalmente la ministración de la posesión al agraviado,⁸⁶ cuando existan fundadas razones para presumir que el imputado cometió el delito; c) medidas anticipadas (art. 312°), que buscan evitar la permanencia del delito o la prolongación de sus efectos, así como las consecuencias pecuniarias del delito; d) medidas preventivas contra las personas jurídicas (art. 313°), que implican la clausura temporal de sus locales, la suspensión de sus actividades, el nombramiento de un administrador judicial; y, e) pensión anticipada de alimentos (art. 314°), en los delitos de homicidio, lesiones graves, omisión de asistencia familiar, violación de la libertad sexual, o delitos que tengan relación con la violencia familiar, el Juez puede disponer el pago anticipado por concepto de alimentos a favor de las personas afectadas por el delito y que se encuentran imposibilitadas de conseguir el sustento por cuenta propia.

En todos los casos, el Código exige una mínima certeza probatoria que haga presumir la participación del imputado en los hechos delictivos y la concurrencia de los supuestos específicos para cada figura cautelar. Además, siempre queda abierta la posibilidad de variación y cesación de las medidas (art. 315°).⁸⁷

34.3 LA INCAUTACIÓN: MEDIDA ASEGURATIVA REAL Y PROBATORIA

Mediante la incautación, la autoridad policial, la fiscal o la judicial secuestra los efectos provenientes de la infracción penal o los instrumentos con que se hubiere ejecutado. Esto tiene dos finalidades; la primera es garantizar la satisfacción del deber jurídico-público a cuyo cumplimiento condena la sentencia; esto es, la multa o el decomiso.⁸⁸ Y la segunda es conservar las cosas en su estado inicial para que puedan ser apreciadas en su justa medida por el órgano judicial competente.⁸⁹ En este extremo, como anota SAN MARTÍN, la incautación opera respecto de cosas que de alguna manera guardan relación con el delito.⁹⁰

Desde esta perspectiva es del caso distinguir entre instrumentos del delito, efectos del delito y piezas de convicción, todo lo cual integra la noción amplia de cuerpo material del delito, o sea, como sostiene DE LA OLIVA SANTOS, el “conjunto de

86 Cf., PEYRANO, Jorge Walter. *Medida cautelar innovativa*. Buenos Aires: Depalma, 1981, pp. 27. y ss.

87 En el mismo sentido; SAN MARTÍN CASTRO, *op. cit.*, pp. 886 y ss.

88 ORTELLS RAMOS, en: MONTERO AROCA et. al., *op. cit.*, págs. 571 y 572.

89 GIMENO SENDRA, Vicente, et al., *Derecho procesal penal*. Madrid: Colex, 1996, p. 388

90 Cf., SAN MARTÍN CASTRO, *op. cit.*, p. 876.

materialidades relativamente permanentes sobre las cuales o mediante las cuales se cometió el delito, así como también cualquier otra cosa que sea efecto inmediato del mismo o que se refiera a él de tal modo que pueda ser utilizado para su prueba".⁹¹

Así, como indica SAN MARTÍN CASTRO,⁹² siguiendo a TOMÉ PAULE,⁹³ las diferencias entre dichos conceptos son:

- a. Instrumentos del delito. Son las armas o cualquier otro objeto de los que hace uso el delincuente para la comisión del delito.
- b. Piezas de convicción. Son los objetos muebles en los que hayan quedado señas o vestigios que puedan servir de prueba de la realización del delito.
- c. Efectos del delito. Son las cosas sobre las que recayó directamente el delito.

Ahora bien, el artículo 316º del nuevo Código Procesal Penal establece que los efectos provenientes de la infracción penal o los instrumentos con que se hubiere ejecutado, así como los objetos del delito, podrán ser incautados por la policía o por el Ministerio Público en las diligencias preliminares o en el curso de la investigación preparatoria, siempre que exista el peligro de su alteración o desaparición a causa de la demora. Así, de producirse la incautación, el fiscal deberá solicitar de inmediato una resolución confirmatoria al juez de la investigación preparatoria, en el plazo de dos días. El juez deberá tomar en cuenta para la adopción de la medida los criterios establecidos en los artículos 102º y 103º del CP, referidos al decomiso de bienes.

De no existir peligro a causa de la demora, el artículo 317º ordena que las partes deberán pedir al juez la expedición de la medida de incautación. Para la expedición de dicha medida debe considerar la existencia de peligro de que la libre disponibilidad de los bienes relacionados con el delito pueda agravar o prolongar sus consecuencias o facilitar la comisión de otros delitos.

Los bienes incautados deben ser debidamente registrados e individualizados. Cuando se ejecuta la medida, debe levantarse un acta que será firmada por los participantes en el acto. Si se trata de bienes muebles, se tomarán las medidas destinadas a su custodia, si se trata de bienes inmuebles, adicionalmente a su ocupación se procederá a la anotación en el registro respectivo. Cuando haya cesado el peligro que motivó la incautación del bien, debe ser devuelto a su propietario a cambio del depósito inmediato de su valor. Por otro lado, si un tercero alega la propiedad del bien incautado, se dispondrá su participación en el proceso; en ese supuesto el tercero será oído para oponerse a la incautación (art. 318º).

91 DE LA OLIVA SANTOS, Andrés et al. *Derecho procesal penal*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1993, p. 332.

92 Cf., SAN MARTÍN CASTRO, *op. cit.*, p. 876.

93 ALMAGRO NOSETE, José y TOMÉ PAULE, José. *Instituciones de Derecho Procesal. Proceso penal*. Madrid: Trivium, 1994, p. 279.

Además, de variarse los presupuestos que determinaron la incautación de los bienes ésta será levantada inmediatamente. Por otro lado, si un tercero aduce ser propietario del bien incautado pero nunca participó en el proceso, puede solicitar el reexamen de la medida de incautación. Todas estas resoluciones pueden ser impugnadas y elevadas a la segunda instancia (art. 319°).

Finalmente, dictada una sentencia absolutoria u otro auto de similares efectos, los bienes incautados se restituirán a quienes tengan derecho, salvo que sean bienes de utilización abiertamente delictiva. No se ordena la restitución cuando se debe garantizar el pago de las responsabilidades pecuniarias del delito y las costas (art. 320°).

XXXV. PLAZO Y CONCLUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

En el marco del Estado de Derecho, se ha entendido que el plazo de la investigación preparatoria —que implica una injerencia en los derechos fundamentales del investigado— no puede extenderse de manera indefinida en el tiempo.⁹⁴ Como precisan BERNAL CUELLAR y MONTEALEGRE LYNELL, “esta interpretación, además de apoyarse en consideraciones sobre la dignidad humana, se sustenta en el derecho que asiste a la persona a que le definen su situación jurídica y a la proscripción de las dilaciones injustificadas”.⁹⁵

La garantía de ser juzgado dentro de un plazo razonable se encuentra presente en diversos instrumentos internacionales sobre derechos humanos. Es por ello que el NCPP ha establecido que el plazo de la investigación preparatoria es de 120 días naturales, con la posibilidad de que el fiscal pueda extenderlo hasta por 60 días adicionales, pero ello solo cuando hagan falta algunas diligencias de investigación puntuales debidamente justificadas (art. 342° inc. 1).⁹⁶

Por otro lado, se establece que en caso de investigaciones complejas, el plazo de investigación preparatoria es de ocho meses, pero si finalizado este plazo el fiscal aún no ha agotado los actos de investigación, debe pedir al juez de la investigación Preparatoria una extensión del plazo hasta por ocho meses adicionales. En ese sentido, solo el juez puede conceder un plazo adicional (art. 342° incs. 2).

Ahora bien, el código establece las condiciones para considerar cuándo estamos ante una investigación compleja. El primer supuesto es que se requiera la actuación de una cantidad significativa de actos de investigación. El segundo se refiere a emprender una

94 FILIPPINI, Leonardo y MARTÍNEZ, Marcela. “El plazo razonable de las investigaciones”. En: PLAZAS Florencia y HAZAN, Luciano (Compiladores). *Garantías constitucionales en la investigación penal. Un estudio crítico de la jurisprudencia*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2006, p. 257.

95 BERNAL CUELLAR, Jaime y MONTEALEGRE LYNELL, Eduardo. *El proceso penal. Fundamentos constitucionales del sistema acusatorio*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 143.

96 Cf., SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. *Introducción al nuevo proceso penal*. Lima: IDEMSA, 2005, p. 93. TALAVERA ELGUERA, Pablo. *Comentarios al Código Procesal Penal*. Lima: Grijley, 2004, p. 39.

investigación que implique un número significativo de delitos. El tercer supuesto entraña realizar investigaciones sobre un número significativo de inculpados o agraviados. El cuarto supuesto guarda estrecha relación con el anterior, pero añade la circunstancia de que los presuntos delitos hayan sido cometidos por integrantes o colaboradores de organizaciones criminales. El quinto supuesto considera los casos en que se tengan que realizar pericias que impliquen el análisis de nutrida documentación o de complicados análisis técnicos. El sexto, cuando se tengan que realizar gestiones procesales en el extranjero y, por último, cuando se tenga que revisar la gestión de personas jurídicas o entidades del Estado.⁹⁷

Por la redacción de artículo 342º inciso 3, que contempla los supuestos de casos complejos, es claro que basta con que se presente alguna de las circunstancias citadas para que se autorice la extensión del plazo de la investigación preparatoria por ocho meses prorrogable por ocho meses adicionales, según lo especificado.

Por otro lado, el Código precisa las reglas de procedimiento para la conclusión formal de la investigación preparatoria y las alegaciones de ampliación del plazo que puedan realizar las partes procesales. Así, el artículo 343º del Código indica que el fiscal puede dar por concluido el plazo cuando se han agotado todos los actos de investigación requeridos, aun cuando no haya vencido el plazo. Pero cuando el fiscal, a pesar de que el plazo ya se encuentra vencido no decreta la culminación oficial, las partes pueden acudir al juez de la investigación preparatoria para que éste ordene su conclusión. Para esto se convocará una audiencia de control de plazo, donde para emitir su decisión el juez escuchará a las partes y revisará las actuaciones.⁹⁸

Es importante denotar, en este caso concreto, la labor del juez de la investigación preparatoria de resguardo de los derechos fundamentales del imputado, de protección de su derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable. Así, DUCE y RIEGO, precisan que:

*“Una de las funciones centrales del juez de garantía en el nuevo proceso, durante la etapa de investigación, está constituida por el ejercicio de un control riguroso de la duración de la etapa de investigación (...) la manutención de un proceso abierto por un tiempo prolongado implica numerosos detrimientos al imputado y se puede transformar prácticamente en una pena en sí misma, vulnerando así diversos derechos, especialmente el establecido en los pactos internacionales (...) que resguardan el derecho a “ser juzgado en un plazo razonable”.*⁹⁹

En el supuesto de que el juez ordene la conclusión de la investigación preparatoria, el Código dispone que el fiscal emita su pronunciamiento en el plazo de diez días indicando

97 Cf., TALAVERA ELGUERA, Pablo, *op. cit.*, p. 40.

98 En el mismo sentido, la legislación chilena contempla la convocatoria de una audiencia para el control del plazo de la investigación. Cf., HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián. *Derecho procesal penal chileno*. T. I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2002, p. 577.

99 DUCE, Mauricio y RIEGO, Cristián. *Introducción al nuevo sistema procesal penal*. Vol. I. Santiago: Universidad Diego Portales, 2002, p. 229. En el mismo sentido, ver: FILIPPINI, Leonardo y MARTÍNEZ, Marcela. “El plazo razonable de las investigaciones”, *op. cit.*, pp. 257-276.

si solicita el sobreseimiento o formula acusación.¹⁰⁰ La decisión del fiscal, de sobreseer o acusar, es debatida en audiencia de una nueva etapa, la fase intermedia.

XXXVI. INTERROGANTES Y CASOS CORTOS PARA RESOLVER Y SIMULAR AUDIENCIAS SEGÚN LAS PREVISIONES DEL NCPP

36.1 ANOTACIONES PREVIAS

- 1) Una vez convertido el modelo acusatorio en ley, confirmadas sus bases constitucionales, descrita su estructura procesal, que destaca la importancia de la indagación o pesquisa estratégica y la principalidad del juzgamiento, y remarcados sus paradigmas de oralidad y régimen de audiencias, surge el reto de capacitar a los actores encargados de aplicar correcta y eficazmente el naciente código.
- 2) Estos actores son magistrados y abogados formados por la universidad tradicional y por la práctica cotidiana, en estilos de trabajo burocráticos y oficinescos, distanciados de la litigación planificada, tributarios del trámite al que no interesa la eficaz solución o redefinición de los conflictos que genera el delito; operadores, en suma, convencidos que lo que no se hace por escrito y no consta en el expediente no existe en el mundo, proclives a creer que la presunción de inocencia y el juicio previo son molestas exigencias procesales que pueden escamotearse.
- 3) Para romper esta inercia, la capacitación reformista ha dado sus primeros pasos mediante actividades de información sobre los cambios que trae el CPP, en el entendido que de esta manera se convoca el interés de los participantes en discernir por qué y cómo el nuevo orden normativo, sistematizado sobre bases constitucionales y con una estructura garantizadora, eficaz y eficiente, es uno de los componentes, muy importante, sin duda, de la respuesta que deba darse al estado de crisis crónica del servicio de justicia penal; esto es, que, más allá de agotarse como propuesta académica o teórica, el nuevo código tiene sentido práctico y beneficioso para la pervivencia y consolidación del estado de derecho y la democracia.
- 4) Desde muy temprano ha quedado claro que la capacitación tiene que centrarse en el análisis del Título Preliminar y el Libro Tercero del CPP, porque si no se entienden los principios que configuran la orientación, el modelo, y las vigas maestras de la reforma, materia del Título Preliminar, menos podrán interpretarse apropiadamente sus institutos innovadores; asimismo, si no se conoce la vía procesal emblemática del código, reglada por el Libro Tercero, esto es, el proceso común, sus tres etapas, cada una de ellas con un fin específico: la investigación preparatoria dedicada a recolectar

100 Cf. SÁNCHEZ VELARDE, Pablo, *op. cit.*, pp. 93 - 94. HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián, *op. cit.*, pp. 577 578. TALAVERA ELGUERA, Pablo, *op. cit.*, p. 40.

elementos de convicción que permitan al Fiscal decidir si acusa o no; la intermedia, estación en que se controla el pedido fiscal de sobreseimiento o la viabilidad de la acusación; y el juzgamiento, escenario de la actuación probatoria y emisión de fallo, será imposible sustanciar con objetividad e imparcialidad los casos.

- 5) Otro asunto abordado en la marcha de la capacitación ha sido el de la interinstitucionalidad, entendida como suma de esfuerzos, y el de la crítica de la fragmentación de actividades organizadas excluyentemente por cada una de las instituciones concernidas. Si se admite que el modelo acusatorio lo es porque reconoce y diferencia cada función procesal básica y su asignación al correspondiente sujeto procesal (persecución - Fiscal, defensa - Abogado, fallo - Juez), deviene un contrasentido desplegar eventos de capacitación circunscritos a las tareas de tal o cual sector, cuando la dinámica del CPP sólo puede entenderse si se conoce el comportamiento concurrente de los diferentes actores, esto es, de fiscales, jueces, abogados defensores, agremiados o públicos, y hasta policías. La experiencia enseña que los mejores cursos de capacitación han sido aquellos con un auditorio plural, representativo de todas las fuerzas que participan en el nuevo proceso.
- 6) Satisfecha la etapa informativa, la capacitación, regida por el axioma de que se aprende haciendo, y que la práctica es la madre del mejoramiento y la perfección, ha adoptado un método interactivo consistente en el manejo de casos y la práctica de simulaciones de audiencias. De este modo los participantes, abandonan sus hábitos afincados en la escritura y el apego a la literalidad de la norma, para asumir diversos roles procesales y aportar propuestas de resolución de los casos planteados, sustentándolas oralmente en audiencia simuladas. En este punto es decisiva la intervención multilateral de los diferentes operadores del sistema, pues gracias a ella se reproduce el escenario procesal al que concurren y los específicos roles que cada uno de ellos desempeña; es más, el intercambio simulado de tareas facilita la comprensión integral del nuevo proceso, superándose, así, la tradicional enseñanza sustentada en la clase magistral, expositiva. No más conferenciantes y escuchas pasivos, sino facilitadores y participantes creativos.
- 7) En las simulaciones de audiencias se ha remarcado la utilidad de las técnicas de litigación, para que los participantes aprecien cuán decisivo es elaborar una correcta teoría el caso como prerequisito de los alegatos de entrada, interrogatorios y contra exámenes de testigos y peritos, objeciones, empleo de declaraciones previas de los órganos de prueba, introducción de evidencia material o documental mediante interrogatorios y fundamentación oral de los fallos. Por esto, todo esfuerzo de capacitación debe reconocer que ningún actor, titular de alguna de las pretensiones procesales en conflicto, podrá aspirar a vencer, en un escenario de oralidad y audiencias, si no sabe relatar, probar y convencer. Lo propio ocurre con el Juez que dirige las audiencias, a quien el código confía su dirección, sean éstas previas o de juicio, para que asegure la regularidad de las mismas, evite su desnaturalización y asuma el resultado del contradictorio como fundamento de su decisión incidental o del fallo imparcial.

36.2 INTERROGANTES Y CASOS

1) *Bases constitucionales de la reforma y Título Preliminar del NCPP (Artículos I - X)*

- **Ricardo Inquietín Movedizo** ha sido denunciado por **Luzmila Recato** Vergonzani, quien sostiene que Ricardo, su vecino, domesticador de animales y trabajador de un circo, ha amaestrado un mono para que ingrese a su departamento y sustraiga sus joyas (**186. 1, 3 Código Penal**), como efectivamente sucedió el fin de semana último. Por esta denuncia (**328 CPP**) el Fiscal a cargo, **Manuel Agudez Cuidadoso**, dispone se practiquen varias diligencias preliminares (**330 – 334 CPP**), entre ellas, la inspección en el lugar de los hechos, la toma de declaración de la perjudicada y las testificales de cinco vecinos. Antes que venza el plazo de 20 días, el Fiscal prolonga el término e indica que la pesquisa se extenderá por 30 días más; ocurre, sin embargo, que en vez de realizar con celeridad los actos de investigación previstos el Fiscal deja que las semanas transcurran y cita a los testigos dejando intervalos de siete días.
 - a) ¿Podrá argumentar Ricardo que el Fiscal Manuel, con la conducta descrita, está infringiendo una garantía, derecho o escudo protector que el proceso penal le reconoce como justiciable?
 - b) Si la respuesta a la pregunta anterior es positiva ¿Tendrá Ricardo que interponer un proceso constitucional (Habeas corpus) para restablecer su derecho y hacer cesar la violación del mismo, o deberá promover una incidencia dentro del proceso común?
- Pese a que el Fiscal **Ciro Avizor Penetrante** ha indagado a **Casio Uñasi Larguín** por un presunto delito de peculado, en agravio del Municipio de San Martín de Porres, donde labora como tesorero, no ha conseguido reunir suficientes elementos de convicción para formalizar contra él la investigación preparatoria y continuarla (**336 CPP**), por lo que dispone el archivo de lo actuado (**334 CPP**). No obstante esto y transcurrido un mes, otro Fiscal, **Serapio Intromisión Figurán**, reabre el caso (**335 CPP**) sosteniendo que si bien ya se investigó a Casio por peculado, en esa oportunidad se lo incriminó como autor del delito, en tanto, que, ahora, se le imputa los mismos hechos pero en condición de cómplice.
 - a) ¿Algún artículo del TP del CPP invocará Casio para cuestionar la disposición del segundo Fiscal que reabre el caso?
 - b) ¿Constituye cosa juzgada la disposición del primer Fiscal que investigó a Casio y archivó los actuados?
- **Raúl Irancundo Molesfor** ha tenido a lo largo de su vida pésimas experiencias con los abogados. Ahora que afronta un proceso penal por violación sexual mediante coacción (**170 CP**) y se va a determinar, en audiencia (**271 CPP**) si procede o no el requerimiento fiscal de imponerle prisión preventiva, esto es, medida coercitiva

o cautelar (**268 CPP**), Raúl hace saber al Juez de la Investigación Preparatoria que no desea contar con un abogado defensor, que renuncia a tenerlo, porque no confía en los "buitres, picapleitos" y que se defenderá por si mismo

- a) ¿Admitirá el Juez la renuncia de Raúl a su derecho de contar con un abogado defensor?
- b) Para el ordenamiento y estructura que trae el CPP ¿la defensa técnica o por un abogado del imputado es renunciable?

2) *Sujetos procesales: Juez y partes (16-59, 60-113)*

- **Raimundo Sujetil Partenón** afronta una investigación que, luego de las diligencias preliminares, se ha formalizado por el delito de tráfico ilícito de drogas, en modalidad agravada (**297 CP**).
 - a) ¿Qué Juez tendría que haber intervenido si el Fiscal, antes de la formalización, hubiese requerido la detención preliminar judicial de Raimundo?
 - b) ¿Por qué en el proceso contra Raimundo, hasta antes del juzgamiento, no interviene el Juzgado Penal Colegiado?
 - c) ¿Qué competencias ejercitaría la Sala Penal Superior en la causa contra Raimundo?
 - d) ¿En qué supuestos intervendría la Sala Penal Suprema en el asunto de Raimundo?
- La **ciudadanía de Trujillo** vive mortificada, intranquila e insegura por la proliferación de las extorsiones, cometidas por bandas cuyos jefes residen en los penales del lugar.
 - a) ¿Qué actitud debe tomar el Ministerio Público ante este problema?
 - b) ¿Cómo ha de entenderse el proceder estratégico del Ministerio Público ante el delito?
 - c) Luego de formalizada y concluida la investigación contra los extorsionadores ¿qué tareas asumirá el Ministerio Público?
 - d) ¿Cuál será la labor central del Ministerio Público en el juzgamiento que se realice contra los acusados por extorsión?
- **Eduardo Inculpo Encarton** ha sido intervenido por la policía inmediatamente después de asaltar (**189 CP**) el banco de un poblado muy lejano, quedando gravemente herido como consecuencia de la detención policial, pues disparó contra sus captores, motivando que éstos responda de igual modo. De todo lo sucedido el comisario informa al Fiscal competente quien no puede constituirse de inmediato al lugar de los hechos por lo intransitable de la carretera debido a las fuertes lluvias, propias de la estación.
 - a) ¿Podrá la policía adelantar diligencias de investigación sin orden fiscal?
 - b) ¿Será válida la declaración que la policía tome a Eduardo sin la presencia del fiscal?

- c) ¿Cómo se concretará la dirección fiscal de la labor policial en este caso?
- **Manuel Indagón Miradas** es investigado por violación sexual de menor, en agravio de su nieto Luis, de 4 años (**173 CP**)
 - a) ¿Qué derechos, garantías y escudos protectores asisten a Manuel para afrontar esta grave incriminación?
 - b) ¿Basta la sospecha contra Manuel para habilitar su derecho a la defensa?
 - c) ¿Cómo compatibiliza la presunción de inocencia, que beneficia a Manuel, con la investigación de los cargos que pesan en su contra?
 - **Ximena Riqueña Solventa** es la agraviada o víctima en un proceso seguido a **Luis Uñasqui Larguín** por hurto agravado por nocturnidad (**189 CP**). Efectuado el juicio Luis es absuelto.
 - a) ¿Podrá Ximena apelar la sentencia absolutoria sin previamente haberse constituido en actora civil?
 - b) ¿Cómo es constituido sujeto procesal el actor civil y quiénes pueden ser considerados como tal?
 - c) ¿Tendría Ximena la posibilidad de impugnar si a Luis se le hubiese sobreseído la causa, antes del juicio, al declararse fundada una excepción de improcedencia de acción?
 - **Juan Aspiración Narigel y José Trafison Extranjes** constituyen una persona jurídica ("Buen vuelo" SAC.), dedicada a la exportación de alimentos, cuya representación ejerce **Nemesio Representato Asumil**; aprovechando la organización de esta empresa, Juan y José exportan cocaína a Italia, camuflada en barriles de cocona.
 - a) ¿Será comprendida en el proceso la empresa de Juan y José?
 - b) ¿Quién será citado a proceso para representar a la persona jurídica involucrada?
 - c) ¿Las decisiones judiciales que se adoptasen contra esta SAC revestirán naturaleza punitiva?
 - **Pedro Sacial Contamin**, aprovechando que trabaja en la tienda de **Serapio Comercin Gananciol**, vende productos corrompidos, que trae de su casa y mezcla con las mercancías de la tienda. Estos productos son potencialmente dañinos para la salud de las personas (**288 CP**).
 - a) ¿Serapio será comprendido en el proceso penal seguido a Pedro?
 - b) ¿El hecho que se incluya en la causa a Serapio, importa la posibilidad de punirlo?
 - **Matías Amical Suficien** conoce que **Ricardo Uñasqui Malin** tiene un proceso penal, sin embargo acepta comprarle el inmueble que éste construyó varias décadas atrás, abonándole un precio algo mayor que el promedio de mercado

- a) ¿Debe comprenderse a Matías en el proceso de Ricardo?
- b) ¿Qué determinaciones tomará el Juez de la causa a propósito del negocio celebrado por Matías?

3) Principio o criterios de oportunidad y acuerdos reparatorios (2 CPP)

- a) Proponga un caso de pena natural o innecesaria que aconseje al Fiscal abstenerse de ejercitar la acción penal
 - b) Planteé un caso de bagatela que haga posible la aplicación de un criterio de oportunidad
 - c) Imagine un asunto en el que opere el criterio de oportunidad por concurrencia de circunstancias atenuantes
 - d) Plantee un caso en el que, a propósito de la aplicación de algún criterio de oportunidad, intervenga el Juez de la Investigación Preparatoria, antes que el Fiscal formalice esta etapa.
 - e) La aplicación del principio de oportunidad ¿es potestad exclusiva fiscal?
 - f) Indique si la promoción de los acuerdos reparatorios es una exigencia o potestad del Fiscal
- **Jeremías Uñasi Dedín** ha sido denunciado por **Ricardo Perjudan Aflicción**, quien lo señala como autor del delito de usurpación de su fundo (artículo 202 CP), ubicado en las inmediaciones de la ciudad. Realizadas las diligencias preliminares, entre ellas la inspección en el lugar de los hechos y constatado el empleo de fuerza sobre cercas y portones de acceso al predio, el Fiscal entiende contar con causa probable para ejercitar la acción penal y formalizar y continuar la investigación preparatoria (336). Antes que esto ocurra, **Jeremías**, aconsejado por su abogado **Samuel Orientas Directir**, pide la aplicación del principio de oportunidad, mientras **Ricardo** deja saber claramente que de ninguna manera aceptará esto, pues no le interesa ninguna clase de composición con su ofensor o pago de reparación civil alguna, porque lo que merece Jeremías es ser procesado y condenado por el delito cometido.

Simulación de la audiencia de acuerdo (artículo 2.3 CPP):

- a) Actuación fiscal
- b) Posición del imputado y su defensor
- c) Posición del agraviado, renuente a cualquier clase de acuerdo
- d) Disposición fiscal

4) Estructura procesal penal: Investigación preparatoria

Noticia criminal (326-328 CPP)

- Cierta fría madrugada de junio, en la cuadra 40 de la Avenida Javier Prado, entre la calzada y los jardines aledaños, aparece el cadáver de un adolescente con un puñal incrustado en la espalda.

- a) ¿Quiénes podrían informar de este hallazgo a las autoridades?
- b) ¿Qué funcionario público será el destinatario final de esta información?
- c) ¿Cuándo la noticia criminal adquiere la calidad de denuncia?
- En el servicio de emergencia del hospital Loayza, el médico, **Juan Esculap Medicare**, recibe y trata a un individuo que presenta herida de bala en la pierna derecha.
 - a) ¿Juan deberá formular denuncia por este hecho?
 - b) ¿Qué ocurriría si no lo hace?

Manejo fiscal de la noticia criminal

- Acaecido un asalto (**189 CP**) en el **Banco Fondesa**, cometido por seis malhechores que logran huir con el botín de 100 mil dólares, la policía, luego de seis horas de infructuosa búsqueda por la localidad, avisa del hecho al Fiscal.
 - a) ¿Cómo habrá de proceder el Fiscal, según su condición de representante del Ministerio Público y sujeto procesal, titular de un específico rol asignado por el ordenamiento ritual?
 - b) ¿De qué forma se expresaría, en la investigación de este caso, la eficacia del binomio Ministerio Público - PNP?

Diligencias preliminares (330-334 CPP)

- **Juana Recato Pugnaz**, empleada del hogar, a las 13 horas, denuncia en el despacho fiscal que su empleador, **Serafín Mañis Largo**, en la madrugada de ese mismo día, la forzó sexualmente (**170 CP**), aprovechando que en el inmueble donde trabaja y vive no había otra persona
 - a) ¿Qué actuaciones urgentes e inaplazables practicará el Fiscal o dispondrá se realicen?
 - b) ¿Por qué se afirma que en la investigación preparatoria las grandes claves son: Noticia criminal - escena del crimen - cadena de custodia de la evidencia?
 - c) Antes de la formalización de la investigación, ¿el Fiscal deberá agotar la realización de todos los actos de investigación pertinentes?
 - d) Las actuaciones urgentes e inaplazables ¿tienen un plazo?, dicho plazo ¿admiten cuestionamiento, de qué manera?

Actuaciones policiales e informe policial (67, 68, 331, 332 CPP)

- Ante la noticia de un secuestro (**152 CP**) la policía efectúa vitales comprobaciones y toma diversas manifestaciones, asimismo, cumple otras diligencias dispuestas por el Fiscal.
 - a) ¿Qué actuaciones realizará la Policía una vez conocida la ocurrencia de un delito?

- b) ¿Requerirá siempre orden del Fiscal?
- c) ¿Por qué se dice que el Informe Policial debe ser estrictamente objetivo, y cuál es su diferencia con el llamado atestado?
- d) ¿Es correcto hablar del binomio pesquisidor: Ministerio Público - Policía, cuando la Constitución establece que el primero conduce desde su inicio la investigación del delito y la segunda debe acatar sus disposiciones, en tal ámbito?

Archivo de actuaciones o formalización de la investigación preparatoria y su continuación (334-336 CPP)

- El Fiscal **Ruperto Minin Puel**, recibe la denuncia de **Manuel Quejoso Real** por delito de estafa (**196 CP**). El denunciante argumenta que ha sido engañado, al celebrar un contrato de compra venta de automóvil usado, por un sujeto que se presentó como **Samuel Escurridizo Doblez**, identidad que no es verdadera, según averiguaciones efectuadas en RENIEC
 - a) ¿Qué alternativas puede tomar el Fiscal ante esta denuncia?
 - b) ¿Cuándo estará el Fiscal en condiciones de ejercitar la acción penal y formalizar su investigación, y cuál es el contenido de la disposición que en tal sentido expide?
 - c) ¿A quién debe el Fiscal dar aviso de esta disposición?
 - d) ¿Qué opción tiene el denunciante si el Fiscal no formaliza la investigación?
 - e) Si el caso fue archivado por el Fiscal ¿podrá reabrirse?
 - f) La disposición de formalización de la investigación ¿afecta el curso de la prescripción de la acción penal?
 - g) ¿Cuándo el Fiscal podría plantear una acusación directa?

Actos formales de investigación

- El Fiscal dispone la formalización de la investigación contra un imputado por hurto agravado (**186 CP**) porque considera que ha reunido los elementos que para este efecto exige la ley
 - a) ¿Qué actos de investigación podrá ordenar y practicar el Fiscal y cuáles no?
 - b) ¿Estos actos de investigación formal, con relación a las diligencias preliminares, ¿configuran una fase distinta o con ellas componen una sola etapa, precisamente, la de investigación?
 - c) ¿Las diligencias preliminares y los actos formales de investigación tienen el mismo propósito?
 - d) Para la realización de diligencias preliminares y actos formales de investigación el Fiscal ¿tiene algún tipo de poder coercitivo?
 - e) ¿Cómo se refleja, en el ámbito del desarrollo de las diligencias preliminares o de los actos formales de investigación, la labor objetiva del Fiscal?
 - f) ¿Pueden, el imputado y los otros intervenientes, solicitar la práctica de actos de investigación o éstos son potestad exclusiva del Fiscal?

- g) ¿Qué camino se seguirá cuando surgen discrepancias sobre este asunto entre el Fiscal y el imputado o los demás intervenientes?
- h) ¿Sólo los actos formales de investigación son reservados, esto equivale a identificarlos como secretos?
- A **Jeremías Sansón Vil** se lo indaga por enriquecimiento ilícito (**401 CP**), a propósito de su desempeño como funcionario público, primero, mediante diligencias preliminares y, luego de la formalización de la investigación, a través de actos formales de pesquisa
 - a) ¿Qué funciones desempeñará el Juez de la Investigación Preparatoria en esta primera etapa de la causa seguida a Jeremías?
 - b) ¿Por qué se dice que el Juez de la Investigación Preparatoria, sólo es Juez de Tutela y de Garantías?

Actos de investigación y actos de prueba (330, 337, 340, 242, 353.2.c, 373, 375-385 CPP)

- Para esclarecer los delitos de tráfico ilícito de drogas (**296 y siguientes CP**) cometidos en banda, con alcance internacional, el Fiscal competente toma varios testimonios, ordena la práctica de pericias, reúne vital documentación aduanera, ejecuta inspecciones y reconstrucción, así como reconocimientos, es más, la mayoría de los imputados admite los cargos y confiesa
 - a) ¿Estos actos de investigación deben tomarse como actos de pruebas?
 - b) Si la respuesta es negativa ¿por qué, entonces, son identificados con el mismo nombre: testimonio, pericia, confesión, prueba documental, reconocimiento, etc.?
 - c) ¿Existen actos de investigación que adquieran la calidad de prueba preconstituida?
 - d) ¿La prueba puede anticiparse, en qué casos?
 - e) ¿Contempla el código actos de investigación especiales, o algunos otros específicos, según el tipo de delito acaecido?

Plazo de la investigación preparatoria (334.2, 342, 343 CPP)

- A **Samuel Lenton Demoras** el Fiscal lo investiga, a la vez, por los delitos de homicidio y secuestro (**106, 152 CP**).
 - a) ¿De qué dependerá la extensión del plazo de la investigación formalizada contra Samuel?
 - b) Este plazo, una vez determinado, ¿podrá ser prolongado?
 - c) ¿Qué camino se seguirá si, en la oportunidad debida, el Fiscal no da por concluida la investigación?

5) Coerción procesal (VI, 253 - 320)

Medidas de coerción personal: Detenciones (259 - 267 CPP), prisión preventiva (268 - 285 CPP), incomunicación (280 - 282 CPP), detención domiciliaria (290 CPP), comparecencia (286 - 292 CPP), internación preventiva (293 - 294 CPP), impedimento de salida (295, 296 CPP), suspensión preventiva de derechos (297 - 301 CPP)

Detención preliminar judicial (261 CPP)

- Interesados en afrontar eficazmente el intranquilizador incremento de las extorsiones, el Ministerio Público y la policía organizan un grupo operativo para que recoja información que permita identificar a los malhechores dedicados al secuestro extorsivo. Luego de un arduo trabajo de varias semanas, los integrantes de este equipo son informados que en las extorsiones se encuentran involucrados varios sujetos prontuariados que eventualmente arriban a la ciudad, cometen sus fechorías y emprenden retirada a otros lugares del país. Siguiendo esta pista, los policías a cargo ubican el paradero de **Juan Astute Vivón, Arturo Velomi Full y José Furiogo Molestor**, hospedados los tres en un hotel de ínfima categoría. Al revisar su historia criminal constatan que **Juan y Arturo**, efectivamente registran antecedentes policiales y judiciales por robo agravado. Montada de inmediato una operación de vigilancia y seguimiento, los policías aprecian que los tres sospechosos diariamente recorren la zona comercial de la ciudad, permanecen varias horas en el interior de importantes tiendas y bancos y se retiran luego de tomar algunas notas, abordando un vehículo particular conducido por **Benito Silenciate Inadver**, joven universitario conocido como „Niño viejo”. De esto aprovechan los investigadores para fotografiarlos disimuladamente y mostrar las imágenes a varios agraviados, dos de los cuales, **Sergio Platinín Ricón y Manuel Fortunas Ahit** coinciden en identificar y señalar a **Juan Astute Vivón** como uno de los cinco delincuentes que cinco meses atrás los secuestraron y obtuvieron ingente rescate de sus familiares. Para consolidar su caso, los policías confían en el arribo a la ciudad de otros tres agraviados que han confirmado su presencia, en cuatro días más, luego de volver de viaje de provincias aledañas, pues son agentes comerciales.

- a) ¿Cuál ha ser la tónica del trabajo fiscal - policial en el desarrollo de las investigaciones de delitos cuya frecuencia genera desasosiego, inseguridad e intranquilidad ciudadanas?
- b) ¿Cómo deben planificarse y ejecutarse las diligencias preliminares de investigación, en este tipo de situaciones?
- c) ¿La policía podía detener a los sospechosos cuando se encontraban en la zona comercial de la ciudad?
- d) ¿Los ciudadanos que se percatan de las actividades de Juan y sus compañeros en el centro comercial podrían arrestarlos y entregarlos a la autoridad (**260 CPP**)?.

- e) ¿Qué relaciones guarda la detención preliminar judicial con la flagrancia delictuosa (**259 CPP**)?
- f) ¿Qué argumentos puntuales esgrimirá el Fiscal para recabar del Juez de la Investigación Preparatoria una orden o mandato de detención preliminar judicial contra los sospechosos?
- g) ¿Podría efectuarse la audiencia de convalidación de la detención preliminar judicial sin la concurrencia del imputado?

Simulación de la audiencia de convalidación de la detención preliminar judicial (266 CPP):

- a) Argumentación fiscal
- b) Posición de la defensa de los imputados detenidos
- c) Resolución judicial

Prisión preventiva (268 CPP), incomunicación (280 CPP), detención domiciliaria (290 CPP), comparecencia simple y restrictiva (291, 287 CPP), impedimento de salida (295 CPP)

- **César Mañasi Paradín**, de 67 años, catedrático universitario, dedicado esposo, padre de familia, enfermo de cáncer a la próstata, ha sido sindicado por su nieta **XYZ**, de 13 años de edad, de haberla convencido, invocando citas filosóficas y religiosas, para sostener relaciones sexuales. Efectuado el examen médico legal la menor presenta desgarros recientes, acreditativos de coito vaginal. Las pericias psiquiátrica y psicológica realizadas por especialistas del Instituto de Medicina Legal, concluyen que la menor evidencia el síndrome de víctima de abuso sexual, destacando, además, el enorme conflicto que atraviesa al denunciar, por un lado, a su abuelo, y, por el otro, admitir que antes de los hechos le tuvo gran cariño y se sintió muy unida a él. La incriminación contra **César** es firmemente mantenida por la perjudicada desde la temprana declaración que rinde ante el fiscal. El incriminado niega los cargos pero admite que dos días antes de la denuncia, con conocimiento de los padres, que salieron al cine, se quedó al cuidado de su nieta **XYZ**.

- a) El Fiscal a cargo ¿debe pedir la detención preliminar judicial de César o requerir directamente su prisión preventiva?
- b) ¿Cuáles son los fundados y graves elementos de convicción referidos a la existencia del delito y la vinculación de César con éste, que expondrá el Fiscal?
- c) ¿La referencia al delito grave que efectúe el Fiscal se basará en la pena comminada o abstracta por el delito imputado a César, o en la prognosis de sanción concreta?
- d) ¿Qué clase de peligro procesal destacará el Fiscal?
- e) ¿Qué novedad trae el código de 2004 en materia de peligro procesal, comparado con el de 1991?

- f) ¿La prisión preventiva que se imponga a César podrá sustituirse o atenderse con una medida cautelar alternativa?
- g) ¿Qué relación existe entre el plazo razonable y la prisión preventiva?
- h) ¿Si el Juez no atendiera el requerimiento fiscal de prisión preventiva qué medida cautelar despacharía?
- i) ¿La impugnación del mandato de prisión preventiva (**278 CPP**) habilita los recursos de apelación y casación?
- j) ¿Es correcto identificar la revocatoria de la prisión preventiva con su cesación (**283 CPP**)?
- k) ¿La comparecencia simple y la restrictiva (**291, 287 CPP**) son medidas coercitivas que puede concurrir con el impedimento de salida (**295 CPP**) e incomunicación (**280 CPP**), y recaen exclusivamente sobre el imputado?
- l) ¿Es posible cambiar la comparecencia simple y restrictiva por prisión preventiva (**279, 287.3 CPP**)?
- m) ¿Existe vinculación entre comparecencia restrictiva y medios electrónicos de control?

Simulación de audiencia de determinación de prisión preventiva (271 CPP):

- a) Argumentación fiscal
- b) Posición de la defensa del imputado
- c) Resolución judicial

Internación preventiva (293 CPP)

- **Raúl Loquil Furis**, convencido que sus alucinaciones eran ciertas, acató las órdenes que, según él, el demonio le dio mientras dormía, y acuchilló mortalmente a un modesto transeúnte. Durante varios años permaneció impune hasta que la policía acopió fundados indicios de su condición de agente del crimen.

 - a) ¿Qué medida coercitiva requerirá el Fiscal contra Raúl?
 - b) ¿Las condiciones personales de Raúl podrían provocar la incoación de un proceso especial (**Libro Quinto CPP**)

Suspensión preventiva de derechos (297 - 301 CPP)

- **Manuel Arino Panez**, al fabricar pan mezcla descuidadamente harina con una sustancia pulverulenta, que cree es levadura, cuando en realidad se trata de restos de insecticida, provocando que tres de sus clientes fallezcan.

 - a) ¿Bastará la condición de panificador de Manuel para imponerle la suspensión preventiva de su oficio o industria?
 - b) ¿La prohibición al imputado de acercarse al ofendido o su familia y la de apartamiento del hogar que compartiere con aquél exige que el delito incriminado esté conminado con pena de inhabilitación?

Medidas restrictivas de derechos por búsqueda de pruebas (202 - 241 CPP)

- a) Elaborar un caso que diferencie el control policial de identidad (**205 CPP**) con las tradicionales y arbitrarias “batidas”
- b) Plantear un caso que ilustre la práctica de controles policiales (**206 CPP**) por acaecimiento de delitos graves
- c) Proponer un caso que distinga la video vigilancia de las escuchas domésticas (**207 CPP**)
- d) Confeccionar un caso que combine la práctica de pesquisas policiales y la retención de personas (**208 – 209 CPP**)
- e) Aportar un caso que ejemplifique el registro personal y vehicular (**210 CPP**)
- f) Ofrecer un caso referido al registro corporal y toma de muestras biológicas (**211 – 212 CPP**)
- g) Sostener un caso alusivo a la prueba de alcoholemia (**213 CPP**)
- h) Exponer un caso que destaque la necesidad de un allanamiento (**2214 – 217 CPP**)
- i) Formular un supuesto de exhibición forzosa o incautación de bienes (**218 – 223 CPP**)
- j) Elaborar un caso de exhibición e incautación de documentación no privada, mediante secreto de Estado (**224 – 225 CPP**)
- k) Plantear un caso de interceptación e incautación de correspondencia (**226 – 229 CPP**)
- l) Proponer un caso de intervención de comunicaciones y telecomunicaciones que suscite debate sobre la grabación de conversaciones entre el imputado y su defensor (**230 – 231 CPP**)
- m) Confeccionar un caso que ilustre el aseguramiento e incautación de documentos privados (**232 – 234 CPP**)
- n) Aportar un caso que se ocupe simultáneamente del levantamiento del secreto bancario y de la reserva tributaria en un asunto sobre lavado de activos (**235 – 236 CPP**)
- o) Ofrecer un caso sobre clausura o vigilancia de locales e inmovilización (**237 – 241 CPP**)

Medidas reales de coerción: Embargo (302 - 310 CPP), orden de inhibición (310 CPP), desalojo preventivo (311 CPP), medidas anticipadas (312 CPP), medidas preventivas contra personas jurídicas (313 CPP), pensión alimenticia anticipada (314 CPP) e incautación (316 - 320 CPP)

- Proponer casos que ilustren cada uno de estos institutos, incidiendo en los más novedosos, esto es, en materia de orden de inhibición, medidas anticipadas, útiles para evitar la permanencia del delito o la prolongación de sus efectos, y de las aplicables contra las personas jurídicas, así como, en lo que atañe la incautación de bienes con fines de decomiso.

BIBLIOGRAFÍA

ALMAGRO NOSETE, José y TOMÉ PAULE, José. *Instituciones de Derecho procesal. Proceso Penal*. Trivium, Madrid, 1994.

ALMAZÁN SEPÚLVEDA, Francisco. *Entrega vigilada o controlada: herramienta eficaz para desarticular el crimen organizado*. Ponencia en el Taller Internacional Entregas (Remesas) Vigiladas: herramienta eficaz contra el crimen organizado. Naciones Unidas-Oficina Contra la Drogas y el Delito. Lima. Agosto del 2005

ANGULO ARAUJO, Robert Aldo. *La renuncia a la persecución penal por los criterios de oportunidad del artículo 2 del CPP del 2004. Principales modificaciones*, en: Actualidad Jurídica, N° 148, marzo del 2006, p. 130.

ARAGÜENA FANEGO, Coral. *Teoría general de las medidas cautelares reales en el proceso penal*. Bosch, Barcelona, 1991.

ASENCIO MELLADO, José María. *La prisión provisional*, Civitas, Madrid, 1987.

BARONA VILAR, Silvia. *Prisión provisional y medidas alternativas*. Bosch, Barcelona, 1988.

BERNAL CUELLAR, Jaime y MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. *El proceso penal. Fundamentos constitucionales del sistema acusatorio*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004.

BINDER, Alberto, *Crisis y transformación de la justicia penal en Latinoamérica*, en AA.VV. Reformas procesales en América Latina: La oralidad en los procesos, Santiago - Chile: Corporación de Promoción Universitaria, 1993.

—————, *Introducción al derecho procesal penal*, Alfa Beta, Buenos Aires, 1993.

BOVINO, Alberto *Prisión cautelar*, El fallo Suárez Rosero. En: Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (Argentina), *Nueva doctrina penal*, Editores del Puerto, 1999, p. 631.

CAFFERATA NORES, José I., *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*, 3º Edición, Editores del Puerto, Buenos Aires, pp. 204 a 206; y el mismo autor, en: *Proceso Penal y derechos humanos*, Centro de Estudios Legales y Sociales, Ediciones del Puerto, Buenos Aires, 2000

—————. *Medidas de coerción en el nuevo código de procedimiento penal*, Desalma, Buenos Aires, 1992.

CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvidimenti cautelari*, CEDAM, Pavoda, 1936

CAMPOS, Federico. *La relevancia de la custodia de la evidencia en la investigación judicial*, en: Revista Medicina Legal de Costa Rica. Heredia, Costa Rica, marzo del 2002.

CASTÁN TOBEÑAS, José, *Embargo, en: Nueva enciclopedia jurídica*, t. VIII, Francisco Seix, Barcelona, 1993.

CHAMORRO BERNAL, Francisco. *La tutela judicial efectiva*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1994.

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, et alio. *Derecho procesal penal*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1993.

DE URBANO CASTRILLO, Eduardo, et alio, *La prueba ilícita penal. Estudio jurisprudencial*, Aranzandi, Navarra, 2003.

DIAZ CABIALE, José Antonio et alio, *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*. CIVITAS, Madrid, 2001.

DUCE, Mauricio y RIEGO, Cristián, *Introducción al nuevo sistema procesal penal*, vol. I, Universidad Diego Portales, Santiago, 2002.

DURÁN, Jaime, *La escena del crimen fuente de la prueba material*. Centro de Publicaciones, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito, 1977.

EDWARDS, Carlos Enrique. *El arrepentido, el agente encubierto y la entrega vigilada*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996.

FILIPPINI, Leonardo y MARTÍNEZ, Marcela, *El plazo razonable de las investigaciones*. En: PLAZAS Florencia y HAZAN, Luciano (Compiladores). *Garantías constitucionales en la investigación penal. Un estudio crítico de la jurisprudencia*. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006.

FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. *Manual de Policía de Bogotá*.

GIMENO SENDRA, Vicente, et al., *Derecho procesal penal*, Colex, Madrid, 1996.

GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, *El proceso penal alemán*, Bosch, Barcelona, 1985.

GONZALES-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás, *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Colex, Madrid, 1990.

GRACIA MARTÍN, Luis y MAGUELONE ZODER, Isabel, *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal*, Tirant lo blanch, Valencia, 1996.

GRANADOS PÉREZ, Carlos. *Instrumentos procesales en la lucha contra el crimen organizado: agente encubierto, entrega vigilada, el arrepentido, protección de testigos, posición de la jurisprudencia en la criminalidad organizada, aspectos sustantivos, procésales y orgánicos*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2001.

GUARIGLIA, Fabricio. “El agente encubierto ¿Un nuevo protagonista en el procedimiento penal?”. En: <http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2012/guarig12.htm> (Consultado el 12.09.07).

----- . *Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el proceso penal.* Editores de Puerto, Buenos Aires, 2001.

GUINARTE CABADA, Gumersindo. "La circulación o entrega vigilada de drogas". *Cuadernos de Política Criminal*, N° 55, 1995, págs. 5 – 42.

HOLGEASESOR, Kristian. "La fiscalización internacional de drogas y la técnica de la entrega vigilada". VII Simposio Internacional de Criminalística. En: www.Policia.gob.com. Separata (Consultado el 24.02.07).

HORVITZ LENNON, María Inés y Juan LÓPEZ MASLE, *Derecho Procesal Penal chileno*, tomos I y II, Editora Jurídica Chile, Santiago, 2002.

JUNG, Heike, "El proceso penal, conceptos, modelos y supuestos básicos", en: Ambos, Kai y Montealegre Lynett, Eduardo, *Constitución y sistema acusatorio. Un estudio de Derecho Comparado*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005.

KAFKA, Franz. Obras completas, *El proceso / La Condena*, Seix Barral, Barcelona, 1986.

LANDROVE DÍAZ, Gerardo, *Las consecuencias económicas del delito*. Bosch, Barcelona, 1976.

LORCA NAVARRETE, Antonio, *Derecho procesal penal*, Tecnos, Madrid, 1986.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Derecho Penal. Parte general*. t. I., Gaceta Jurídica, Lima, 2004.

MAIER, Julio B. J. *Democracia y administración de justicia penal en Latinoamérica. Los proyectos para la reforma del sistema penal*, en: *Jueces para la democracia* N° 16-17. Madrid, 1992.

MONTERO AROCA, Juan; ORTELLS RAMOS, Manuel; GÓMEZ COLOMER, Juan Luis; MONTÓN REDONDO, Alberto, *Derecho Jurisdiccional*, t. II, José María Bosch Editor, Barcelona, 1991.

MORILLAS CUEVA, Lorenzo, *Teoría de las consecuencias jurídicas del delito*, Tecnos, Madrid, 1991.

MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan. *El agente provocador*, Tirant lo blanch, Valencia, 1995.

PÉREZ ARROYO, Miguel, *La provocación de la prueba, el agente provocador y el agente encubierto: la validez de la provocación de la prueba y del delito en la lucha contra la criminalidad organizada desde el sistema de pruebas prohibidas en el Derecho Penal y Procesal Penal*, Revista La Ley. N 1, 2000, pp. 1765-1797.

PEYRANO, Jorge Walter, *Medida cautelar innovativa*, Depalma, Buenos Aires, 1981.

PRADO SALDARRIAGA, Víctor, *La entrega vigilada: orígenes y desarrollos*, en: http://www.unifr.ch/derechopenal/articulos/pdf/02septiembre06/entregavigil_ada_prado.pdf (Consultado el 10-09-07).

QUISPE Farfán, Fany Soledad, *El registro personal y las intervenciones corporales*, en: *El nuevo proceso penal: Estudios fundamentales*, Cubas Villanueva, Doig Díaz y Quispe Farfán, coordinadores, Palestra Editores, Lima, 2005.

RIQUELME PORTILLA, Eduardo, *El agente encubierto en la ley de drogas. La lucha contra la droga en la sociedad del riesgo*, Política criminal. N° 2, A2, 2006.

RODRÍGUEZ HURTADO, MARIO, *LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL PROCESO PENAL: PRINCIPIOS Y MODELO DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL*, EN: ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA. PROGRAMA DE CAPACITACIÓN PARA EL ASCENSO. CURSO DE FORMACIÓN ESPECIALIZADA EN EL NUEVO MODELO PROCESAL PENAL. MÓDULO 1., LIMA, 2006.

ROXIN, CLAUS, *DERECHO PROCESAL PENAL*, TRAD. DE LA 25^a EDICIÓN ALEMANA DE GABRIEL E. CÓRDOBA Y DANIEL R. PASTOR, EDITORES DEL PUERTO, BUENOS AIRES, 2000.

RUIZ ANTÓN, Luis Felipe, *El agente provocador en el Derecho Penal*, en: Instituto de Criminología de la Universidad Complutense. Madrid Edersa, 1982.

JOSHI JUBERT, Ujala. *Los delitos de tráfico de drogas I. Un estudio analítico del art. 368 CP*. Bosh, Barcelona, 1999.

SAN MARTÍN CASTRO, Cesar, *Búsqueda de pruebas y restricción de derechos*, en: *Actualidad Jurídica* N° 144 (noviembre del 2005), Gaceta Jurídica, Lima.

—————, *Derecho Procesal Penal*, vol. I y vol. II, 2^a ed., Grijley, Lima, 2003.

SÁNCHEZ VELARDE, Pablo, *Introducción al nuevo Proceso Penal*, Ideosa, Lima, 2005.

SHAW, James, *Derecho Internacional Sobre el Uso de Operaciones Encubiertas y Vigilancia Electrónica en la Lucha Contra la Delincuencia Transnacional Organizada*, en *Uso de Agentes Encubiertos y Vigilancia Electrónica en la Lucha Contra el Crimen Organizado y la Corrupción*. Lima: Naciones Unidas - Oficina contra la Drogas y el Delito-OPCION, 2005.

SERRA DOMÍGUEZ, Manuel; RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *Las medidas cautelares en el proceso civil*, Pareja, Barcelona, 1974.

Talavera Elguera, Pablo, *Comentarios al nuevo Código Procesal Penal*, Grijley, Lima, 2004.

Thaman, Stephen C., *La dicotomía acusatorio-inquisitivo en la jurisprudencia constitucional de Estados Unidos*, en: Ambos, Kai y Montealegre Lynett, Eduardo, *Constitución y sistema acusatorio. Un estudio de Derecho Comparado*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005.

VECINA SIFUENTES, Javier, *Las medidas cautelares en los procesos ante el Tribunal Constitucional*. Colex, Madrid, 1994.

ZAPATA GARCÍA, María. *La prueba ilícita*, Lexis Nexos, Buenos Aires, 2004.

B. ACUERDOS PLENARIOS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA EN MATERIAL PROCESAL PENAL

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ
PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES
PERMANENTE Y TRANSITORIA**

ACUERDO PLENARIO N° 2-2005/CJ-116

**CONCORDANCIA JURISPRUDENCIAL.
ART. 116º TUO LOPJ**

ASUNTO: Requisitos de la sindicación
del coacusado, testigo o agraviado

Lima, treinta de septiembre de dos mil cinco.

Los Vocales de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ha pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

- 1.** Las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, acordaron realizar un Pleno Jurisdiccional de los Vocales de lo Penal, a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto por los artículos 301º-A del Código de Procedimientos Penales, introducido por el Decreto Legislativo número 959, y 22º y 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.
- 2.** Para estos efectos –sin perjuicio de las Ejecutorias que por imperio de la primera norma invocada deben ser objeto de sendas Sentencias Plenarias, cuyo examen, deliberación y votación será materia de dos decisiones específicas– con carácter preparatorio, se delimitó el ámbito de las Ejecutorias Supremas que correspondían analizar y se aprobó revisar las decisiones dictadas en el primer semestre del presente año. A continuación, el Equipo de Trabajo designado al efecto, bajo la coordinación del señor San Martín Castro, presentó a cada Sala un conjunto de Ejecutorias que podían cumplir ese cometido. Cada Sala de este Supremo Tribunal, en sesiones preliminares, resolvieron presentar al Pleno las Ejecutorias que estimaron procedentes.

3. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia las Ejecutorias Supremas que analizan el valor de las sindicaciones de coimputados, testigos y agraviados, a los efectos de tener por enervada la presunción de inocencia de los imputados que son señalados como autores del delito y justificar la declaración judicial de culpabilidad.
4. En tal virtud, se resolvió invocar el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. Dada la complejidad y amplitud del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en las Ejecutorias Supremas analizadas, se decidió redactar un Acuerdo Plenario incorporando los fundamentos jurídicos correspondientes necesarios para configurar una doctrina legal y disponer su carácter de precedente vinculante.
5. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Se designaron como ponentes a los señores San Martín Castro y Lecaros Cornejo, quienes expresan el parecer del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

6. Dos son las normas que rigen los fundamentos y criterios de valoración de la prueba penal. En primer lugar, el artículo 2º, numeral 24, literal d), de la Constitución, que consagra la presunción de inocencia; y, en segundo lugar, el artículo 283º del Código de Procedimientos Penales, que dispone que los hechos y las pruebas que los abonen serán apreciados por los jueces con criterio de conciencia. Ambas deben ser aplicadas, bajo la preeminencia del derecho a la presunción de inocencia. Si bien el Juez o la Sala sentenciadora son soberanos en la apreciación de la prueba, ésta no puede llevarse a cabo sin limitación alguna, sino que sobre la base de una actividad probatoria concreta –nadie puede ser condenado sin pruebas y que éstas sean de cargo–, jurídicamente correcta –las pruebas han de ser practicadas con todas y cada una de las garantías que le son propias y legalmente exigibles–, se ha de llevar a cabo con arreglo a las normas de la lógica, máximas de la experiencia –determinadas desde parámetros objetivos– o de la sana crítica, razonándola debidamente.
7. La libre apreciación razonada de la prueba, que es el sustento del artículo 283º del Código de Procedimientos Penales, reconoce al Juez la potestad de otorgar él mismo el valor correspondiente a las pruebas, sin directivas legales que lo predeterminen. Desde esa perspectiva es de afirmar que el derecho a la presunción de inocencia exige sobre el particular que las pruebas de cargo, que justifiquen una condena, además deben ser suficientes. El canon de suficiencia de la prueba –de la idoneidad de la prueba de cargo para fundamentar la incriminación del imputado–, sobre la base de la apreciación lógica realizada por el juez, en casos particularmente sensibles referidos a las declaraciones de los coimputados y de los agraviados –en los que por la posición especial de dichos sujetos en el proceso, por su relación con el objeto del

proceso: el hecho punible–, debe cumplirse a partir de la configuración razonable de determinadas reglas o criterios de valoración, que es del caso enunciar para asegurar la vigencia de las garantías de un proceso penal constitucionalmente configurado. Se trata, en suma, de criterios que permitan trasladar las exigencias de racionalidad a la ponderación de la prueba por el órgano jurisdiccional en un caso concreto.

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, aún cuando es de reconocer que tal testimonio puede ser utilizado para formar la convicción judicial –no existe por ese hecho descalificación procedural–, 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.
9. Las circunstancias que han de valorarse son las siguientes:
 - a) 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 éstas 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.
 - b) 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, aún de carácter periférico, que consolide su contenido incriminador.
 - c) Asimismo, debe observarse la coherencia y solidez del relato del coimputado; y, de ser el caso, aunque sin el carácter de una regla que no admite 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.
10. Tratándose de las declaraciones de un agraviado, aún 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:

- a) 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.
 - b) Verosimilitud, que no sólo 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.
 - c) Persistencia en la incriminación, con las matizaciones que se señalan en el literal c) del párrafo anterior.
11. Los requisitos expuestos, como se ha anotado, deben apreciarse con el rigor que corresponde. Se trata, sin duda, de una cuestión valorativa que incumbe al órgano jurisdiccional. Corresponde al Juez o Sala Penal analizarlos ponderadamente, sin que se trate de reglas rígidas sin posibilidad de matizar o adaptar al caso concreto.

III. DECISIÓN

12. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto por el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; por unanimidad;

ACORDÓ:

- 13. **ESTABLECER** como reglas de valoración de las declaraciones de coimputados y agravados –testigos víctimas– las que se describen en los párrafos 9° y 10° del presente Acuerdo Plenario. En consecuencia, dichos párrafos, con las prevenciones señaladas en el párrafo 11°, constituyen precedentes vinculantes.
- 14. **PRECISAR** que los principios jurisprudenciales antes mencionados deben ser invocados por los Magistrados de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.
- 15. **PUBLICAR** este Acuerdo Plenario en el Diario Oficial eEl Peruano". Hágase saber.

SS.
SIVINA HURTADO
GONZÁLES CAMPOS
SAN MARTÍN CASTRO
PALACIOS VILLAR
LECAROS CORNEJO
BALCAZAR ZELADA
MOLINA ORDÓÑEZ
BARRIENTOS PEÑA
VEGA VEGA
PRÍNCIPE TRUJILLO

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ
PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y
TRANSITORIAS**

ACUERDO PLENARIO N° 5-2006/CJ-116

**CONCORDANCIA JURISPRUDENCIAL.
ART. 116º TUO LOPJ**

ASUNTO: Declaración de contumacia
en la etapa de Enjuiciamiento.
Presupuestos materiales

Lima, trece de octubre de dos mil seis.

Los Vocales de lo Penal, integrantes de las Salas Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisprudencial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo veintidós del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1. Las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, acordaron realizar un Pleno Jurisdiccional de los Vocales de lo Penal, a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto por los artículos 22º y 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.
2. Para estos efectos, con carácter preparatorio, se delimitó el ámbito de las Ejecutorias Supremas que correspondían analizar y se aprobó revisar las decisiones dictadas en el segundo semestre del presente año. A continuación, el Equipo de Trabajo designado al efecto, bajo la coordinación del señor San Martín Castro, presentó a cada Sala un conjunto de Ejecutorias que podían cumplir ese cometido. Las Salas Permanente y Primera Transitoria –de donde emanaron las Ejecutorias analizadas–, en sesiones preliminares, resolvieron presentar al Pleno las Ejecutorias que estimaron procedentes.
3. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia la Ejecutoria Suprema que analiza y fija criterios para delimitar los presupuestos materiales para la declaración de contumacia de un acusado en la etapa de enjuiciamiento. Se trata de la Ejecutoria recaída en el recurso de nulidad número 3725-2005/Lima, del 26 de octubre de 2005.

4. En tal virtud, se resolvió invocar el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. Dada la complejidad y amplitud del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en la Ejecutoria Suprema analizada, se decidió redactar un Acuerdo Plenario incorporando los fundamentos jurídicos correspondientes necesarios para configurar una doctrina legal y disponer su carácter de precedente vinculante.
5. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Se designaron como ponentes a los señores González Campos, San Martín Castro y Lecaros Cornejo, quienes expresan el parecer del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

6. La Constitución Política, en función a la jerarquía de las normas que la integran y a los principios y valores que entraña, vincula rigurosamente al legislador y a los jueces. En esta perspectiva se concibe el denominado .Programa Penal de la Constitución”, que contiene el conjunto de postulados político jurídico y político criminales que constituyen el marco normativo en el seno del cual el legislador penal puede y debe tomar sus decisiones, y en el que el Juez ha de inspirarse para interpretar las leyes que le corresponde aplicar. Entre los preceptos que lo integran e incorpora el texto constitucional se encuentran aquellos que regulan los derechos de los justiciables y el modo o forma en que el Estado ha de conducirse para la determinación de la responsabilidad penal de las personas. Entre ellos, sin duda, están las garantías genéricas del debido proceso y de la tutela jurisdiccional efectiva. Esta última garantía, a su vez, contiene un elemento esencial vinculado a la *llamada de la parte –al imputado, en el proceso penal– al proceso*, y con él, los requisitos constitucionales que son exigibles a los actos de comunicación y, en consecuencia, a la posibilidad legítima de declaración de ausencia y/o contumacia, con todos los efectos que dicha declaración contiene para el entorno jurídico del imputado.
7. El artículo 139º, numeral 3), de la Ley Fundamental garantiza el derecho de las partes procesales a acceder al proceso en condiciones de poder ser oído y ejercitar la defensa de sus derechos e intereses legítimos. En tal sentido, como postula PICO I JUNOY, los actos de comunicación de las resoluciones judiciales –notificaciones, citaciones y emplazamientos–, en la medida en que hacen posible la comparecencia del destinatario y la defensa contradictoria de las pretensiones, representan un instrumento ineludible para la observancia de las garantías constitucionales del proceso [*Las garantías constitucionales del proceso, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1997, página 54*]. Dada su trascendental importancia es obvio que corresponde al órgano jurisdiccional examinar cumplidamente que los actos de comunicación, el emplazamiento a las partes, en especial al imputado con la llamada al proceso, cumplan

escrupulosamente las normas procesales que los regulan a fin de asegurar la efectividad real de la comunicación.

8. La contumacia está íntimamente vinculada a esa institución procesal de relevancia constitucional, cuya definición legal se encuentra en el artículo 3º, inciso 1), del Decreto Legislativo número 125, y que a su vez ratifica que el imputado tiene la carga de comparecer en el proceso penal, y si no lo hace se expone a una declaración de contumacia. El ordenamiento procesal penal nacional reconoce, además, la ausencia, y en ambos casos, como es evidente, consagró como dogma la imposibilidad de desarrollar el juicio oral –fase angular del sistema acusatorio– sin la necesaria presencia del acusado [en este sentido, el Código –acota GIMENO SENDRA– llevó hasta sus últimas consecuencias el principio general del Derecho, conforme al cual nadie puede ser condenado sin haber sido previamente oídon, interpretando dicho precepto como exigencia de comparecencia física del imputado en el proceso a fin de que pueda ejercitarse su defensa privada y, en último término, su derecho a la ,última palabraú: *Derecho Procesal Penal, Editorial Colex, Madrid, 2004, página 215*].

Lo relevante de ambas instituciones: contumacia y ausencia, de configuración legal, a las que se anudan variados efectos procesales que incluso entrañan una intensificación de las medidas de coerción personales, es que se requiere de una resolución judicial motivada que declare el estado de ausencia o contumacia del imputado, la cual importa una verdadera obligación judicial que habrá de dictarse cuando se cumplan escrupulosamente los presupuestos materiales estipulados por la ley procesal, y que a su vez se erige en condición necesaria para dictar las medidas de coerción limitativas de la libertad del imputado.

La indicada resolución judicial tiene una naturaleza **constitutiva**, ya que por ella se crea el estado de ausente o contumaz, al que va ligado normalmente la adopción de medidas provisionales personales. La declaración de contumacia constituye una situación procesal que legitima al Juez para ordenar la detención del procesado renuente a acatar el cumplimiento de determinados mandatos procesales.

9. El citado artículo 3º del Decreto Legislativo número 125 define la institución de la contumacia. El contumaz, en términos generales, es el imputado que conoce su condición de tal y que está o estará emplazado al proceso para que responda por concretos cargos penales, y pese a ello deja de concurrir, se aparta voluntariamente del proceso [el encausado es consciente de la existencia de un proceso penal dirigido contra él y decide no acudir a la llamada del órgano jurisdiccional]. Es significativo a estos fines el literal a) del citado artículo, que precisa que se reputa contumaz: “*Al que habiendo prestado su declaración instructiva o estando debidamente notificado, rehuye el juzgamiento en manifiesta rebeldía o hace caso omiso a las citaciones o emplazamientos que le fueran hechos por el Juez o Tribunal*”. A estos efectos, el artículo 1º de la Ley número 26641 exige que el auto que declara la condición de contumaz del imputado –sin esa resolución judicial no es posible calificar a un acu-

sado de contumaz– sólo se dictará desde que “*...existen evidencias irrefutables que el acusado rehuye del proceso...*”.

10. La contumacia puede declararse en sede de instrucción o de la etapa intermedia o del enjuiciamiento. El artículo 2º de dicho Decreto Legislativo regula, aunque genéricamente, la posibilidad de declararla en la etapa de instrucción, a cuyo efecto remite a lo dispuesto en los artículos 205º y 206º del Código de Procedimientos Penales. Esa disposición, como es obvio y aplicando integrativamente el artículo 1º de la Ley número 26641, sólo exige que existan evidencias irrefutables que el imputado, según se encuentre en los supuestos del artículo del referido Decreto Legislativo número 125, rehuye el proceso –concretamente, la instrucción– para que se dicte el auto de declaración de contumacia. No se requiere, desde luego, una reiteración del mandato y una segunda incomparecencia para la emisión del auto de contumacia, situación que incluso es evidente en los supuestos de citación para diligencia de lectura de sentencia en los procesos sumarios (conforme: Sentencias del Tribunal Constitucional número 3014-2004-HC/TC, del 28.12.2004; número 7021-2005-HC/TC, del 17.10.2005; y, número 2661-2006-HC/TC, del 17.04.2006). En este último caso: lectura de sentencia en los procesos penales sumarios, se explica porque no se trata propiamente de una fase procesal autónoma que requiere de una sucesión de actos procesales y diligencias de presentación de cargos, actividad probatoria, alegatos, última palabra, y deliberación y sentencia.
11. El auto de enjuiciamiento o, en su caso, el de citación a juicio, por el contrario, tiene precisiones estrictas para el emplazamiento del acusado presente; está asociado a un apercibimiento específico y un trámite escrupuloso. Prescribe al respecto el artículo 210º del Código de Procedimientos Penales, modificado por el Decreto Legislativo número 125, que: “*...Tratándose de reos con domicilio conocido o legal conocido en autos, será requerido para su concurrencia al juicio bajo apercibimiento de ser declarado contumaz [...], señalándose nueva fecha para la audiencia, siempre que no hayan otros reos libres que se hubieran presentado o en cárcel. Si el acusado persiste en la inconcurrencia, se hará efectivo el apercibimiento, procediéndose en lo sucesivo conforme a los artículos 318º al 322º del Código de Procedimientos Penales*”.
12. Siendo así, son presupuestos materiales para la declaración de contumacia en la etapa de enjuiciamiento: **a)** que el acusado presente, con domicilio conocido o legal, sea emplazado debida o correctamente con la citación a juicio [se entiende que si el propio emplazado proporciona un domicilio falso, ello acredita su intención de eludir la acción de la justicia y justifica la declaración como reo contumaz, tal como ha sido ratificado por el Tribunal Constitucional en la sentencia número 4834-2005-HC/TC, del 08.08.2005]; **b)** que la indicada resolución judicial, presupuesto de la declaración de contumacia, incorpore el apercibimiento expreso de la declaración de contumaz en caso de inasistencia injustificada; y, **c)** que el acusado persista en la inconcurrencia al acto oral, en cuyo caso se hará efectivo el apercibimiento previamente decretado, esto es, la emisión del auto de declaración de contumacia, y se procederá conforme al juicio contra reos ausentes.

En tal virtud, el órgano jurisdiccional deberá examinar cuidadosamente el debido emplazamiento al imputado, la correcta notificación, y sobre esa base proceder en su consecuencia [El Tribunal Constitucional en la sentencia número 3411-2006-HC/TC, del 12.05.2006, ha insistido en que si no se notifica debidamente al imputado no es legítimo declararlo reo contumaz]. Para la declaración de contumacia, acto seguido, es central la nota de “persistencia” en la incomparecencia voluntaria del acusado al acto oral, la cual significa mantenerse firme o constante en una cosa o, más concretamente, ante el emplazamiento judicial, es decir, no cumplirlo deliberadamente.

Ahora bien, si el párrafo analizado está en función a la iniciación del acto oral o a su continuación, esto es, si la norma procesal precisa que se señalará nueva fecha para la audiencia siempre que no hayan otros reos libres que se hubieran presentado o en cárcel, a partir de lo cual se hace mención a la persistencia del acusado en su incomparecencia, entonces, es evidente que la resolución judicial de contumacia se dictará una vez que el acusado incumpla este segundo emplazamiento, a mérito de lo cual se renovarán las órdenes para su captura, se le emplazará por edictos y se reservará el proceso hasta que sea habido, tal como lo dispone, en lo pertinente, el artículo 319º del Código de Procedimientos Penales. Es claro, asimismo, que si el acto oral tiene lugar por la concurrencia de otros acusados, la declaración de contumacia se hará efectiva una vez se cite al acusado inconcurrente para la continuación del juicio oral, aplicando en lo pertinente las normas antes invocadas.

13. Por otro lado, en vista que el auto de contumacia importa, además, la restricción de la libertad personal del imputado –en todo caso, una medida de coerción personal más intensa–, tal y como ha sido establecido por el Tribunal Constitucional en la sentencia número 934-2002-HC/TC, del 08.07.2002, si el Juez rechaza indebidamente la recusación –al margen de la ley procesal–, lesionando con ello el principio constitucional del procedimiento pre establecido, tal decisión deviene ilegítima. Sobre el particular es de rigor precisar que con posterioridad a dicha sentencia se han dictado la Ley número 28117, del 10.12.2003, y el Decreto Legislativo número 959, del 17.08.2004, que han introducido cambios sustanciales en el régimen y procedimiento de la recusación y excusa o inhibición de Jueces y Vocales.

Las normas antes citadas, a diferencia del texto procesal originario, autorizan al rechazo liminar o de plano del pedido de inhibición o de la solicitud de recusación, estipulan un plazo determinado para recusar y reordenan el trámite incidental correspondiente, y delimitan los motivos de recusación contra Vocales.

En tal virtud, si se vulnera el nuevo ordenamiento procesal rechazando de plano la recusación, sin amparo en la respectiva autorización legal, obviamente rige la doctrina jurisprudencial inicialmente mencionada. Es claro, sin embargo, que si una recusación se rechaza de plano por un motivo legalmente establecido en la Ley procesal, obviamente será posible –más allá de la interposición del respectivo recurso de apelación contra tal desestimación liminar, que no tiene efecto

suspensivo– dictar el auto de contumacia y las medidas restrictivas de la libertad correspondientes.

Por lo demás, si se da trámite a una recusación, aún cuando éste no suspende el proceso principal ni la realización de diligencias o actos procesales –cuya actuación está sujeta a la efectiva concurrencia del Ministerio Público y citación a las partes–, y existe expresa prohibición de expedir resolución que ponga fin a la instancia o al proceso –vid.: apartado dos del artículo 33º del Código de Procedimientos Penales–, debe entenderse que tampoco se puede dictar una medida limitativa de la libertad, como consecuencia de un auto de contumacia, en tanto las dudas sobre la imparcialidad judicial no se deslinden definitivamente conforme a sus trámites regulares. Cabe acotar que lo expresamente autorizado son actos o diligencias procesales, no la expedición de una resolución que incida en un derecho fundamental de la trascendencia de la libertad personal, y además siempre está prohibido –esta vez por regla expresa– clausurar el proceso hasta que la recusación o inhibición esté resuelta.

- 14.** *En síntesis*, la declaración de reo contumaz no constituye una facultad discrecional de la Sala Penal Superior, sino que está sometida a específicos presupuestos materiales, que deben respetarse cumplidamente. Es imprescindible el correcto emplazamiento al acto oral bajo apercibimiento de la declaración de contumacia, luego una segunda citación y de persistir en la inconcurrencia voluntaria recién se dictará el auto de contumacia y se procederá conforme al artículo 319º del Código de Procedimientos Penales. Por último, un Juez recusado o con pedido de inhibición del Ministerio Público, una vez que se acepta iniciar el trámite respectivo, no puede dictar una medida limitativa de la libertad como consecuencia de un auto de contumacia al margen de las normas que regulan la recusación y la inhibición o excusa de magistrados.

III. DECISIÓN

- 15.** En atención lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto por el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; por unanimidad;

ACORDÓ:

- 16.** *ESTABLECER* como reglas de valoración, en la etapa de juicio oral, las que se describen en los párrafos 7 al 13 del presente Acuerdo Plenario. En consecuencia, dichos párrafos, con lo sistematizado en el párrafo 14, constituyen precedentes vinculantes.
- 17.** *PRECISAR* que los principios jurisprudenciales antes mencionados deben ser invocados por los Magistrados de las instancias correspondientes, sin prejuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

18. PUBLICAR este Acuerdo Plenario en el Diario Oficial eEl Peruano”. Hágase saber.

SS.
SALAS GAMBOA
SIVINA HURTADO
GONZÁLES CAMPOS
SAN MARTÍN CASTRO
VALDÉZ ROCA
BARRIENTOS PEÑA
VEGA VEGA
LECAROS CORNEJO
MOLINA ORDÓÑEZ
PEIRANO SÁNCHEZ
VINATEA MEDINA
PRÍNCIPE TRUJILLO
CALDERÓN CASTILLO
URBINA GANVINI

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ
PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y
TRANSITORIAS**

ACUERDO PLENARIO N° 7-2006/CJ-116

**CONCORDANCIA JURISPRUDENCIAL.
ART. 116º TUO LOPJ**

ASUNTO: Cuestión previa e identificación del imputado.

Lima, trece de octubre de dos mil seis.

Los Vocales de lo Penal, integrantes de las Salas Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisprudencial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo veintidós del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1. Las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, acordaron realizar un Pleno Jurisdiccional de los Vocales de lo Penal, a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto por los artículos 22º y 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.
2. Para estos efectos, con carácter preparatorio, se delimitó el ámbito de las Ejecutorias Supremas que correspondían analizar y se aprobó revisar las decisiones dictadas en el segundo semestre del presente año. A continuación, el Equipo de Trabajo designado al efecto, bajo la coordinación del señor San Martín Castro, presentó a cada Sala un conjunto de Ejecutorias que podían cumplir ese cometido. Las Salas Permanente y Primera Transitoria –de donde emanaron las Ejecutorias analizadas–, en sesiones preliminares, resolvieron presentar al Pleno las Ejecutorias que estimaron procedentes.
3. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como base de la discusión los problemas que plantea la individualización del imputado, exigida por el artículo 77º del Código de Procedimientos Penales, modificado por la Ley número 28117, y la posibilidad que, de oficio, ante su incumplimiento, pueda deducirse de oficio una cuestión previa tomando como referencia la legislación sobre homonimia –Leyes números 27411 y 28121–.

4. En tal virtud, se resolvió invocar el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. Dada la complejidad y amplitud del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en aisladas Ejecutorias Supremas, se decidió redactar un Acuerdo Plenario incorporando los fundamentos jurídicos correspondientes necesarios para configurar una doctrina legal y disponer su carácter de precedente vinculante.
5. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Se designaron como ponentes a los señores San Martín Castro y Urbina Ganvini, quienes expresan el parecer del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

6. El artículo 77º del Código de Procedimientos Penales, modificado por la Ley número 28117, del 16.12.2003, estipula que para abrir instrucción, entre otros motivos, se requiere que se haya individualizado al presunto autor o partícipe de un delito concreto. Se trata, en estricto sentido procesal, de un requisito de admisibilidad de la promoción de la acción penal, cuyo incumplimiento constituye un motivo específico de inadmisión del procesamiento penal. La norma en referencia prescribe que, en esos casos, se devolverá la denuncia y los recaudos al Ministerio Público, tal como ha sido ratificado por la Resolución Administrativa número 081-2004-CE-PJ, del 29.04.2004.
7. La individualización de imputado, por imperio, de los artículos 19º al 22º del Código Civil, importa que a la persona a quien se atribuye un hecho delictuoso determinado se la identifique con el nombre y sus apellidos, de los padres –si es hijo matrimonial– o progenitores que los hayan reconocido –si es hijo extramatrimonial– o adoptantes –si es adoptado–, según el caso. Cualquier determinación sobre el particular importa un problema probatorio que debe merecer la decisión judicial correspondiente en el modo y forma de ley. A los efectos de la inculpación penal, que da lugar a la primera resolución judicial de imputación, basta esa referencia completa para estimar cumplido el mencionado requisito de admisibilidad.
8. El artículo 3º de la Ley número 27411, modificado por la Ley número 28121, del 16.12.2003, estipula que el mandato de detención dictado por el órgano jurisdiccional deberá contener, a efecto de individualizar al presunto autor, los siguientes datos obligatorios: 1.) nombre y apellidos completos, 2.) edad, 3.) sexo, y 4.) características físicas, talla y contextura [la policía que reciba la requisitoria u orden de captura en casos de omisión de uno de esos datos, está facultada a solicitar la correspondiente aclaración al órgano jurisdiccional].

Como se desprende de su texto, lo que se persigue con esa legislación es evitar los casos de homonimia –de quien tiene los mismos nombres y apellidos de quien

se encuentre requisitoriado por la autoridad competente (artículo 2º, Ley número 27411)–, pero de ninguna manera introducir, a los efectos del procesamiento, un requisito de admisibilidad de la acción penal.

Desde luego, la identidad del requerido por la justicia penal está en función a la consiguiente requisitoria que la autoridad judicial ha de cursar a la Policía contra las personas a quien se ha dictado, legalmente por una u otra razón, mandato de detención. Es evidente, entonces, que la debida identidad del requerido guarda relación con el presupuesto material de indicios de criminalidad –y las consiguientes situaciones procesales que puedan tener lugar en el curso del proceso penal– respecto a la persona a quien se atribuya ser autor o partícipe de un hecho punible, pero no necesariamente con la necesidad de individualización del imputado como requisito de admisibilidad de la promoción de acción penal. Ambos elementos si bien están relacionados entre sí no guardan correspondencia absoluta, porque para abrir instrucción sólo se requiere de una persona identificada con sus nombres y apellidos completos, y para dictar una requisitoria se necesita que el imputado, además de sus nombres y apellidos completos, registre en autos otros tres datos: edad, sexo, y características físicas, talla y contextura.

9. Si bien la inscripción de una persona en el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil prueba con suficiencia la existencia y la propia identificación de una persona, su ausencia –por lo demás, no extraña en nuestro país– no puede significar que se ha incumplido el requisito de individualización del imputado a los fines del procesamiento penal. La no inscripción de una persona ante la RENIEC es sólo un dato indíctario que el Juez debe tomar en cuenta para la valoración general del procesamiento penal –y, en su caso, para la orden judicial de detención y la consiguiente requisitoria–, pero no constituye prueba privilegiada que acredita sin más que se trata de un individuo incierto o no individualizado. Ello es tan cierto que el propio artículo 3º de la citada Ley incorpora ese elemento: el Documento Nacional de Identidad, a cargo de la RENIEC, como una exigencia no obligatoria para la inscripción y ejecución de una requisitoria judicial.
10. En tal virtud, si se plantea una cuestión previa basada en el hecho exclusivo que el imputado no se encuentra inscrito en la RENIEC o no se ha consignado el número del Documento Nacional de Identidad, tal planteamiento carece de sustancia o mérito procesal para acogerlo. De igual manera, el Juez Penal no podrá devolver la denuncia fiscal formalizada por ese sólo mérito al Fiscal Provincial.

Por lo expuesto, debe entenderse que cuando la Disposición General 5.3 de la Directiva número 003-2004-CE-PJ, aprobada por la referida Resolución Administrativa número 081-2004-CE-PJ, del 29.04.2004, establece que ***“Si como consecuencia del pedido de aclaración, el Juez Penal o Mixto verifica la inexistencia de los datos de identidad personal señalados en el primer párrafo del presente acápite, procederá a resolver de oficio el incidente como cuestión previa, de conformidad con lo establecido por el artículo 4º del Código de Procedimientos Penales”***, ello sólo

procederá cuando no se ha podido establecer, de los cuatro datos obligatorios del requerido, el referido al nombre y apellidos completos, o cuando se ha probado positiva e inconcusamente que la referencia a una persona que se identificó con esos nombres y apellidos completos es falsa o inexistente.

III. DECISIÓN

11. En atención lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto por el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; por unanimidad;

ACORDÓ:

12. **ESTABLECER** como reglas de interpretación para la determinación de la responsabilidad civil en los delitos de peligro las que se describen en los párrafos 6 al 10 del presente Acuerdo Plenario. En consecuencia, dichos párrafos constituyen precedentes vinculantes.
13. **PRECISAR** que los principios jurisprudenciales antes mencionados deben ser invocados por los Magistrados de las instancias correspondientes, sin prejuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.
14. **PUBLICAR** este Acuerdo Plenario en el Diario Oficial eEl Peruano". Hágase saber.

SS.

SALAS GAMBOA
SIVINA HURTADO
GONZÁLES CAMPOS
SAN MARTÍN CASTRO
VALDÉZ ROCA
BARRIENTOS PEÑA
VEGA VEGA
LECAROS CORNEJO
MOLINA ORDÓÑEZ
PEIRANO SÁNCHEZ
VINATEA MEDINA
PRÍNCIPE TRUJILLO
CALDERÓN CASTILLO
URBINA GANVINI

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIAS

ACUERDO PLENARIO N° 2-2007/CJ-116

CONCORDANCIA JURISPRUDENCIAL.
ART. 116º TUO LOPJ

ASUNTO: Valor probatorio de la pericia no ratificada.

Lima, dieciséis de noviembre de dos mil siete.

Los Vocales de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisprudencial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 22º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1. Las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, acordaron realizar un Pleno Jurisdiccional de los Vocales de lo Penal, a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 22º y 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.
2. Para estos efectos, con carácter preparatorio, se delimitó el ámbito de las Ejecutorias Supremas que correspondían analizar y se aprobó revisar las decisiones dictadas en 2006. A continuación, el Equipo de Trabajo, bajo la coordinación del señor San Martín Castro, presentó a cada Sala un conjunto de Ejecutorias que podían cumplir ese cometido. Las Salas Permanente y Transitorias, en sesiones preliminares, individual y en conjunto, resolvieron presentar al Pleno las Ejecutorias que estimaron procedentes, y que constan en las carpetas de discusión y materiales que se distribuyeron a cada uno de los señores Vocales Supremos de lo Penal.
3. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia las Ejecutorias Supremas que analizan y deciden sobre la virtualidad procesal de pericias no ratificadas –entre ellas, la recaída en el Recurso de Nulidad número 3927-2005/San Martín, del veintiséis de abril de dos mil seis.
4. En tal virtud, se resolvió invocar el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas

del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. Dada la complejidad y especiales características del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en las Ejecutorias Supremas analizadas, se decidió redactar un Acuerdo Plenario incorporando los fundamentos jurídicos correspondientes necesarios para configurar una doctrina legal y disponer su carácter de precedente vinculante.

5. Su deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Se designó como ponente al señor San Martín Castro, quien expresa el parecer del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

6. El Título VI Peritos” del Libro Segundo PDe la Instrucción” del Código de Procedimientos Penales regula, entre otros aspectos, el nombramiento, número, plazo y emisión del dictamen o informe pericial, así como la entrega del citado dictamen o informe y el examen de los peritos por el Juez Penal. Esa diligencia sumarial –el examen pericial–, según el artículo 168º del citado Código, es obligatoria para el Juez y su realización debe cumplir con el principio de contradicción, a cuyo efecto debe citarse a las partes, cuya concurrencia es facultativa.

El Título III DAudiencias” del Libro Tercero ADel Juicio” de la Ley Procesal Penal prevé la concurrencia de peritos al acto oral. El artículo 259º del citado Estatuto dispone que los peritos, cuando se les cite, serán examinados por las partes procesales y el Tribunal, sin perjuicio de que los dictámenes periciales –presentados en la instrucción o en la audiencia– se lean obligatoriamente.

7. Es evidente que la prueba pericial es de carácter compleja; y, más allá de los actos previos de designación de los peritos [que no será del caso cuando se trata de instituciones oficiales dedicadas a esos fines, como la Dirección de Criminalística de la Policía Nacional, el Instituto de Medicina Legal, la Contraloría General de la República –cuando emite los denominados Informes Especiales–, que gozan de una **presunción iuris tantum** de imparcialidad, objetividad y solvencia], consta de tres elementos: **a)** el reconocimiento pericial (reconocimientos, estudios u operaciones técnicas, esto es, las actividades especializadas que realizan los peritos sobre el objeto peritado), **b)** el dictamen o informe pericial –que es la declaración técnica en estricto sentido–, y **c)** el examen pericial propiamente dicho. A ellos, de uno u otro modo, se refiere el Código de Procedimientos Penales tanto al regular la instrucción como al normar el juicio oral.
8. La obligatoriedad del examen pericial en caso de pericias preprocesales o realizadas en sede de instrucción surge del artículo 259º del Código de Procedimientos Penales. 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 sólo 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. En esos casos, sencillamente, el examen pericial, como toda prueba con un aspecto relevantemente documental, no es condición ineludible de la pericia como medio de prueba válido, valorable por el Juez del juicio. 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.

9. Lo expuesto precedentemente no significa que las partes no tienen derecho a solicitar la presencia de los peritos para el examen correspondiente. Sólo 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, expresa 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 éstos –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 formularioas, o por ser tardías o extemporáneas.

III. DECISIÓN

10. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de

conformidad con lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; por unanimidad;

ACORDARON:

11. **ESTABLECER** como doctrina legal, conforme a los fundamentos jurídicos ocho y nueve, que la ausencia de la diligencia de examen o ratificación pericial no necesariamente anula lo actuado ni excluye el informe o dictamen pericial del acerbo probatorio. A estos efectos, los Jueces y Salas Penales deberán tener en cuenta, obligatoriamente, los criterios indicados en dichos párrafos.
12. **PRECISAR** que el principio jurisprudencia que contiene la doctrina legal antes mencionada debe ser invocado por los Magistrados de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.
13. **PUBLICAR** el presente Acuerdo Plenario en el Diario Oficial eEl Peruano". Hágase saber.

SS.

SALAS GAMBOA
SIVINA HURTADO
SAN MARTÍN CASTRO
VILLA STEIN
PRADO SALDARRIAGA
RODRÍGUEZ TINEO
LECAROS CORNEJO
VALDEZ ROCA
MOLINA ORDÓÑEZ
PRÍNCIPE TRUJILLO
SANTOS PEÑA
CALDERÓN CASTILLO
ROJAS MARAVÍ
URBINA GANVINI

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIAS

ACUERDO PLENARIO N° 3-2007/CJ-116

CONCORDANCIA JURISPRUDENCIAL. ART. 116º TUO LOPJ

ASUNTO: Pérdida de imparcialidad
y proceso de habeas corpus
o de amparo.

Lima, dieciséis de noviembre de dos mil siete.

Los Vocales de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisprudencial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 22º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1. Las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, acordaron realizar un Pleno Jurisdiccional de los Vocales de lo Penal, a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 22º y 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.
2. Para estos efectos, con carácter preparatorio, se delimitó el ámbito de las Ejecutorias Supremas que correspondían analizar y se aprobó revisar las decisiones dictadas en 2006. A continuación, el Equipo de Trabajo designado al efecto, bajo la coordinación del señor San Martín Castro, presentó a cada Sala un conjunto de Ejecutorias que podían cumplir ese cometido. Las Salas Permanente y Transitorias, en sesiones preliminares, individual y en conjunto, resolvieron presentar al Pleno las Ejecutorias que estimaron procedentes, y que constan en las carpetas de discusión y materiales que se distribuyeron a cada uno de los señores Vocales Supremos de lo Penal.
3. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia las Ejecutorias Supremas que analizan y deciden sobre la virtualidad procesal de las recusaciones contra jueces a quienes una de las partes ha interpuesto una demanda de Habeas Corpus o de Amparo –entre ellas, la recaída en el Recurso de Nulidad número 588-2006/Lambayeque, del catorce de septiembre de dos mil seis–.

4. En tal virtud, se resolvió invocar el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. Dada la complejidad y especiales características del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en las Ejecutorias Supremas analizadas, se decidió redactar un Acuerdo Plenario incorporando los fundamentos jurídicos correspondientes necesarios para configurar una doctrina legal y disponer su carácter de precedente vinculante.
5. Su deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Se designó como ponente al señor San Martín Castro, quien expresa el parecer del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

6. La recusación es una institución procesal de relevancia constitucional. Garantiza, al igual que la abstención o inhibición, la imparcialidad judicial, esto es, la ausencia de prejuicio; y, como tal, es una garantía específica que integra el debido proceso penal –numeral tres del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución–. Persigue alejar del proceso a un Juez que, aún revistiendo las características de ordinario y predeterminado por la ley, se halla incurso en ciertas circunstancias en orden a su vinculación con las partes o con el objeto del proceso –el **thema decidendi**– que hacen prever razonablemente un deterioro de su imparcialidad.

La imparcialidad, como ha quedado consagrada por la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, seguida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos –así, Sentencia Piersack contra Bélgica, del uno de octubre de mil novecientos ochenta y dos; y, Sentencia Herrera Ulloa contra Costa Rica, del dos de julio de dos mil cuatro, párrafo ciento setenta– tiene, aunque la doctrina procesalista tiende a relativizarla, dos dimensiones, una de carácter **subjetivo** y vinculada con las circunstancias del juzgador, con la formación de su convicción personal en su fuero interno en un caso concreto –**test subjetivo**–; y otra **objetiva**, predictable de las garantías que debe ofrecer el órgano jurisdiccional y que se establece desde consideraciones orgánicas y funcionales [la primera debe ser presumida mientras no se demuestre lo contrario; y, la segunda reclama garantías suficientes para excluir cualquier duda legítima sobre su imparcialidad] –**test objetivo**–.

7. Las circunstancias antes mencionadas, denominadas causas de recusación, están legalmente tasadas y son las previstas en los artículos 29º y 31º del Código de Procedimientos Penales. Para acreditar si existe o no vulneración del derecho al Juez Imparcial no sirve un análisis abstracto y a priori y, en definitiva, general, sino que es menester examinar cada caso concreto para determinar que el Juez, de uno u otro modo, no es ajeno a la causa –opción por el criterio material o sustancial en vez del criterio meramente formal–. Como precisa el Tribunal Europeo de Derechos

Humanos en la sentencia Hauschildt contra Dinamarca del veinticuatro de mayo de mil novecientos ochenta y nueve, lo relevante es que los temores estén objetivamente justificados, deben alcanzar una cierta consistencia –no basta la simple opinión del acusado o de la parte recusante–; y, la respuesta de si existe parcialidad o no varía según las circunstancias de la causa, a cuyo efecto debe valorarse la entidad o naturaleza y las características de las actuaciones procesales realizadas por el Juez.

8. Es recurrente en nuestra práctica forense que con motivo de una demanda de Habeas Corpus o de Amparo interpuesta contra una concreta decisión o actuación del Juez de la causa y también cuando se ha interpuesto una queja ante el órgano disciplinario judicial, paralelamente se recuse al magistrado al amparo de la causal genérica de temor de parcialidad prevista en el artículo 31º del Código de Procedimientos Penales. Se cuestiona en esos casos que el Juez, como consecuencia de esas acciones legales, no ofrecería garantías suficientes para excluir cualquier duda legítima a este respecto.

En estos supuestos se está ante una causal de imparcialidad subjetiva, en cuya virtud se entiende que la convicción personal del Juez como consecuencia de la aludida acción legal le restaría *apariencia de imparcialidad*. Pero, como ya se anotó, la imparcialidad subjetiva se presume salvo prueba en contrario; en consecuencia, no basta la sola afirmación de la interposición de la demanda o queja ni la presentación del documento en cuestión para estimar lesionada la imparcialidad judicial. Se requiere, por consiguiente, indicios objetivos y razonables que permitan sostener con rigor la existencia de una falta de imparcialidad. El Tribunal, en este caso, debe realizar una valoración propia del específico motivo invocado y decidir en función a la exigencia de la necesaria confianza del sistema judicial si el Juez recusado carece de imparcialidad; debe examinar, en consecuencia, la naturaleza de los hechos que se le atribuyen como violatorios de la Constitución o del ordenamiento judicial, y si su realización, en tanto tenga visos de verosimilitud, pudo o no comprometer su imparcialidad.

9. Lo expuesto es determinante y justifica, de un lado, que la ley exija que el recusante explique con la mayor calidad posible el motivo que invoca (así, artículo 31º del Código de Procedimientos Penales); y, de otro lado, que se ofrezcan los medios probatorios necesarios para acreditar la causal (así, artículo 34º-A del citado Código). Se está ante un incidente que requiere de un procedimiento debido y, específicamente, de la acreditación de los motivos que se aleguen, para lo cual es aplicable, en lo pertinente, el artículo 90º del Código de Procedimientos Penales –en especial, el último extremo del apartado uno–.

III. DECISIÓN

10. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; por unanimidad;

ACORDARON:

- 11.** **ESTABLECER** como doctrina legal, conforme a los fundamentos jurídicos seis a ocho, que la sola presentación de una recusación contra el Juez de la causa bajo el argumento que se le ha interpuesto una demanda de Habeas Corpus o Amparo o una queja ante el órgano disciplinario del sistema judicial: Poder Judicial o Consejo Nacional de la Magistratura no justifica su estimación por el órgano jurisdiccional. A estos efectos, los Jueces y Salas Penales deberán tener en cuenta, obligatoriamente, los criterios indicados en dichos párrafos.
- 12.** **PRECISAR** que el principio jurisprudencia que contiene la doctrina legal antes mencionada debe ser invocado por los Magistrados de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.
- 13.** **PUBLICAR** el presente Acuerdo Plenario en el Diario Oficial eEl Peruano". Hágase saber.

SS.

SALAS GAMBOA
SIVINA HURTADO
SAN MARTÍN CASTRO
VILLA STEIN
PRADO SALDARRIAGA
RODRÍGUEZ TINEO
LECAROS CORNEJO
VALDEZ ROCA
MOLINA ORDÓÑEZ
PRÍNCIPE TRUJILLO
SANTOS PEÑA
CALDERÓN CASTILLO
ROJAS MARAVÍ
URBINA GANVINI

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ
PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y
TRANSITORIAS**

ACUERDO PLENARIO N° 4-2007/CJ-116

**CONCORDANCIA JURISPRUDENCIAL
ART. 116º TUO LOPJ**

ASUNTO: Desvinculación procesal.
Alcances del artículo 285º-A del
Código de Procedimientos Penales

Lima, dieciséis de noviembre de dos mil siete.

Los Vocales de lo Penal, integrantes de las Salas Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisprudencial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo veintidós del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1. Las Salas Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, acordaron realizar un Pleno Jurisdiccional de los Vocales de lo Penal, a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto por los artículos 22º y 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.
2. Para estos efectos, con carácter preparatorio, se delimitó el ámbito de las Ejecutorias Supremas que correspondían analizar y se aprobó revisar las decisiones dictadas en 2006. A continuación, el Equipo de Trabajo designado al efecto, bajo la coordinación del señor San Martín Castro, presentó a casa Sala un conjunto de Ejecutorias que podían cumplir ese cometido. Las Salas Permanente y Transitorias, en sesiones preliminares, individual y en conjunto, resolvieron presentar al Pleno las Ejecutorias que estimaron procedentes, y que constan las carpetas de discusión y materiales que se distribuyeron a cada uno de los señores Vocales Supremos de lo Penal.
3. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia las Ejecutorias Supremas que analizan y deciden sobre el alcance del principio de desvinculación procesal en relación con el artículo 285º-A del Código de Procedimientos Penales, introducido por el Decreto Legislativo número 959 –entre ellas, la recaídas en el recurso de

nulidad número 2490-2006/La Libertad, del tres de julio de dos mil seis–4. En tal virtud, se resolvió invocar el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. Dada la complejidad y especiales características del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en las Ejecutorias Supremas analizadas, se decidió redactar un Acuerdo Plenario incorporando los fundamentos jurídicos correspondientes necesarios para configurar una doctrina legal y disponer su carácter de precedente vinculante.

5. Su deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Se designó como ponente al señor San Martín Castro, quien expresa el parecer del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

6. El artículo 225° del Código de Procedimientos Penales, literal 2), establece que el escrito de acusación que formule el fiscal debe contener la descripción de la acción u omisión punible y las circunstancias que determinen la responsabilidad del imputado, a la vez que la invocación de los artículos pertinentes del Código Penal. Esta descripción es el límite o marco de referencia del juicio oral, a la que el Fiscal en la correspondiente fase decisoria –luego de la fase probatoria propiamente dicha del mismo– deberá ceñirse cuando formule acusación oral [así, el artículo 273° del Código de Procedimientos Penales estatuye que el Fiscal en su exposición de los hechos que considere probados en el juicio y en la calificación legal pertinente se mantendrá dentro de los límites fijados por el escrito de acusación escrita].
7. Lo expuesto no significa, en modo alguno, que el hecho –acción u omisión punible descrito en la acusación escrita quede inalterado. En sus aspectos secundarios, cuando se trate de incorporar circunstancias agravantes de tal entidad que modifiquen la tipicidad del hecho punible en cuestión [que es un supuesto de variación no sustancial de las circunstancias del hecho punible; elementos circunstanciales o colaterales del hecho nuclear], el artículo 263° del Código de Procedimientos autoriza a que el Fiscal solicite al Tribunal una prórroga para formular una **acusación complementaria**, siempre por un tipo legal más grave. Dicha norma procesal prevé que el Tribunal así lo disponga, previo trámite oral de carácter contradictorio.
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 298º, literal 3), del Código de Procedimientos Penales. Ratifica esa prescripción el apartado uno del artículo 285º-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**.

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 de contradicción. Ello no quiere decir, desde luego, que las demás partes no incidan en la determinación o ámbito de la sentencia del Tribunal –o que ésta sólo 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 limitar su cognición a los términos del debate.
10. El Tribunal ha de pronunciarse respecto al hecho punible imputado [una concreta conducta o hecho histórico atribuido al imputado en todo su alcance: concepto procesal de hecho, y a su relevancia jurídico penal desde el bien jurídico vulnerado], el mismo 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, aunque el Tribunal puede incorporar circunstancias atenuantes– la responsabilidad del acusado [ello no significa una exactitud matemática entre hecho acusado y hecho condenado, pues el Tribunal –conforme a la prueba actuada y debatida en el juicio oral– puede ampliar detalles o datos para hacer más completo y comprensivo el relato, siempre que no impliquen un cambio de tipificación y que exista una coincidencia básica entre la acusación y los hechos acreditados en la sentencia. Es ajena a esa limitación, al no infringir los principios acusatorio y de contradicción, cuando la Sala sentenciadora aprecie circunstancias referidas a la participación de los imputados o a los diferentes grados de la ejecución delictiva, pues su apreciación no importa una modificación de los hechos esenciales de la acusación y, en esos casos, el Tribunal está sometido al principio de legalidad por el que ante un hecho concreto debe aplicar la norma que corresponda aún en contra de la pedida erróneamente por la acusación. En estos supuestos siempre se da una homogeneidad delictiva].

La calificación jurídica del hecho también debe ajustarse a la acusación; no es posible modificarla al no ser ajena al debate contradictorio [primer extremo del apartado dos del citado artículo 285º-A de la Ley Procesal Penal], aunque, como se ha dejado expuesto, es de tener en cuenta el alcance del objeto del debate –las partes están en condiciones de fijar líneas jurídicas alternativas que el Tribunal ha de valorar–. Ha declarado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la sentencia Delcourt contra Francia, del diecisiete de enero de mil novecientos setenta, reiterada en la sentencia Colak del seis de diciembre de mil novecientos ochenta y ocho, que 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.

- 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 sólo 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.

Las denominadas circunstancias modificativas” son, como se sabe, elementos fácticos accidentales del delito, contingentes o no esenciales, que no pueden servir de fundamento al injusto o a la culpabilidad, cuya función es concretar con mayor énfasis la conducta de los individuos y precisar mucho más el grado de responsabilidad penal en orden a la determinación de la pena a imponer.

La tipificación del hecho punible –el título de imputación– también puede ser alterada de oficio, ya sea porque exista un error en la subsunción normativa según la propuesta de la Fiscalía o porque concurra al hecho una circunstancia modificativa específica no comprendida en la acusación, casos en los que resulta imprescindible cambiar el título de condena.

En ambos casos el referido artículo 285º-A del Código de Procedimientos Penales exige que el Tribunal lo indique a las partes, específicamente al acusado –que es lo que se denomina plantear la tesis”–, y le conceda la oportunidad de pronunciarse al respecto, al punto que se autoriza a este último a solicitar la suspensión de la audiencia y el derecho de ofrecer nuevos medios de prueba. Aquí se concreta, como es obvio, el derecho de contradicción como sustento del derecho de previo conocimiento de los cargos.

- 12.** Si bien es posible que el Tribunal dicte una sentencia apartándose de los exactos términos de la acusación, esa posibilidad requiere del cumplimiento de determinados requisitos. La norma procesal últimamente invocada impone al Tribunal que de oficio plantee la tesis de desvinculación en los dos supuestos habilitados: nueva

tipificación e incorporación de circunstancias agravantes. Es evidente que 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.

Tratándose del supuesto de modificación de la calificación jurídica, y aún 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, como regla básica del principio acusatorio, 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.

III. DECISIÓN

13. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; por unanimidad;

ACORDÓ:

14. **ESTABLECER** como doctrina legal, conforme a los fundamentos jurídicos ocho a doce, que el Tribunal, sin variar o alterar sustancialmente el hecho punible objeto de acusación, puede plantear la tesis de desvinculación. Ésta 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.
15. **PRECISAR** que el principio jurisprudencia que contiene la doctrina legal antes mencionada debe ser invocado por los Magistrados de todas las instancias judiciales, sin

perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

16. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el Diario Oficial eEl Peruano". Hágase saber.

Ss.

SALAS GAMBOA
SIVINA HURTADO
SAN MARTÍN CASTRO
VILLA STEIN
PRADO SALDARRIAGA
RODRÍGUEZ TINEO
LECAROS CORNEJO
VALDEZ ROCA
MOLINA ORDOÑEZ
PRÍNCIPE TRUJILLO
SANTOS PEÑACALDERÓN CASTILLO
ROJAS MARAVÍ
URBINA GANVINI

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIAS

ACUERDO PLENARIO N° 5-2007/CJ-116

CONCORDANCIA JURISPRUDENCIAL. ART. 116º TUO LOPJ

ASUNTO: La *non reformatio in peius* y modificación de otras circunstancias siempre que no se modifique la pena (artículo 300º CPP)

Lima, dieciséis de noviembre de dos mil siete.

Los Vocales de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisprudencial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo veintidós del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1. Las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, acordaron realizar un Pleno Jurisdiccional de los Vocales de lo Penal, a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto por los artículos 22º y 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.
2. Para estos efectos, con carácter preparatorio, se delimitó el ámbito de las Ejecutorias Supremas que correspondían analizar y se aprobó revisar las decisiones dictadas en 2006. A continuación, el Equipo de Trabajo designado al efecto, bajo la coordinación del señor San Martín Castro, presentó a cada Sala un conjunto de Ejecutorias que podían cumplir ese cometido. Las Salas Permanente y Transitorias, en sesiones preliminares, individual y en conjunto, resolvieron presentar al Pleno las Ejecutorias que estimaron procedentes, y que constan las carpetas de discusión y materiales que se distribuyeron a cada uno de los señores Vocales Supremos de lo Penal.
3. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia otras Ejecutorias Supremas que analizan y deciden sobre la *non reformatio in peius* y la modificación de otras circunstancias siempre que no se modifique la pena –artículo 300º del Código de Procedimientos Penales–, en especial las recaídas en los Recursos de Nulidad N° 945-2007, y N° 1307-2007, del 4 y 6 de septiembre de 2007.

4. En tal virtud, se resolvió invocar el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. Dada la complejidad y especiales características del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en las Ejecutorias Supremas analizadas, se decidió redactar un Acuerdo Plenario incorporando los fundamentos jurídicos correspondientes necesarios para configurar una doctrina legal y disponer su carácter de precedente vinculante.
5. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Se designó como ponente al señor Lecaros Cornejo, quien expresa el parecer del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

6. El artículo 300º del Código de Procedimientos Penales, modificado por el Decreto Legislativo número 959, establece el ámbito del recurso de nulidad y señala que:
 - 1) Si el recurso de nulidad es interpuesto por uno o varios sentenciados, la Corte Suprema sólo puede confirmar o reducir la pena impuesta (*reformatio in peius*) y pronunciarse sobre el asunto materia de impugnación.
 - 2) Las penas o las medidas de seguridad impuestas a los sentenciados que no hayan sido objeto de recurso de nulidad, sólo podrán ser modificadas cuando les sea favorable.
 - 3) Si el recurso de nulidad es interpuesto por el Ministerio Público, la Corte Suprema podrá modificar la pena o medida de seguridad impugnada, aumentándose o disminuyéndola, cuando ésta no corresponda a las circunstancias de la comisión del delito.
 - 4) [...].
 - 5) [...].
 - 6) Los criterios establecidos en los numerales precedentes serán de aplicación a los recursos de apelación interpuestos en el proceso sumario previsto en el Decreto Legislativo N° 124 y en todos los demás procedimientos establecidos por la ley.”
- 7) La prohibición de “reforma peyorativa”, significa, según Claus Roxin, que la sentencia no puede ser modificada en perjuicio del acusado, en la clase y extensión de sus consecuencias jurídicas, cuando sólo ha recurrido el acusado o la Fiscalía a su favor (*Derecho Procesal Penal*, Editores Del Puerto, Buenos Aires, dos mil, página cuatrocientos cincuenta y cuatro). La interdicción de la *reformatio in peius* forma parte del régimen de garantías legales de los recursos, en cuya virtud los pronunciamientos de la sentencia que no hayan sido impugnados por las partes –en especial por la parte recurrente– quedan excluidos de toda posibilidad de revisión por parte del órgano jurisdiccional superior, por consiguiente, no es posible un pronunciamiento más gravoso para el recurrente, salvo si corresponde mejorar su situación jurídica

[está demás reiterar que la sentencia que resuelve el recurso debe respetar en todo caso los límites de la correlación entre la acusación y el fallo de la sentencia que se exige para la instancia anterior]. Como tal, esa limitación está conectada, de un lado, al derecho a la tutela jurisdiccional, y, de otro, al derecho de defensa, en su vertiente negativa de prohibición de la indefensión. Su incumplimiento no es otra cosa que una modalidad de incongruencia procesal; si el Tribunal revisor modifica la sentencia de oficio, en perjuicio y sin audiencia y contradicción del recurrente, vulnera ostensiblemente no sólo el derecho de defensa –se vulnera el principio de contradicción en la medida que se excede de los términos del debate recursal–, tergiversa el propio derecho al recurso e infringe el principio acusatorio, que exige que el Tribunal debe obrar con respeto y dentro del marco de las peticiones señaladas por el recurrente y se erige, en puridad, en el verdadero fundamento de dicha institución, conectada a su vez con la garantía de la correlación entre acusación y sentencia que deriva de aquél –de ahí que integra el contenido esencial del debido proceso penal–. En ese caso existe una notoria falta de correspondencia entre la argumentación del recurso y los fundamentos jurídicos de la sentencia impugnada.

8. Con esa premisa es del caso analizar si en el supuesto que el recurso impugnativo haya sido interpuesto sólo por el imputado o por la Fiscalía en su defensa, la Sala revisora puede, según el caso:
 - A. Variar el grado de consumación del delito (de tentativa a delito consumado)
 - B. Variar el grado de participación (por ejemplo de cómplice secundario a cómplice primario o instigador o autor)
 - C. Variar la pena de principal a accesoria o viceversa.
 - D. Integrar el fallo con una pena principal o accesoria prevista en la Ley y no impuesta en la sentencia.
 - E. Integrar el fallo con el plazo de la pena de inhabilitación o el monto de la multa cuando la sentencia recurrida los ha omitido.
 - F. Integración del fallo disponiendo el tratamiento terapéutico a que se refiere el artículo 178-A del Código Penal.
9. En lo pertinente a los puntos A, B y C del fundamento jurídico anterior se tiene que tomar en cuenta que mientras no se modifique lesivamente el **quantum** de la pena, es posible variar el grado de consumación, el grado de participación del agente así como la calificación de la pena de accesoria a principal o viceversa. Para ello se requiere que se establezca motivadamente la existencia de un error de apreciación jurídica en la sentencia recurrida. El único límite para el Tribunal de revisión es que no se varíe negativamente la clase y extensión de las consecuencias jurídicas. La subsanación del error en que incurrió la sentencia impugnada no debe perjudicar la situación jurídica del imputado recurrente ni comprometer lesivamente el ámbito de la ejecución penal.

Con respecto a la pena de inhabilitación es de precisar que ésta puede ser principal o accesoria –así, artículo 37º del Código Penal–, así como que la inhabilitación accesoria se extiende por igual tiempo que la pena principal [artículo 39º del Código Penal],

mientras que la inhabilitación impuesta como pena principal se extiende de seis meses a cinco años [artículo 38º del Código Penal]. En consecuencia, y bajo los criterios ya establecidos, más allá de los supuestos en que resulta menester su imposición –diferentes, según se trate de inhabilitación principal o accesoria–, la variación de esa pena, a principal o accesoria según el caso, cuyos alcances a los derechos objeto de restricción no presentan diferencias entre ambas clases de penas– en uno u otro caso será factible siempre que el resultado final no redunde en perjuicio del recurrente.

10. Es importante destacar, respecto del contenido o alcance de la *non reformatio in peius*, que un posible cambio en la calificación jurídica de los hechos por el Tribunal de revisión será factible si: a) en aras del derecho a ser informado de la acusación se dé conocimiento de la alteración al recurrente con el objeto de que éste pueda contradecirla –los agravios del recurso comprendan ese debate–; y, b) que el cambio no conlleve un aumento de la pena o un cambio del tipo de pena que le suponga perjuicio. Es obvio que el cambio de calificación no puede suponer en ningún caso la introducción de nuevos hechos ni la alteración esencial de lo que constituyeron el objeto del proceso en primera instancia.
11. Otra solución debe darse cuando el Tribunal de Instancia no impone una pena que la ley establecía para el caso juzgado. Cuando, ilegalmente, se omite establecer una de las penas conjuntas: multa o inhabilitación, por ejemplo. Salvo el caso de la omisión en la fijación de cuantías o tiempos determinados, cuyo límite en esos casos corresponde al petitorio de las partes, delimitados legalmente pero sin exceder el ámbito del recurso –principio acusatorio–, no es posible que de oficio, sin contradicción y en perjuicio del imputado, más allá de su legalidad, el Tribunal revisor integre el fallo recurrido. Hacerlo importaría modificar la pena en la extensión de sus consecuencias jurídicas, lo que está prohibido por el indicado principio.

El recurso es una garantía primordial destinada a revisar, a instancia del afectado una resolución judicial –principio dispositivo– en aquellos ámbitos expresamente cuestionados–principio *tantum devolutum quantum appellatum*–, que como tal limita la competencia del Tribunal de revisión no alterar el resultado final en perjuicio del recurrente.

En estos casos, como el principio analizado –de relevancia constitucional– impide al Tribunal de revisión modificar de oficio la sentencia agravando las consecuencias jurídicas si sólo fue el apelante el condenado prevalece incluso respecto del de estricta sumisión del Juez a la Ley para corregir de oficio en la alzada errores evidentes en la aplicación de la misma en la sentencia. Hacerlo importaría agravar la situación jurídica del recurrente como consecuencia de su propio recurso con serio riesgo a la seguridad jurídica.

12. No vulnera el principio de interdicción de la reforma peyorativa cuando el Tribunal de Revisión integra el fallo de instancia e impone la medida de tratamiento terapéutico en los delitos contra la libertad sexual [artículo 178º-A del Código Penal, incorporado por la Ley número veintiséis mil doscientos noventitrés]. El tratamiento terapéutico es una medida de seguridad, no es una pena. Su objetivo es la facilitación de la readaptación social del condenado, y como no altera el sentido de la sanción ni la

modifica lesivamente en lo que respecta a su extensión o intensidad represiva, no puede afectarle la interdicción de la reforma peyorativa. En consecuencia, como no importa una agravación del entorno jurídico del imputado, la integración del fallo y su incorporación al mismo, no sólo es posible sino necesario.

III. DECISIÓN

13. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; por unanimidad;

ACORDARON:

14. **ESTABLECER** como doctrina legal, conforme a los fundamentos jurídicos ocho a doce, que el Tribunal, puede en el supuesto que el recurso impugnativo haya sido interpuesto sólo 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 aún cuando la ley penal la establezca.
14. **PRECISAR** que el principio jurisprudencial que contiene la doctrina legal antes mencionada debe ser invocado por los Magistrados de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.
15. **PUBLICAR** el presente Acuerdo Plenario en el Diario Oficial eEl Peruano". Hágase saber.

S.S.
SALAS GAMBOA
SIVINA HURTADO
SAN MARTÍN CASTRO
VILLA STEIN
PRADO SALDARRIAGA
RODRÍGUEZ TINEO
LECAROS CORNEJO
VALDEZ ROCA
MOLINA ORDÓÑEZ
PRÍNCIPE TRUJILLO
SANTOS PEÑA
CALDERÓN CASTILLO
ROJAS MARAVÍ
URBINA GANVINI

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ
IV PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE,
TRANSITORIAS Y ESPECIAL**

ACUERDO PLENARIO N° 5-2008/CJ-116

**CONCORDANCIA JURISPRUDENCIAL
ART. 116º TUO LOPJ**

ASUNTO: Nuevos alcances de la conclusión anticipada.

Lima, dieciocho de julio de dos mil ocho.–

Los Vocales de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente, Transitorias y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisprudencial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1. Las Salas Penales Permanente, Transitorias y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, y a instancia del Centro de Investigaciones Judiciales, acordaron realizar el IV Pleno Jurisdiccional de los Vocales de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.
2. Para estos efectos se realizaron reuniones preparatorias sucesivas para delimitar el ámbito de las materias que debían abordarse. Se decidió tomar como referencia la labor jurisdiccional de las Salas Penales de la Corte Suprema en los dos últimos años judiciales y el conjunto de preocupaciones de la judicatura nacional, expresadas en decisiones recurridas, sobre aspectos jurídicamente sensibles del diario quehacer judicial. En tal virtud, con el apoyo de la Secretaría Técnica designada al efecto –órgano de apoyo encargado, asimismo, de la elaboración de los materiales de trabajo–, se definió la agenda del IV Pleno Jurisdiccional Penal, concretándose los temas, de derecho penal y procesal penal, que integrarían el objeto de los Acuerdos Plenarios. A su vez se designó a los señores Vocales Supremos encargados de preparar las bases de la discusión de cada punto sometido a deliberación y de elaborar el proyecto de decisión.

Además, se estableció que el Vocal Supremo designado sería el ponente del tema respectivo en la sesión plenaria y encargado de redactar el Acuerdo Plenario correspondiente.

3. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia las Ejecutorias Supremas que analizan y deciden sobre la conclusión anticipada del debate oral, previsto en el artículo 5º de la Ley número 28122. Específicamente resolvió abordar la institución procesal de la conformidad; y, en concreto, la oportunidad procesal para acogerse a la conformidad, las posibilidades existentes para declarar la conformidad parcial, la convocatoria como testigo del imputado conformado, el alcance de los efectos vinculantes de la conformidad del acusado, la medición de la pena en relación con la conformidad y la confesión, y la conformidad y el objeto civil del proceso penal.
4. En cumplimiento a lo debatido y acordado en las reuniones preparatorias se determinó que en la sesión plenaria se procedería conforme a lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. Dada la complejidad y singulares características del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en las diversas Ejecutorias Supremas que se invocaron como base de la discusión, se decidió redactar el presente Acuerdo Plenario e incorporar con la amplitud necesaria los fundamentos jurídicos correspondientes para configurar una doctrina legal que responda a las preocupaciones anteriormente expuestas. Asimismo, se resolvió decretar su carácter de precedente vinculante, en concordancia con la función de unificación jurisprudencial que le corresponde a la Corte Suprema de Justicia como cabeza y máxima instancia jurisdiccional del Poder Judicial.
5. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad [con un voto en contra respecto al primer y cuarto punto de la decisión], se emitió el presente Acuerdo Plenario. Se ratificó como ponente al señor SAN MARTÍN CASTRO, quien expresa el parecer del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. *La conformidad. Alcances generales.*

6. El artículo 5º de la Ley número 28122 incorporó al ordenamiento procesal penal nacional la institución de la conformidad, de fuente hispana. En su virtud, estipuló que una vez que el Tribunal de mérito inste al acusado si acepta ser autor o partícipe del delito materia de la acusación y responsable de la reparación civil, si se produce su confesión, luego de la formal y expresa aceptación de su abogado defensor, se declarará la conclusión anticipada del debate oral y se emitirá, en el plazo correspondiente, la sentencia conformada respectiva.

Sólo será posible, al margen de la denominada “Econformidad absoluta” [hechos, responsabilidad penal, pena y reparación civil; es decir, la declaración de culpabilidad del imputado no se limita al hecho, también alcanza a las consecuencias jurídicas], pero siempre en ese marco de aceptación de los cargos, un cuestionamiento y ulterior debate procesal, que incluirá lectura de medios probatorios –prueba instrumental y

alguna diligencia documentada preconstituida–, acerca de la pena y reparación civil –de su entidad o de su cuantía– (conformidad limitada o relativa”).

Asimismo, el numeral 4) del citado precepto, a diferencia de la fuente española, autoriza la ruptura de la continencia de la causa para dar lugar a una conformidad parcial”, según algún o algunos acusados la acepten y otros no, posibilidad condicionada a que c...*la Sala estime que [no] se afectaría el resultado del debate oral*”.

7. La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, en la Ejecutoria Suprema Vinculante número 1766-2004/Callao, del veintiuno de septiembre de dos mil cuatro, (1) diferenció lo que debe entenderse por dconfesiónc como medio de prueba y confesiónc como admisión de los cargos contenidos en la acusación fiscal de cara a la conformidad procesal, más allá de que la Ley utilizó el mismo vocablo para ambas instituciones. Igualmente, (2) afirmó la potestad del Tribunal, con independencia de la posición adoptada por el imputado y su defensa –si opta por la conformidad absoluta o la conformidad limitada– de poder fijar la pena con arreglo a los principios de legalidad y proporcionalidad –siempre, claro está, que no rebase el pedido de pena del Ministerio Público, pues ese límite se corresponde con una de las características favorables de esa institución–. También (3) reconoció que el Tribunal de mérito, si advierte que el hecho aceptado es atípico o resulta manifiesta la concurrencia de cualquier circunstancia determinante de la exención de responsabilidad penal o de su preceptiva atenuación, puede dictar la sentencia que corresponda.

Por otro lado, dicha Sala en la Ejecutoria Suprema Vinculante número 2206-2005/Ayacucho, del doce de julio de dos mil cinco, precisó que las sentencias conformadas no están precedidas del veredicto o rcuestiones de hecho”, y aclaró que la aplicación del artículo cinco de la Ley número veintiocho mil ciento veintidós genera un procedimiento en el que no existe actividad probatoria alguna dirigida a verificar las afirmaciones de las partes.

8. El aspecto sustancial de la institución de la conformidad, tal como está regulado en la Ley antes citada, estriba en el reconocimiento, aunque con características singulares, del principio de adhesión en el proceso penal. La conformidad tiene por objeto la pronta culminación del proceso –en concreto, del juicio oral– a través de un acto unilateral del imputado y su defensa de reconocer los hechos objeto de imputación, concretados en la acusación fiscal, y aceptar las consecuencias jurídicas penales y civiles correspondientes.

Este acto procesal tiene un carácter expreso y siempre es unilateral –no es un negocio procesal, salvo la denominada Econformidad premiada” establecida en el artículo 372º, apartado 2), del nuevo Código Procesal Penal, en cuanto prescribe c...*el acusado también podrá solicitar por sí o a través de su abogado conferenciar previamente con el Fiscal para llegar a un acuerdo sobre la pena ...*–. Además, es un acto unilateral de disposición de la pretensión, claramente formalizado, efectuado por el acusado y su defensa –de doble garantía–, que importa una renuncia a

la actuación de pruebas y del derecho a un juicio público, que a su vez genera una expectativa de una sentencia conformada –en buena cuenta, constituye un acto de disposición del propio proceso, al renunciar a los actos del juicio oral, y del contenido jurídico material de la sentencia, al convenir, desde ya, la expedición de una sentencia condenatoria en su contra–.

- 9.** Lo expuesto significa, desde la estructura de la sentencia y de la función que en ese ámbito corresponde al órgano jurisdiccional, que los hechos no se configuran a partir de la actividad probatoria de las partes –ese período del juicio oral, residenciado en la actuación de los medios de prueba, sencillamente, no tiene lugar–. Los hechos vienen definidos, sin injerencia de la Sala sentenciadora, por la acusación con la plena aceptación del imputado y su defensa.

La sentencia, entonces, no puede apreciar prueba alguna, no sólo porque no existe tal prueba, al no ser posible que se forme a partir de una específica actividad probatoria, por lo demás inexistente, sino además porque la ausencia del contradictorio y el propio allanamiento de la parte acusada no autoriza a valorar los actos de investigación y demás actuaciones realizadas en la etapa de instrucción. Se da en este caso una “predeterminación de la sentencia”.

La sentencia, en la medida en que está precedida de un acto procesal de aceptación de los hechos, tanto en el plano objetivo como subjetivo, y de su relevancia jurídico penal, con las consecuencias que le son propias, sólo puede apreciar desde el imputado la libertad, la voluntariedad –sin vicios del consentimiento–, la plena capacidad –si tiene o no limitadas sus capacidades intelectivas– y el conocimiento racional e informado de la naturaleza de la acusación que acepta, de la limitación o restricción de sus derechos e intereses legítimos, derivados de una declaración judicial de culpabilidad y de la consiguiente imposición de una sanción penal y reparación civil, así como de los derechos e instrumentos de defensa a los que está renunciando. Ello obliga al Tribunal, como paso inicial de su poder de apreciación de la aceptación de los cargos y acogimiento a la conformidad, no sólo a un examen de las características y situación del propio imputado, sino al previo ejercicio de su deber de instrucción; es decir, de informar objetivamente los alcances de la institución de la conformidad, sin formular promesas o condicionar la respuesta del imputado a un determinado tratamiento procesal o punitivo, en el entendido que una desviación de ese deber entrañaría una restricción irrazonable o una promesa indebida que viciaría el consentimiento con la consiguiente ineeficacia de la conformidad.

- 10.** Superado ese nivel de control, el Tribunal no puede mencionar, interpretar y valorar acto de investigación o de prueba preconstituida alguna, desde que el imputado expresamente aceptó los cargos y renunció a su derecho a la presunción de inocencia, a la exigencia de prueba de cargo por la acusación y a un juicio contradictorio.

Los fundamentos de hecho o juicio histórico de la sentencia, en suma, no se forman como resultado de la valoración de la prueba, sino le vienen impuestos al juez por

la acusación y la defensa, a través de un acto de allanamiento de esta última, que son vinculantes al Tribunal y a las partes. El relato fáctico aceptado por las partes no necesita de actividad probatoria, ya que la conformidad excluye toda tarea para llegar a la libre convicción sobre los hechos. Por consiguiente, el órgano jurisdiccional no puede agregar ni reducir los hechos o circunstancias que han sido descritos por el Fiscal en su acusación escrita y aceptados por el acusado y su defensa, pues ello implicaría revisar y valorar actos de aportación de hechos, excluidos por la propia naturaleza de la conformidad procesal.

En consecuencia, es inaceptable que el Tribunal se pronuncie sobre la no presencia de pruebas, pues la conformidad del acusado –es de insistir– supone que ha quedado fijado el elemento fáctico, sin que exista propiamente prueba al no mediar juicio derivado de tal apreciación de hechos [es una previsión lógica precisamente por la inexistencia de prueba en este momento procesal]. Ello, además, provocaría una indefensión a las partes frente al Tribunal sentenciador por introducir un tema que no fue objeto de discusión, y rebasar la vinculación fáctica que la institución importa (*vinculatio facti*).

2. Oportunidad procesal de la conformidad

11. La oportunidad procesal en que tiene lugar la conformidad está claramente estipulada en la Ley Procesal Penal. El emplazamiento al imputado y su defensa, de cara a la posible conformidad, constituye un paso necesario del período inicial del procedimiento del juicio oral. Su definición determinará si se pone fin al acto oral con la inmediata expedición de una sentencia conformada, evitándose el período probatorio y, dentro del período decisorio, el paso de alegato de las partes respecto a la actividad probatoria desarrollada en el juicio –obviamente inexistente cuando se produce la conformidad procesal–.

En atención a que una de las notas esenciales de la conformidad, como acto procesal, es su carácter formal, debe cumplir con las solemnidades requeridas por la ley. Si la conformidad procesal persigue evitar el procedimiento probatorio del juicio oral en aras de la inmediata finalización de la causa, es obvio que una vez que se emplazó al imputado y su defensa para que se pronuncien acerca de los cargos objeto de acusación, y ambos se expresaron negativamente al respecto, ya no es posible retratarse luego que se dio inicio formal al período probatorio.

Extraordinariamente pueden presentarse, sin duda, algunas excepciones a esa regla general, uno de cuyos motivos podría ser la concurrencia de vicios procedimentales o vicios en el emplazamiento o en la respuesta del imputado o de su defensa. Pero la condición o límite necesario siempre estará definido por la apertura y entrada al período probatorio que consolida la lógica contradictoria del juicio oral, esto es, con el inicio efectivo del examen o declaración del imputado, como primer paso de la actuación probatoria. La exigencia del cumplimiento del trámite de conformidad antes de la práctica de la prueba evita, precisamente, que pueda optarse por esa

institución a partir de la fuerza o sentido indicativo de algunas de las diligencias acreditativas practicadas o por realizarse; y, con ello, impedir conductas fraudulentas o especulativas.

3. La conformidad parcial. Reglas de ruptura de la unidad del juicio

- 12.** La Ley acepta la posibilidad de una conformidad parcial". Es factible que en una causa que se sigue contra una pluralidad de imputados, unos se acojan a la conformidad y otros la rechacen. A partir de ese reconocimiento, el numeral 4) del artículo 5º de la Ley número 28122, estatuye que: ***Si son varios acusados y solamente confiesa una parte de ellos, con respecto a éstos, se aplicará el trámite previsto y se expedirá sentencia, prosiguiéndose la audiencia con los no confesos,...***". No hay lugar a dudas y, como tal, la norma debe cumplirse irremediablemente.

La Ley, empero, autoriza a no aceptar la conformidad parcial cuando "...***la Sala estime que se afectaría el resultado del debate oral***" –parte final del citado numeral 4) del artículo 5º de la Ley número 28122–. La interpretación de esa frase, de cara a los derechos de los imputados, conformados y no conformados, debe atender a los fines de la institución –uno de los cuales es el principio de aceleramiento procesal y el otro es el derecho a un juicio sin dilaciones indebidas para el conformado– y a la meta de esclarecimiento del proceso penal, aspecto último en que tendrá una especial relevancia las características de los cargos objeto de dilucidación y la posición que sobre ellos han adoptado las partes acusadas.

- 13.** Si se tiene en cuenta que el imputado conformado acepta o reconoce los hechos que se le atribuyen y que sobre su acaecimiento no cabe discusión, observación o debate alguno –***vinculatio facti***–, de suerte que el órgano jurisdiccional se limita a incorporarlos como tal en la sentencia conformada, en principio, no existe obstáculo procesal para que la situación jurídica de un imputado se resuelva mediante una sentencia conformada y, finalizado ese trámite, prosiga la causa para dilucidar la situación jurídica de los imputados no conformados, aún cuando se trate del mismo hecho o delito –***conexidad objetiva*** o, mejor dicho, pluralidad de objetos desde el punto de vista subjetivo–; es decir, cuando se les atribuya cargos por autoría, instigación o complicidad de un mismo hecho delictivo, y estén presentes en la audiencia. Cabe puntualizar que en el proceso penal no existe la figura del ***litis consorcio pasivo necesario***, pues la posición de cada imputado se considera con total independencia de los otros –no hay comunidad de suerte para todos los copartícipes, la responsabilidad penal es siempre individual–, a cuyo efecto se entiende que en sede penal existirán tantas pretensiones cuantas personas se les haya de dirigir contra ellas la acusación.

El presupuesto de un juzgamiento independiente estará presente, que es la perspectiva normal de una acusación, cuando existan elementos fácticos para enjuiciar el delito con autonomía y juzgar separadamente a cada imputado. Si se presentan estas condiciones, entonces, cabe individualizar la responsabilidad que se

atribuye a cada copartícipe, por lo que el órgano judicial estará facultado a decidir sin necesidad de contar con la voluntad concurrente de los restantes copartícipes.

En suma, si los hechos están clara y nítidamente definidos en la acusación, si el relato fáctico delimita perfectamente los roles y la conducta específica que realizó cada copartícipe, no existe problema alguno para ese tratamiento autónomo, en cuya virtud no se,...*afectaría el resultado del debate oral*".

4. Imputado conformado y declaración en el juicio contradictorio

- 14.** Si, como es legalmente posible, cabe la "conformidad parcial", es del caso decidir si el imputado que aceptó los cargos, y contra quien se expidió una sentencia conformada, está en aptitud de declarar en el juicio que continúa con los restantes acusados que invocaron, con plena legitimidad, su derecho a la contradicción de la imputación.

En principio, si bien las declaraciones de los coencausados por su participación en los mismos hechos no están específicamente reguladas como medio de prueba en el Código de Procedimientos Penales –aunque indirectamente otras leyes, materiales y procesales, hacen referencia a su declaración–, lo cierto es que no está prohibida: los datos que aquél pueda proporcionar, en sí mismos, no vulneran garantías o derechos de ninguna parte procesal y pueden contribuir a esclarecer los cargos. Por lo demás, en señal de su aceptación y valorabilidad, tanto la jurisprudencia vinculante de este Supremo Tribunal –Acuerdo Plenario número 2-2005/CJ-116, del treinta de septiembre de dos mil cinco– como, por ejemplo, el nuevo Código Procesal Penal –artículo ciento cincuentiocho, apartado dos– señalan pautas para apreciar el testimonio que aquéllos pueden presentar cuando atribuyen participación criminal a otras personas en los mismos hechos en que resultaron involucrados. No es razonable negar a priori la importancia y utilidad que puede importar a la justicia las declaraciones de las personas a quienes se atribuyen la comisión de delitos con la participación de otras, ello sin perjuicio de la desconfianza o sospechas que merezca su versión y, por tal motivo, de los ulteriores controles y especiales cuidados que exija el juicio de fiabilidad o credibilidad respectivo.

En consecuencia, más allá de las dificultades que entraña la actuación y la apreciación del testimonio del coacusado, de naturaleza híbrida entre la testimonial –al que se parece en cuanto a los modos y a los medios de convocatoria del interesado– y la declaración como imputado –en orden a sus garantías formales–, tal como ha sido definido por la Casación Italiana [Sentencia del tres de junio de mil novecientos ochenta y seis], su admisibilidad está plenamente consolidada, tanto más si no es de negar que la información que puede brindar en el juicio está basada en un conocimiento extraprocesal de los hechos objeto de acusación, de la cual el juzgador puede extraer elementos necesarios para la formación de su convicción en orden a la participación en el hecho delictivo del sujeto o sujetos distintos del que depone.

15. El coimputado, respecto de un testigo, es obvio decirlo, tiene una distinta posición procesal a la que van aparejadas una serie de derechos y obligaciones, como sería la obligación de veracidad para los testigos y el derecho al silencio de los coimputados. El criterio de delimitación –entre testigo e imputado– que es de asumir sobre el particular es el de la “Ealteridad” de quien declara respecto de los sujetos que intervienen en el proceso: del órgano jurisdiccional y de las partes, esto es, de su diferente posición en el proceso penal. Como el coimputado ostenta el status formal de imputado y presta declaración en esa condición, como parte procesal, en consecuencia, el **régimen jurídico** de su declaración debe ser el de acusado. Esa es la regla general.

Ahora bien, en función de ese mismo criterio, y trasladando el análisis al caso que nos ocupa, fijado el enjuiciamiento por separado entre imputados conformados y no conformados, el régimen jurídico respecto del cual han de ser sometidos variará si los últimos, al momento de su declaración, son ajenos o no al proceso, si están o no excluidos del mismo. Expedida una sentencia de conformidad, en tanto haya adquirido firmeza, los citados copartícipes y condenados ya no son parte –han sido excluidos del ulterior juicio–; además, están protegidos por la cláusula del **ne bis in idem**, en cuya virtud la sentencia conformada no puede anularse ni ser revisada en su perjuicio. Siendo así, el régimen jurídico que le son aplicables 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 [en igual situación estarán, desde luego, coimputados sobreseyéndose o absueltos con anterioridad]. Otra cosa, por cierto, que permanece latente, son las sospechas que puedan merecer sus declaraciones.

5. **Efectos vinculantes de la conformidad**

16. Ante una conformidad, en virtud a los intereses en conflicto, la posición del Tribunal como destinatario de esa institución, no puede ser pasiva a los efectos de su homologación; existe cierto margen de valoración que el juez debe ejercer soberanamente. Si bien está obligado a respetar la descripción del hecho glosado en la acusación escrita –vinculación absoluta con los hechos o inmodificabilidad del relato fáctico (**vinculatio facti**)–, por razones de legalidad y justicia, puede y debe realizar un control respecto de la tipicidad de los hechos, del título de imputación, así como de la pena solicitada y aceptada, por lo que la vinculación en esos casos (**vinculatio criminis** y **vinculatio poena**) se relativiza en atención a los principios antes enunciados. El juzgador está habilitado para analizar la calificación aceptada y la pena propuesta e incluso la convenida por el acusado y su defensa: esa es la capacidad innovadora que tiene frente a la conformidad procesal.

En tal virtud, respetando los hechos, el Tribunal está autorizado a variar la configuración jurídica de los hechos objeto de acusación, es decir, modificar cualquier aspecto jurídico de los mismos, dentro de los límites del principio acusatorio y con pleno respeto

del principio de contradicción [principio de audiencia bilateral]. Por tanto, la Sala sentenciadora puede concluir que el hecho conformado es atípico o que, siempre según los hechos expuestos por la Fiscalía y aceptados por el acusado y su defensa técnica, concurre una circunstancia de exención –completa o incompleta– o modificativa de la responsabilidad penal, y, en consecuencia, dictar la sentencia que corresponda.

El ejercicio de esta facultad de control y la posibilidad de dictar una sentencia absolutoria –por atipicidad, por la presencia de una causa de exención de la responsabilidad penal, o por la no concurrencia de presupuestos de la punibilidad– o, en su caso, una sentencia condenatoria que modifique la tipificación del hecho, el grado del delito, el título de participación y la concurrencia de las circunstancias eximentes incompletas o modificativas de la responsabilidad penal, como es obvio, en aras del respeto al principio de contradicción –que integra el contenido esencial de la garantía del debido proceso–, está condicionada a que se escuche previamente a las partes procesales [en especial al acusador, pues de no ser así se produciría una indefensión que le lesionaría su posición en el proceso], a cuyo efecto el Tribunal debe promover un debate sobre esos ámbitos, incorporando los pasos necesarios en la propia audiencia, para decidir lo que corresponda. Es evidente, que el Tribunal no puede dictar una sentencia sorpresiva en ámbitos jurídicos no discutidos por las partes [interdicción de resolver **inaudita parte**].

La posibilidad de introducir, jurídicamente, determinadas circunstancias no incorporadas en la acusación –sólo desde sus perfiles jurídicos, mas no fácticos– y dictar una sentencia conformada, siempre es compatible con un control **in bonam partem**, respecto del que sólo se exige audiencia a las partes. Empero, si se advierten otros errores, tales como omisión de considerar –a partir del relato fáctico– una circunstancia agravante o la posibilidad de un tipo legal distinto, más grave, que requiere indagación, debate probatorio y discusión en sede de alegatos por todas las partes –control **in malam partem**–, sólo corresponderá denegar la conformidad y ordenar proseguir el juicio oral.

En cuanto a la individualización de la pena, el Tribunal –por configurar una tarea exclusivamente judicial, inherente a ella– tiene una amplia libertad, dentro del marco jurídico del tipo legal en cuestión [pena abstracta], para dosificarla conforme a las reglas establecidas por los artículos 45° y 46° del Código Penal, cuyo único límite, a parte de no introducir hechos no incluidos en la acusación ni aceptados por el imputado y su defensa, es no imponer una pena superior a la pedida por el Fiscal –explicable por la propia ausencia de un juicio contradictorio y la imposibilidad de formularse, por el Fiscal o de oficio, planteamientos que deriven en una pena mayor a la instada en la acusación escrita–.

Más allá del respeto a la exigencia de promover la intervención de las partes sólo cuando se presentan las circunstancias anteriormente señaladas –que importan una preceptiva aminoración de la respuesta punitiva–, vinculada a la aplicación de los artículos 14°, 15°, 16°, 21°, 22°, y 25°, segundo párrafo, del Código Penal, el Tribunal

puede proceder, motivadamente, a graduar la proporcionalidad de la pena en atención a la gravedad o entidad del hecho y a las condiciones personales del imputado.

17. Si, como se ha estipulado, procede la Sconformidad parcial” en los términos del inciso 4) del artículo 5º de la Ley número 28122, resta determinar los efectos de la sentencia conformada respecto de la sentencia expedida en el juicio contradictorio que tiene lugar inmediatamente después de culminar el trámite de conformidad.

La regla es que no existe extensión subjetiva de la eficacia de la cosa juzgada penal, la cual sólo y exclusivamente afecta a la persona contra quien se dictó el fallo correspondiente. Por esta razón lo resuelto en ella no se extiende a un tercero –a los acusados que prosiguen la causa al no acogerse a la conformidad– ni, por ende, la condena impuesta en la sentencia conformada compromete a los acusados como copartícipes del mismo hecho o que condicionan a esa decisión anterior su libertad y defensa. La falta de eficacia subjetiva de un fallo firme, dice CORTÉS DOMÍNGUEZ –entre otros–, tiene lugar incluso en aquellos supuestos **(1)** en los que sea factible hablar de relaciones o situaciones penales prejudiciales heterosubjetivas, **(2)** de interdependencia por la conexidad probatoria –unidad parcial o total en el campo fáctico de ambos supuestos enjuiciados, o **(3)** en los que un hecho jurídico declarado en una primera sentencia entra a formar parte del supuesto de hecho de la conducta delictiva que se enjuicia en un segundo proceso.

Por consiguiente, aún cuando es de valorar la existencia de la sentencia conformada, nada impedirá que sobre los hechos –si existe identidad– no sólo se realice prueba plena y total, sino que también se llegue a resultados valorativos totalmente opuestos [así, por ejemplo, Sentencia del Tribunal Supremo Español del dos de marzo de mil novecientos noventa y ocho].

18. Afirmada esta concepción, el Tribunal de mérito en el proceso incoado a continuación de la expedición de la sentencia conformada tiene libertad para decidir como corresponda en orden a la actividad probatoria desplegada y a las nuevas valoraciones que pueda realizar, incluso podría –si se cumplen los presupuestos normativos correspondientes, tanto materiales cuanto procesales– variar la tipificación del hecho o tener un juicio jurídico distinto, desde diferentes planos, que el contenido en la sentencia conformada.

Un interrogante que se abre paso en estas circunstancias es si cabe extender esa decisión, en caso sea más favorable que la sentencia conformada, para Amejorar la situación jurídica de los imputados que se acogieron a la conformidad. Ahora bien, si se tiene en cuenta que se trata de una sentencia firme, toda modificación respecto a la existencia del juicio de hecho, vinculada a la valoración de la prueba actuada en el segundo proceso, no tiene otra opción que abordarse vía acción de revisión penal. Empero, si sólo se trata de un cambio de tipificación más favorable, resta analizar si, analógicamente, podría aplicarse el artículo 322º del Código de Procedimientos Penales, que se circscribe ya no a una absolución sino a una pena atenuada.

La norma en cuestión dice: *Cuando el Tribunal Correccional o la Corte Suprema, en sus respectivos casos, fallen en una causa contra reos que fueron ausentes y en la que se expidió sentencia contra los reos presentes, podrán revisar la sentencia de los condenados, con el fin de atenuar la pena, si hubiere lugar por los datos nuevos que resulten*". Si bien, en el presente caso, no se está ante una sentencia derivada de un mismo proceso en el que primero se resolvió la causa contra reos presentes y, luego, ante la puesta a Derecho de reos ausentes, se expidió otra sentencia, obviamente distinta de la anterior en función a los datos nuevos resultantes del ulterior enjuiciamiento, lo cierto es que, al igual que aquélla, se trata de un mismo proceso que derivó en dos juzgamientos sucesivos que decidieron la situación jurídica de acusados que se encontraban en diferente posición –ya no por ausencia sino por no acogimiento a la conformidad–, en el último de los cuales surgió la presencia de datos nuevos determinantes de un cambio favorable respecto de la respuesta punitiva.

Para establecer si existe analogía entre las dos situaciones –ante la no regulación en el caso de imputados conformados y no conformados–, no sólo es de rigor advertir la semejanza o similitud de situaciones fácticas. Debe concurrir entre ambas una identidad del fundamento –la razón de ser o *ratio legis*–; deben coincidir en el caso concreto las bases o fuentes que sirven de fundamento al citado artículo 322º del Código Adjetivo. Siendo así, será del caso utilizar la denominada –analogía *legis*” como método de integración jurídica, en la medida que la regla del artículo 322º del Código Adjetivo cumpla con los requisitos antes esbozados.

Si se asume la flexibilidad necesaria para analizar la presencia de la analogía, se tiene que lo esencial de la disposición examinada es dar una respuesta atenuatoria –basada en el *favor rei*– a todos los procesos en que se juzga sucesivamente a diversos imputados cuando en el último juzgamiento se advierten datos nuevos que autorizan una solución más favorable –que es una regla jurídica de carácter general que está en la esencia del sistema punitivo–, que importe una atenuación de la pena en comparación con la primera sentencia. Tal situación, de presentarse en el sucesivo juzgamiento contra los acusados no conformados, obviamente, exigiría una extensión a los reos conformados: la igualdad esencial, de imprescindible concurrencia, es evidente.

En ambos casos se lleva a cabo un segundo enjuiciamiento y en ellos surgen nuevos datos que modifican en sentido favorable la apreciación de los hechos juzgados, por lo que ante una idéntica situación de hecho (surgimiento de nuevos datos en un segundo juzgamiento contra copartícipes) debe existir una misma respuesta jurídica.

Por lo expuesto, es de concluir que no sólo cabe que en el segundo juzgamiento las respuestas jurídicas pueden diferir con las del primer juzgamiento, sino que además es posible revisar *in bonam partem* la primera sentencia para atenuar la pena.

6. **Conformidad y confesión sincera**

19. El tema de la confesión y de la consiguiente atenuación excepcional de la pena por debajo del mínimo legal prevista para el delito cometido, tal como estatuye el artículo 136° del Código de Procedimientos Penales [dice, en lo pertinente, el citado precepto: “...**la confesión sincera debidamente comprobada puede ser considerada para rebajar la pena del confeso...**”], genera determinados problemas interpretativos y aplicativos con la institución de la .conformidad procesal”, en tanto que el texto del artículo 5°. 2) de la Ley número 28122 explícitamente hace referencia a “...**la confesión del acusado, ...**”.

La confesión, desde una perspectiva general, es una declaración autoinculpatoria del imputado que consiste en el expreso reconocimiento que formula de haber ejecutado el hecho delictivo que se le atribuye. Como declaración que es debe reunir un conjunto de requisitos externos (sede y garantías) e internos (voluntariedad o espontaneidad y veracidad –comprobación a través de otros recaudos de la causa–).

En la conformidad procesal el imputado, desde luego, admite los hechos objeto de acusación fiscal. Sólo se le pide, si así lo estima conveniente y sin necesidad de una explicación o un relato circunstanciado de los hechos –que es lo típico de una declaración ante la autoridad de cara a la averiguación de los hechos o a la determinación de las afirmaciones de las partes, según la etapa procesal en que tiene lugar–, aceptar los cargos y una precisión adicional acerca de las consecuencias jurídico penales, a fin de obtener un pronunciamiento judicial inmediato, una sentencia de conformidad. Ello ha permitido sostener a un sector de la doctrina procesalista que la conformidad es una forma de confesión prestada al inicio del juicio oral o una especie de confesión cuando concurren determinados requisitos. La conformidad consta de dos elementos materiales: **a)** el reconocimiento de hechos: una declaración de ciencia a través de la cual el acusado reconoce su participación en el delito o delitos que se les haya atribuido en la acusación; y, **b)** la declaración de voluntad del acusado, a través de la cual expresa, de forma libre, consciente, personal y formal la aceptación de las consecuencias jurídico penales y civiles derivadas del delito.

20. Empero, más allá del juicio de valorabilidad y de los criterios de apreciación de la confesión como medio de prueba –que no integra el ámbito de este Acuerdo Pleenario–, lo relevante en el presente caso consiste, de un lado, en determinar si existe equivalencia entre el artículo 5°.2 de la Ley número 28122 y el artículo 136° del Código de Procedimientos Penales, y, de otro lado, si necesariamente la invocación a la conformidad por el imputado y su defensa merecerá una pena atenuada.

En cuanto al **primer punto**, cabe decir que existe cierta coincidencia entre la regulación de la confesión como medio de prueba y el rol que cumple en las diferentes fases del procedimiento penal respecto de la conformidad, pues más allá de la no exigencia del relato circunstanciado de los hechos acusados –propio de la declaración autoinculpatoria que se da en sede preliminar, del sumario y del plenario–, se

da una declaración de ciencia por la que se reconocen los hechos atribuidos. Esto último, de cara a los efectos penológicos respectivos –de cumplirse los requisitos adicionales vinculados a la sinceridad–, permitirá apreciar confesión –conforme al citado artículo 136º del Código de Procedimientos Penales– si es que el acusado se encontraba en calidad de reo ausente y se presenta al juicio oral acogiéndose a la conformidad [aunque será del caso relativizar su entidad atenuatoria, conforme se verá más adelante, en orden a su relevancia, pues sólo se aligera –con mayor o menos nivel de profundidad– el trámite de las sesiones del plenario, sin perjuicio de reconocer que en todo caso constituye un acto de auxilio a la justicia].

Respecto al **segundo punto**, y atento al principio que informa el procedimiento de la conformidad, es posible concluir que tal acogimiento, en sí mismo, determina la aminoración de la pena. Es de tener presente, al respecto, el proceso especial de terminación anticipada, que expresa un criterio de oportunidad y se basa en el principio del consenso, que da lugar a una conclusión anticipada de la causa con una decisión final que le pone término, como es el caso de este procedimiento. En ese proceso se reconoce legalmente una consecuencia premiada, con independencia de la confesión sincera [véase la concordancia de los artículos 161º y 471º del Nuevo Código Procesal Penal en relación con el artículo 136º del Código de Procedimientos Penales].

- 21.** Cabe aclarar, desde el punto de vista de la pena, que el artículo 136º del Código de Procedimientos Penales instituye una circunstancia atenuante de carácter excepcional de la responsabilidad penal, cuya **ratio** es la facilitación del esclarecimiento de los hechos delictivos y que ésta sea relevante para efectos de la investigación de los hechos [la ley, en estos casos, premia aquellos comportamientos que, de alguna manera, contribuyen a aliviar los costes y esfuerzos de una investigación criminal: razones objetivas de utilidad para el proceso], a la par que evidencia una voluntad de colaboración, de coadyuvar a los fines del ordenamiento jurídico que contrarreste la anterior voluntad antijurídica mostrada al cometer el hecho delictivo. De esta forma se reduce los agravios que inevitablemente se producen a la víctima y aminora la tensión social que el delito ocasiona; ese solo comportamiento, se afirma por algún autor, produce un cierto restablecimiento de la armonía y del equilibrio del sistema.

Desde una perspectiva político criminal, las regulaciones que sobre la materia, tiene expuesto el Tribunal Supremo Español, buscan incitar al autor del delito a realizar una pronta confesión del hecho que permita la identificación de su autor desde el primer momento y facilite el esclarecimiento de las circunstancias más relevantes que en el mismo haya ocurrido (Sentencia número 118/92, del cuatro de febrero de dos mil dos).

Desde una perspectiva global el referido artículo 136º del Código de Procedimientos Penales, exige la sinceridad de la confesión, que equivale a una admisión (**1**) completa –con cierto nivel de detalle que comprenda, sin omisiones significativas, los hechos en los que participó–, (**2**) veraz –el sujeto ha de ser culpable sin ocultar datos relevantes del injusto investigado–, (**3**) persistente –uniformidad esencial en

las oportunidades que le corresponde declarar ante la autoridad competente– y (4) oportuna –en el momento necesario para garantizar y contribuir a la eficacia de la investigación–, a la que se aúna, a los efectos de la cuantificación de la pena atenuada, (5) su nivel de relevancia.

Es obvio, por consiguiente, que si el imputado antes, en sede de investigación, negó los cargos y, luego, llegado el momento culminante del proceso, en el juicio oral, los admite, ya nada queda por investigar, entonces, la confesión plenaria sólo podrá tener una relativa o escasa influencia en torno a la determinación e individualización de la pena, pero no puede considerarse como un elemento atenuante de la responsabilidad penal con entidad para rebajar la pena por debajo del mínimo legal.

De igual manera, si la confesión se configura por el dato objetivo de la realización de actos de colaboración útiles a la investigación del delito –a partir de la información que se proporciona–, a los efectos de la atenuación excepcional debe comprenderse en ella la investigación preliminar, en especial la policial –que por lo general es el pórtico o puerta de entrada al esclarecimiento de los hechos–. La autoridad facultada para recibir la declaración de un imputado puede ser la Policía o el Fiscal [a los solos efectos, claro está, de valorar la posibilidad de la atenuación y la utilidad de la misma de cara a los objetivos que persigue]. Es más, el artículo 1º, literal 10), de la Ley número 27934, prescribe que la Policía está autorizada a recibir la manifestación de los presuntos autores y partícipes de la comisión de los hechos investigados, y el artículo 62º del Código de Procedimientos Penales prescribe que las declaraciones en sede preliminar, llevadas a cabo con intervención del Ministerio Público, serán apreciadas conforme al artículo 283º del citado Código.

22. Si, como se ha dejado sentado, no puede equipararse de modo absoluto el artículo 136º de la Ley Procesal Penal con el artículo 5º de la Ley número 28122, ello en modo alguno impide apreciar determinados efectos atenuatorios o de reducción de la pena a quienes se acojan a la conformidad. Para ello es de invocar analógicamente el artículo 471º del nuevo Código Procesal Penal [es de aclarar que el proceso de terminación anticipada del citado Código está vigente en todo el territorio nacional]. Dicha norma prescribe: “*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*”.

La viabilidad de la analogía, con la consiguiente aplicación a la conformidad del artículo 471º del referido Código, ante la presencia de una laguna jurídica en la conformación legal del artículo 5º de la Ley número 28122, tiene lugar ante una racionalidad que es sustantivamente igual o semejante en sustancia –que no identidad– entre ambas instituciones procesales, las mismas que están sujetas a una lógica encadenada.

Los rasgos esenciales comunes entre la terminación anticipada y la conformidad procesal derivan del hecho que están incardinadas en criterios de oportunidad y de

aceptación de cargos –el principio del consenso comprende ambos institutos procesales, aunque en diferente intensidad y perspectiva–, con la consiguiente conclusión de la causa con una sentencia anticipada que pone fin al proceso, sobre la base de una disposición del imputado a la aceptación de los cargos objeto de imputación, lo que desde una perspectiva político criminal, legislativamente aceptada, determina una respuesta punitiva menos intensa. Si bien es cierto la oportunidad procesal en que se llevan a cabo, los controles judiciales que importan y la mayor intensidad de colaboración de la primera frente a la segunda, no son los mismos, tales diferencias no eliminan la semejanza existente y su común punto de partida.

Lo expuesto permite concluir que toda conformidad, si reúne los requisitos legalmente establecidos, tiene como efecto el beneficio de reducción de la pena, sin perjuicio de la confesión, que de presentarse se acumula al primero.

- 23.** El principio de proporcionalidad que informa la respuesta punitiva del Estado, la individualización de la pena, impone una atenuación menor en los supuestos de conformidad. No es lo mismo culminar la causa en sede de instrucción, poniéndole fin anticipadamente, que esperar su culminación y el inicio del juicio oral, como sucede en la conformidad por oposición a la terminación anticipada. En consecuencia, la reducción de la pena no puede llegar a una sexta parte; ha de ser siempre menor de ese término. Como se sabe el método de reducción de la pena en el caso de terminación anticipada [artículo 471º del Nuevo Código Procesal Penal] constituye un último paso en la individualización de la misma. En efecto, fijada la pena con arreglo a los artículos 45º y 46º del Código Penal –luego de haber determinado el marco penal abstracto [pena abstracta] y, a continuación, el marco penal concreto como consecuencia de diversas circunstancias modificativas de la responsabilidad penal y concurso de delitos–, la cual debe ser identificada en la sentencia conformada, corresponde, como última operación, disminuirla en un sexto. El Tribunal debe ser muy claro en diferenciar los dos momentos finales: la pena que correspondería sin la reducción por acogerse a la terminación anticipada, y, luego, la pena resultante de aplicar la reducción del sexto de la misma.

Empero, según lo expuesto en el primer párrafo, en los supuestos de conformidad procesal la reducción no puede ser de un sexto. Necesariamente ha de tratarse de un porcentaje menor. Así las cosas podrán graduarse entre un séptimo o menos, según la entidad o complejidad de la causa, las circunstancias del hecho y la situación personal del imputado, y el nivel y alcance de su actitud procesal.

8. Conformidad y objeto civil

- 24.** Otro tema relevante de la conformidad está vinculado al objeto civil del proceso penal. Como quiera que en el proceso penal nacional –más allá de los matices propios que contienen el Código de Procedimientos Penales y el Código Procesal Penal– se produce una acumulación heterogénea de acciones: la penal y la civil, y esta última necesariamente deberá instarse y definirse en sede penal –con los

alcances y excepciones que la ley establece–, en tanto en cuanto puede generar un daño patrimonial a la víctima, un daño reparable.

Como se está ante una institución de naturaleza jurídico-civil, que descansa en el daño ocasionado, no en el delito cometido, y se proyecta, en cuanto a su contenido, a lo establecido en el artículo 93º del Código Penal, procesalmente está informada por los principios dispositivo y de congruencia.

La vigencia de los indicados principios, a tono con la naturaleza privada –y, por ende, disponible– de la responsabilidad civil **ex delicto**, determina que si no se cuestiona la reparación civil fijada en la acusación fiscal el Tribunal está limitado absolutamente a la cantidad acordada, esto es, no puede modificarla ni alterarla en su alcance o ámbito y magnitud.

25. En esta perspectiva, es evidente que si existe una pretensión civil alternativa, ejercitada conforme a lo dispuesto en el artículo 227º del Código de Procedimientos Penales, el imputado deberá referirse a ella en el marco de la responsabilidad civil que le corresponde admitir. En ese ámbito, por imperio de la garantía de tutela jurisdiccional –artículo 139º.3 de la Constitución–, se debe dar plena intervención a la parte civil. Ahora bien, de no mediar acuerdo o aquiescencia de los interesados y, en ese caso, de no ser suficiente la mera lectura de la prueba documental y de las actuaciones documentadas –como establece el inciso 3) del artículo 5º de la Ley número 28122–, en la medida que el artículo 227º del Código ritual autoriza la actuación de prueba testifical y pericial para justificar la pretensión civil de la víctima, sin perjuicio de la prueba que en ese ámbito haya podido proponer la Fiscalía conforme al inciso 5) del artículo 225º del mismo Código, el Tribunal podrá fallar respecto de la responsabilidad penal y disponer la continuación del proceso para la actuación probatoria respectiva, en tanto se requiera una indagación, concreción probatoria y alegaciones ulteriores sobre ella.

La cesura del juicio que se establece, pretorianamente impuesta, deriva del respeto a la garantía de tutela jurisdiccional a favor de la víctima y de la imperiosa evitación de la indefensión material que le puede acarrear una decisión sin prueba, no obstante su necesidad procesal. La interpretación constitucional de la institución de la conformidad –específicamente del inciso 3) del citado artículo 5º de la Ley número 28122– desde los numerales 3) y 14) del artículo 139º de la Ley Fundamental, que reconocen las garantías procesales de tutela jurisdiccional y defensa procesal, así lo impone.

Esta conclusión no sólo no está prohibida por la ley, sino que no la tergiversa –no es incompatible con ella–, pese al silencio legislativo o, mejor dicho, a la presencia de una laguna legal. Si en una misma causa es posible, para un supuesto, dictar una sentencia conformada, y para otro, emitir –luego de la prosecución del juicio, bajo perspectivas de contradicción efectiva– una segunda sentencia; entonces, no existe impedimento alguno que se profiera una segunda sentencia, precedida de un juicio en forma,

referida ya no a los objetos penal y civil –que es el supuesto anterior, contemplado en el numeral 4) de la Ley número 28122–, sino circunscripta exclusivamente al objeto civil, y sólo para los imputados conformados –es la regla, por lo demás, que ha establecido el apartado 5) del artículo 372º del Nuevo Código Procesal Penal–.

26. Por último, es materia de discusión en el ámbito de la responsabilidad civil la determinación del monto y los obligados a cubrirlo cuando se trata de una pluralidad de copartícipes –codelincuencia–, varios de los cuales no se han sometido a la conformidad procesal. Sobre el particular, en los marcos de una sentencia conformada, es de tener en consideración dos aspectos sustanciales: el **primero**, referido a los alcances de la sentencia conformada: ésta sólo comprenderá a los imputados que se someten a la conformidad; y, el **segundo**, circunscrito al monto de la reparación civil, el cual está en función al daño global irrogado, bajo la regla de la solidaridad entre los responsables del hecho punible y los terceros civilmente obligados (artículo 95º del Código Penal).

Siendo así, el Tribunal fijará el monto de la reparación civil de modo global [la cantidad en cuestión siempre será única, no puede dividirse], de suerte que como ésta es solidaria si existieran copartícipes –y no mancomunada–, al emitirse condena contra ellos en el juicio sucesivo, si así fuera el caso, tal suma no variará y sólo se les comprenderá en su pago. Es posible, sin embargo, que en el juicio contradictorio la determinación del monto pueda variar en virtud a la prueba actuada. En ese caso tal variación, de más o de menos, no puede afectar al fallo conformado, al haber quedado firme o ganado firmeza. Por consiguiente, la variación sólo puede alcanzar a los acusados comprendidos en la condena objeto del juicio contradictorio.

III. DECISIÓN

27. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente, Transitorias y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; por unanimidad;

ACORDARON:

28. **ESTABLECER** como doctrina legal, conforme a los fundamentos jurídicos ocho a veintitrés, la siguiente:

- 1) El Tribunal, en el procedimiento de conformidad, 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.
- 2) La oportunidad procesal para que el acusado se acoja a la conformidad es cuando se le emplace en el período inicial y, siempre, antes que se inicie propiamente el período probatorio del juicio oral.

- 3) La conformidad parcial está expresamente autorizada por la ley. 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 acusación delimita perfectamente los roles y la conducta específica que realizó cada copartícipe.
 - 4) El imputado conformado puede declarar en el juicio contradictorio seguido contra los acusados no conformados. El régimen jurídico de su declaración variará si al momento de su intervención en el juicio son ajenos o no al proceso –criterio de la alteridad–.
 - 5) El Tribunal está vinculado absolutamente a los hechos conformados. No sólo 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 45º y 46º del Código Penal.
 - 6) La sentencia conformada no tiene efectos extensivos o prejudiciales sobre la sentencia dictada en el juicio contradictorio. Si en el juicio contradictorio 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.
 - 7) 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 *ratio* es la facilitación del esclarecimiento de los hechos delictivos y que sea relevante para la investigación de los mismos. No obstante ello, la conformidad, de cumplir sus requisitos legales, importa necesariamente una reducción de la pena, por aplicación analógica del artículo 471º del Nuevo Código Procesal Penal, aunque con una reducción inferior a la sexta parte.
 - 8) 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 cesura 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.
- 29. PRECISAR** que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada debe ser invocado por los Magistrados de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116º del estatuto orgánico.

- 30. PUBLICAR** el presente Acuerdo Plenario en el Diario Oficial eEl Peruano". Hágase saber.

Ss.

GONZALES CAMPOS
SAN MARTÍN CASTRO
VILLA STEIN
LECAROS CORNEJO
PRADO SALDARRIAGA
RODRÍGUEZ TINEO
VALDEZ ROCA
ROJAS MARAVÍ
PONCE DE MIER
MOLINA ORDOÑEZ
SANTOS PEÑA
VINATEA MEDINA
PRÍNCIPE TRUJILLO
PARIONA PASTRANA
ZECENARRO MATEUS
CALDERÓN CASTILLO
URBINA GANVINI

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ
V PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE,
TRANSITORIAS Y ESPECIAL**

ACUERDO PLENARIO N° 5-2009/CJ-116

FUNDAMENTO: Artículo 116º TUO LOPJ

ASUNTO: Proceso de terminación anticipada:
Aspectos esenciales.

Lima, trece de noviembre de dos mil nueve.

Los Jueces Supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

- 1º.** Las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Presidente del Poder Judicial, mediante Resolución Administrativa número 221-2009-P-PJ, del 5 de agosto de 2009, con el apoyo del Centro de Investigaciones Judiciales, acordaron realizar el V Pleno Jurisdiccional de los Jueces Supremos de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial –en adelante, LOPJ–, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.
- 2º.** Para estos efectos se realizaron varios encuentros previos con los Secretarios, Relatores y Secretarios de Confianza de las Salas de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia y tres reuniones preparatorias sucesivas con los señores Jueces Supremos de lo Penal a fin de delimitar el ámbito de las materias que debían abordarse, luego de una previa revisión de los asuntos jurisdiccionales a su cargo y de una atenta valoración de las preocupaciones de la judicatura nacional. Con el concurso de la Secretaría Técnica, luego de los debates correspondientes, se estableció el día de la fecha para la realización del V Pleno Jurisdiccional Penal, aprobado por Resolución Administrativa número 286-2009-P-PJ, del 12 de octubre de 2009, y se definieron los temas, de derecho penal y procesal penal, que integrarían el objeto de los Acuerdos Plenarios. De igual manera se designó a los señores Jueces Supremos encargados de preparar las bases de la discusión de cada punto sometido a deliberación y de elaborar el proyecto de decisión. Además, se estableció que el Juez Supremo designado

sería el ponente del tema respectivo en la sesión plenaria y encargado de redactar el Acuerdo Plenario correspondiente.

- 3º. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia las distintas resoluciones de los Tribunales Superiores y Ejecutorias Supremas que analizan y deciden sobre diversos aspectos del proceso especial de terminación anticipada. En concreto, sobre 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, de la apelación del auto que desaprueba el acuerdo de terminación anticipada y de la sentencia anticipada.
- 4º. En cumplimiento de lo debatido y acordado en las reuniones preparatorias se determinó que en la sesión plenaria se procedería conforme a lo dispuesto en el artículo 116º de la LOPJ, que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. En atención a la complejidad y singulares características del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en las diversas Ejecutorias Supremas que se invocaron como base de la discusión, se decidió redactar el presente Acuerdo Plenario e incorporar con la amplitud necesaria los fundamentos jurídicos correspondientes para configurar una doctrina legal que responda a las preocupaciones anteriormente expuestas. Asimismo, se resolvió decretar su carácter de precedente vinculante, en concordancia con la función de unificación jurisprudencial que le corresponde a la Corte Suprema de Justicia como cabeza y máxima instancia jurisdiccional del Poder Judicial.
- 5º. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Se ratificó como ponente al señor NEYRA FLORES, quien, con la intervención del señor SAN MARTÍN CASTRO, expresa el parecer del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. *Naturaleza jurídica del proceso de terminación anticipada*

- 6º. La terminación anticipada 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. Su regulación, en sus aspectos esenciales, está suficientemente desarrollada en el Libro V, Sección V, artículos 468º/471º, del Nuevo Código Procesal Penal –en adelante, NCPP-. Frente al proceso común del NCPP y el ordinario e incluso el sumario del antiguo sistema procesal penal, que sigue las pautas del antiguo Código de Procedimientos Penales –en adelante, ACPP–, se erige en un proceso penal autónomo, no es una mera incidencia o un proceso auxiliar dependiente de aquél.

Por tanto, la regla hermenéutica que es del caso utilizar será aquella que establece 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.

2. *El tratamiento legal del proceso de terminación anticipada en el NCPP*

- 7º.** El proceso de terminación anticipada importa la aceptación de responsabilidad por parte del imputado respecto del hecho punible objeto del proceso penal y la posibilidad de negociación acerca de las circunstancias del hecho punible, la pena, la reparación civil y las consecuencias accesorias. Así fluye de lo dispuesto en el artículo 468º. 4 y 5 NCPP. 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 NCPP han venido a reemplazar a las disposiciones procesales penales especiales, tales como las Leyes número 26320 y 28008. Sin embargo, en el caso de los delitos aduaneros –Ley 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, tal es el caso de los literales c), d) y e), y los cinco párrafos finales del artículo 20º.
- 8º.** 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]. Es claro, por lo demás, que audiencia preparatoria es privada, cuya justificación estriba en que es consecuencia del carácter de publicidad relativa de la investigación preparatoria y constituye, desde la perspectiva del imputado, uno de los efectos benéficos de este proceso especial, quien apunta a que su caso no se ventile públicamente.

Es condición de la realización de la citada audiencia que la solicitud de terminación anticipada pase el examen judicial de admisibilidad y procedencia. Además, el Juez ha de revisar si el imputado tiene debido conocimiento de los alcances y consecuencia del acuerdo al que puede llegar –es, precisamente, el segundo paso de la audiencia, inmediatamente después de la presentación de los cargos por la Fiscalía–. El consentimiento del imputado, visto el carácter dispositivo de la pretensión o los efectos que entraña, ha de 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.

9º. Si es que las partes arriban a un acuerdo –que tiene como presupuesto la afirmación de la responsabilidad penal del imputado y, como condición, la precisión de las consecuencias jurídico penales y civiles correspondientes, en perfecta armonía con el principio de legalidad–, corresponde al Juez en ejercicio de su potestad jurisdiccional llevar a cabo los pertinentes controles acerca de la legalidad del acuerdo y de la razonabilidad de la pena.

10º. El control de legalidad del acuerdo se expresa en tres planos diferentes:

- A.** El ámbito de la tipicidad o calificación jurídico penal, en relación a los hechos objeto de la causa y a las circunstancias que rodean al hecho punible.
- B.** El ámbito de la legalidad de la pena y, en su caso, a su correspondencia con los parámetros, mínimo y máximo, que fluyen del tipo legal aplicado y de las circunstancias modificativas de la responsabilidad –esto es lo que se denomina “pena básica”–. También el juicio de legalidad alcanza al respecto de los ámbitos legalmente definidos de la reparación civil –siendo del caso resaltar que en este extremo prima por completo la disposición sobre el objeto civil– y de las consecuencias accesorias.
- C.** La exigencia de una suficiente actividad indiciaria. Ello implica que las actuaciones o diligencias de la investigación permitan concluir que existe base suficiente –probabilidad delictiva– (*i*) de la comisión de los hechos imputados y de su vinculación con el imputado, y (*ii*) que están presentes todos los presupuestos de la punibilidad y de la perseguitabilidad.

11º. El control de la razonabilidad de la pena está centrado en el examen del *quantum* de la pena y de la reparación civil objeto del acuerdo. El Juez ha de 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. Por consiguiente, sólo podrá rechazar el acuerdo si de modo palpable o evidente se estipule una pena o una reparación civil evidentemente desproporcionada o que en el caso de la pena se lesione ostensiblemente el principio preventivo.

12º. El análisis que corresponde al Juez Penal para homologar el acuerdo que le presentan las partes procesales concernidas es ciertamente distinto a la valoración y examen jurídico penal que hace el Juez en el proceso común luego del juicio oral. En este último 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 en cierta medida no es posible en el proceso de terminación anticipada, en atención a los mecanismos reconocidos para su conformación sobre la base del consenso procesal. Es claro, atento a lo expuesto, que el Juez debe desaprobar el acuerdo si advierte la inexistencia de los hechos, la atipicidad de la conducta atribuida u otra situación similar. Lo correcto en estos casos es que, rechazado el acuerdo, los cargos se diluciden en el proceso común. Es un contrasentido, en atención al ámbito del control jurisdiccional del acuerdo, que se busque una solución o una decisión

que resuelva un objeto distinto al juicio sobre la validez y eficacia jurídica del acuerdo objeto de control jurisdiccional.

4. *Beneficios en el proceso especial de terminación anticipada*

13º. La determinación de la pena debe respetar los ámbitos legales referidos tanto a la configuración de la pena básica –definida como la configuración del marco penal establecido por el tipo legal y las diferentes normas que contienen las circunstancias modificativas de la responsabilidad genéricas, sean agravantes y/o atenuantes–, como al establecimiento de la pena concreta o final –que es el resultado de la aplicación de los factores de individualización estipulados en los artículos 45º y 46º del Código Penal, siempre dentro del marco penal fijado por la pena básica y a partir de criterios referidos al grado de injusto y el grado de culpabilidad–.

El acuerdo deberá determinar la pena concreta o final consensuada, cuyo examen, bajo las pautas señaladas líneas arriba –juicios de legalidad y razonabilidad de la pena–, corresponde realizar al Juez.

14º. El artículo 471º NCPP estipula una reducción adicional acumulable de la pena de una sexta parte. Cabe puntualizar que la última frase del citado dispositivo legal precisa que el beneficio en cuestión es adicional y se acumulará al que reciba por confesión. Ésta última es una circunstancia modificativa de la responsabilidad de carácter genérica y excepcional, en tanto permite disminuir la pena hasta en una tercera parte por debajo del mínimo legal (artículo 161º NCPP), que lo que hace es redefinir el marco penal correspondiente, de ahí que es lógica la disposición procesal que la diferencia del beneficio por el acogimiento a la terminación anticipada y, por tanto, no encuentra obstáculo a su acumulación.

Ahora bien, la aplicación del beneficio de una reducción de una sexta parte se refiere a la pena concreta o final. Sobre ésta, una vez definida, es que ha de operar la reducción en una sexta parte –es una pauta de disminución fija y automática, es decir, tasada–. El acuerdo podrá consignarla, pero en todo caso siempre diferenciándola de la pena concreta y final, del resultado final como consecuencia del beneficio aludido, a efecto de que el Juez pueda definir con seguridad y acierto la realidad del beneficio premial y su exacta dimensión.

5. *Recursos en el proceso especial de terminación anticipada*

15º. Uno de los principios que regulan el régimen jurídico de los recursos es el de taxatividad, que estipula que la admisión de todo recurso está condicionada a que se encuentre taxativa o expresamente previsto en la ley. Integra el presupuesto procesal objetivo del recurso. En este sentido, cada recurso tiene su propia regulación, pues está diseñado para cada situación específica, en cuya virtud no se admite un recurso cuando corresponde otro, lo que es propio del principio de singularidad.

El gravamen o agravio integra el presupuesto procesal de carácter subjetivo del recurso. La admisión de un recurso está condicionada a que perjudique el derecho o interés legítimo de la parte procesal concernida o impugnante. Ésta, como consecuencia del principio dispositivo –eje esencial del sistema de recursos en toda clase de procesos jurisdiccionales–, debe demostrar argumentalmente el perjuicio o agravio sufrido por la resolución que impugna y el recurso ha de presentarse como el remedio capaz de excluir el perjuicio invocado, que debe provenir de la parte resolutiva de la resolución judicial.

16º. El artículo 468º.7 NCPP prescribe que la sentencia anticipada, aprobatoria del acuerdo, puede ser apelada por los demás sujetos procesales –se entiende fuera de Fiscal y del imputado, en tanto en cuanto, respecto de estos últimos, la sentencia anticipada respete los límites del acuerdo–. Esta norma no se ha pronunciado acerca de la posibilidad de apelación u otro recurso contra el auto que desaprueba el acuerdo. Sin embargo, es de tener en consideración la regla general establecida por el artículo 416º.1 NCPP, que determina como objeto impugnable en apelación los autos que ponga fin al procedimiento o a la instancia –literal b)– o, en su caso, los que causen gravamen irreparable –literal e)–.

No cabe duda de la pertinencia de la aplicación de la regla general del artículo 416º.1. b) y e) NCPP, pues la desaprobación del acuerdo tiene como efecto la culminación del proceso de terminación anticipada y, además, causa un gravamen irreparable porque cancela la vía consensuada y evita la aplicación del beneficio premial. Entender que no es así, por lo demás, vulneraría el derecho a la tutela jurisdiccional en la medida que uno de los elementos que integra su contenido constitucionalmente protegido es el acceso a los recursos legalmente previstos, así como infringiría el debido proceso en el ámbito del derecho al recurso –pluralidad de la instancia– respecto de las decisiones que causan estado.

6. Proceso de terminación anticipada y etapa intermedia del proceso común

17º. Dentro de la estructura del proceso común, la etapa intermedia es imprescindible. Una de las funciones más importantes que debe cumplir es el control de los resultados de la investigación preparatoria, para lo cual ha de examinar el mérito de la acusación fiscal y los recaudos de la causa con el fin de decidir si procede o no abrir el juicio oral, el procedimiento principal.

El proceso de terminación anticipada no guarda correspondencia con el proceso común. Es un proceso especial sujeto a sus propias reglas de iniciación y con una estructura singular –etapas propias y actuaciones singulares no equiparables con el proceso común, basado en el principio estructural de contradicción y no en el de consenso que informa al primero–. Además, el proceso de terminación anticipada se insta después de expedida la Disposición de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria y hasta antes de formularse la acusación

fiscal (artículo 468º.1 NCPP) y la audiencia especial y privada está sometida a determinadas pautas y ritos, muy distintos a los que rigen la audiencia de control de la acusación, acto de postulación que, a mayor abundamiento, no existe en la terminación anticipada.

- 18º.** El artículo 350º.1.e) NCPP autoriza a las partes procesales, distintas del Fiscal, instar la aplicación, si fuere el caso, de un criterio de oportunidad, entendido en sentido amplio. Se discute si esta norma permitiría que en sede de etapa intermedia se ins taure el proceso de terminación anticipada, bajo el entendido de que este último expresa un criterio de oportunidad procesal.

Ya se ha dejado sentado las diferencias sustantivas entre el proceso especial de terminación anticipada y la etapa intermedia del proceso común. El primero tiene como eje el principio del consenso y una de sus funciones es la de servir a la celeridad procesal, mientras que la segunda tiene como elemento nuclear el principio de contradicción y el cuestionamiento –en la medida de lo posible y como alternativa más fuerte de la potestad de control de la legalidad de que está investido el órgano jurisdiccional– de la pretensión punitiva del Ministerio Público. El objeto del principio de oportunidad, entonces, es aquel que busca, en clave material, la dispensa de pena o una respuesta distinta de la reacción punitiva propia del sistema de sanciones del Código Penal, y, como tal, según nuestras normas procesales, sólo puede estar destinada a la aplicación de los supuestos o “criterios” contemplados en el artículo 2º NCPP. Los mecanismos alternativos que buscan respuestas basadas en la idea del consenso (terminación anticipada, conformidad procesal y colaboración eficaz), por su propia especificidad y singularidad, unido a los controles jurisdiccionales que corresponde realizar, están sometidos a un procedimiento determinado, que no tiene las características, alcances y metodología de la audiencia preliminar de control de la acusación.

Por otro lado, es de acotar que cuando el citado artículo 350º.1.e) NCPP prescribe que en la etapa intermedia se puede aplicar un criterio de oportunidad, tal referencia, sistemáticamente, sólo remite al artículo 2º NCPP. La confusión se debe a que el antecedente directo del principio de oportunidad es el artículo 230º del Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica, que denomina a este dispositivo criterios de oportunidad”, los cuales, como se observa de su tenor, son los supuestos previstos en el mencionado artículo 2º NCPP.

- 19º.** A mayor abundamiento, la incorporación del proceso de terminación anticipada en la etapa intermedia del proceso común no sólo desnaturaliza su regulación propia y naturaleza jurídica, sino que tergiversa otro eje de su reconocimiento en el proceso penal nacional: la función de acortar los tiempos procesales y evitar las etapas procesales comunes intermedia y de enjuiciamiento, precisamente uno de los fundamentos que permite el beneficio premial de reducción de la pena de una sexta parte. Si se incoa en sede de etapa intermedia no podría aplicarse, en sus propios términos, el artículo 471º NCPP por no cumplir su finalidad político criminal.

20°. La audiencia preliminar de control de la acusación no está diseñada para concretar la terminación anticipada del proceso, pues en la primera solo es obligatoria la asistencia del Fiscal y el defensor del acusado, mientras que la audiencia de terminación anticipada se instalará con la asistencia obligatoria del Fiscal y del imputado y su abogado defensor. En caso de que no concurre el acusado concernido o los otros si fueran causas complejas o seguidas contra varios encausados, sería imposible desarrollar la audiencia de terminación anticipada. Su aceptación obligaría a fijar otra audiencia, con serio desmedro del principio de aceleramiento procesal.

Desde la perspectiva de los demás sujetos procesales también se producen inconvenientes. Al no ser obligatoria la presencia de ellos no se podrían oponer a la realización de esta audiencia, pues como señala el artículo 468°.3 NCPP el requerimiento fiscal o la solicitud del imputado será puesta en conocimiento de todas las partes por el plazo de cinco días, quienes se pronunciarán acerca de la procedencia del proceso de terminación anticipada y, en su caso, formular sus pretensiones. Empero, al aplicar la terminación anticipada en la etapa intermedia tal trámite, indispensable, no será posible.

21°. De lo expuesto en los párrafos anteriores se colige que la incorporación pretradicional de la terminación anticipada en la etapa intermedia afecta gravemente el principio estructural de contradicción procesal, reconocido en el artículo I.1 del Título Preliminar NCPP, comprendido a su vez en la garantía de defensa procesal reconocida en el artículo 139°.14 de la Constitución, desarrollada en el artículo IX del Título Preliminar NCPP. El indicado principio y la garantía procesal aludida integran el Programa procesal penal de la Constitución, que podrían afectarse seriamente si se permite tan insólito proceder, ausente de base legislativa y sustento jurídico procesal.

III. DECISIÓN

22°. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, por unanimidad, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial;

ACORDARON:

23. ***ESTABLECER*** como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 7° al 21°.

24°. ***PRECISAR*** que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22° de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116° del estatuto orgánico.

25°. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial eEl Peruano". Hágase saber.

Ss.

GONZALES CAMPOS
SAN MARTÍN CASTRO
LECAROS CORNEJO
PRADO SALDARIAGA
RODRÍGUEZ TINEO
VALDEZ ROCA
BARRIENTOS PEÑA
BIAGGI GÓMEZ
MOLINA ORDOÑEZ
BARRIOS ALVARADO
PRÍNCIPE TRUJILLO
NEYRA FLORES
BARANDIARÁN DEMPWOLF
CALDERÓN CASTILLO
ZEVALLOS SOTO

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ
V PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y
TRANSITORIAS**

ACUERDO PLENARIO N° 6-2009/CJ-116

FUNDAMENTO: ARTÍCULO 116º TUO LOPJ

ASUNTO: Control de la acusación fiscal

Lima, trece de noviembre de dos mil nueve.

Los Jueces Supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidos en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

- 1º.** Las Salas Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Presidente del Poder Judicial, mediante Resolución Administrativa número 221-2009-P-PJ, del 5 de agosto de 2009, con el apoyo del Centro de Investigaciones Judiciales, acordaron realizar el V Pleno Jurisdiccional de los Jueces Supremos de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial –en adelante, LOPJ–, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.
- 2º.** Para estos efectos se realizaron varios encuentros previos con los Secretarios, Relatores y Secretarios de Confianza de las Salas de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia y tres reuniones preparatorias sucesivas con los señores Jueces Supremos de lo Penal a fin de delimitar el ámbito de las materias que debían abordarse, luego de una previa revisión de los asuntos jurisdiccionales a su cargo y de una atenta valoración de las preocupaciones de la judicatura nacional. Con el concurso de la Secretaría Técnica, luego de los debates correspondientes, se estableció el día de la fecha para la realización del V Pleno Jurisdiccional Penal, aprobado por Resolución Administrativa número 286-2009-P-PJ, del 12 de octubre de 2009, y se definieron los temas, de derecho penal y procesal penal, que integrarían el objeto de los Acuerdos Plenarios. De igual manera se designó a los señores Jueces Supremos encargados de preparar las bases de la discusión de cada punto sometido a deliberación y de elaborar el proyecto de decisión. Además, se estableció que el Juez Supremo designado sería el ponente del tema respectivo en la sesión plenaria y encargado de redactar el Acuerdo Plenario correspondiente.

- 3º.** En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia las distintas resoluciones de los Tribunales Superiores y Ejecutorias Supremas que analizan y deciden sobre el control de la acusación escrita del Ministerio Público, tanto en el antiguo Código de Procedimientos Penales –en adelante, ACPP– como en el nuevo Código Procesal Penal –en adelante, NCPP–. En especial, la definición e identificación de los elementos que integran la acusación, el alcance de las facultades del órgano jurisdiccional ante los posibles defectos de la acusación, la oportunidad para hacerlo, la potestad *ex officio* de control y los distintos problemas que enfrentan el juez y las partes para definir la corrección de la acusación como presupuesto del juicio oral.
- 4º.** En cumplimiento de lo debatido y acordado en las reuniones preparatorias se determinó que en la sesión plenaria se procedería conforme a lo dispuesto en el artículo 116º de la LOPJ, que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. En atención a la complejidad y singulares características del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en las diversas Ejecutorias Supremas que se invocaron como base de la discusión, se decidió redactar el presente Acuerdo Plenario e incorporar con la amplitud necesaria los fundamentos jurídicos correspondientes para configurar una doctrina legal que responda a las preocupaciones anteriormente expuestas. Asimismo, se resolvió decretar su carácter de precedente vinculante, en concordancia con la función de unificación jurisprudencial que le corresponde a la Corte Suprema de Justicia como cabeza y máxima instancia jurisdiccional del Poder Judicial.
- 5º.** La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Se ratificó como ponente al señor SAN MARTÍN CASTRO, quien expresa el parecer del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. *La acusación fiscal. Alcances jurídico procesales*

- 6º.** La acusación fiscal es un acto de postulación del Ministerio Público que promueve en régimen de monopolio en los delitos sujetos a persecución pública (artículos 159º.5 de la Constitución, 1º y 92º de la Ley Orgánica del Ministerio Público –en adelante, LOMP, 219º ACPP y 1º, 60º y 344º.1 NCPP). Mediante la acusación la Fiscalía fundamenta y deduce la pretensión penal; esto es, la petición fundamentada dirigida al órgano jurisdiccional para que imponga una sanción penal a una persona por la comisión de un hecho punible que se afirma que ha cometido. La Fiscalía, como se sabe, en virtud del principio de legalidad u obligatoriedad, está obligada a acusar cuando las investigaciones ofrecen base suficiente sobre la comisión del hecho punible atribuido al imputado (expresamente, artículo 344º.1 NCPP).

La acusación fiscal debe cumplir determinados requisitos que condicionan su validez, y que corresponde controlar al órgano jurisdiccional. Con independencia de los

presupuestos procesales, cuya ausencia impide al órgano jurisdiccional entrar a examinar el fondo de la pretensión, la acusación fiscal debe expresar, de un lado, la legitimación activa del fiscal como tal –cuya intervención sólo es posible en los delitos de persecución pública– y la legitimación pasiva del acusado, quien desde el Derecho penal debe tratarse no sólo de una persona física viva sino que ha debido ser comprendido como imputado en la etapa de instrucción o investigación preparatoria y, por ende, estar debidamente individualizado. De otro lado, desde la perspectiva objetiva, la acusación fiscal ha de respetar acabadamente los requisitos objetivos referidos a la causa de pedir: fundamentación fáctica y fundamentación jurídica, y al **petitum** o petición de una concreta sanción penal.

Por otro lado, la acusación fiscal, ante la acumulación del proceso civil al proceso penal (artículo 92º del Código Penal, –en adelante, CP–), también importa la introducción de la pretensión civil, basada en los daños y perjuicios generados por la comisión de un acto ilícito. En función a su característica singular, la acusación fiscal ha de señalar tanto la cantidad en que se aprecien los daños y perjuicios en la esfera patrimonial del perjudicado causados por el delito o la cosa que haya de ser restituida, como la persona o personas que aparezcan responsables –que han debido ser identificadas en una resolución judicial dictada en la etapa de instrucción o investigación preparatoria– y el hecho en virtud del cual hubieren contraído esa responsabilidad.

- 7º. Los artículos 225º ACPP, 349º NCPP y 92º.4 de la Ley Orgánica del Ministerio Público identifican el contenido de la acusación fiscal y condicionan su eficacia procesal. La característica común de las normas citadas, desde una perspectiva subjetiva, es la necesidad de una identificación exhaustiva del imputado, quien ha de haber sido comprendido como tal mediante una acto de imputación en sede de investigación preparatoria o instrucción –fiscal o judicial, según se trate del NCPP o del ACPP, respectivamente–. Desde la perspectiva objetiva, la acusación debe mencionar acabadamente la fundamentación fáctica, indicar con todo rigor el título de condena y concretar una petición determinada, así como el ofrecimiento de medios de prueba. Formalmente, además de su carácter escrito, la acusación debe describir de modo preciso, concreto y claro los hechos atribuidos al imputado o a la persona a la que se la atribuye responsabilidad civil, con mención fundamentada del resultado de las investigaciones. Desde el Derecho penal, los hechos que la fundamentan deben ser los que fluyen de la etapa de investigación preparatoria o instrucción. Se exige una relación circunstanciada, temporal y espacial, de las acciones u omisiones dolosas o culposas penadas por la ley, que han de constituir el objeto del juicio oral. Esta descripción ha de incluir, por su necesaria relevancia jurídico - penal, las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal.
- 8º. La acusación debe incluir un título de imputación determinado, es decir, una calificación, siempre provisional, del hecho punible objeto de investigación preparatoria o instrucción. Éste comprende la precisión de los elementos legales del hecho punible, la indicación de la ley penal correspondiente con las normas que correspondan,

referidas a la tipicidad objetiva y subjetiva, al grado del delito, a la forma de autoría o de participación.

Lo expuesto en el auto de apertura de instrucción o en la disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria –según se trate del ACPP o del NCPP, respectivamente–, respecto del fundamento jurídico, tiene un carácter relativo: lo que interesa, sin perjuicio de la identificación del imputado, es la definición de los hechos que han sido objeto de investigación, y que no se altere la actividad: identidad, por lo menos parcial, de los actos de ejecución delictiva y la homogeneidad del bien jurídico tutelado. Lo expuesto no hace sino ratificar que ambas decisiones –judicial una y fiscal otra– determinan la legitimación pasiva y se convierten en el requisito previo de la acusación, con lo que evitan las acusaciones sorpresivas y robustecen el derecho de todo ciudadano al conocimiento previo de la acusación; derecho último, que integra la garantía de defensa procesal, y que no implica convertir el auto de apertura de instrucción o la disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria en un escrito de acusación.

Una regla expresa sobre esa vinculación relativa del fundamento jurídico de la causa de pedir se encuentra en el artículo 349º.2 NCPP, que incluso autoriza un cambio en la calificación jurídica, siempre –claro está– con pleno respeto del principio acusatorio, que exige en este nivel, de un lado, identidad esencial –es decir, total o parcial– entre los hechos de ejecución delictiva investigados y acusados, y, de otro lado, respeto de la homogeneidad del bien jurídico protegido por el ordenamiento sustantivo. En tanto se trata de un acto de postulación, que es objeto de conocimiento del acusado y respecto del cual se iniciará el juicio oral, no es de recibo sostener que tal proceder del fiscal vulnera el principio de contradicción o lesiona la garantía de defensa procesal.

2. *El control de la acusación en el ACPP*

- 9º.** Como todo acto postulatorio, más aún cuando constituye la base y el límite del juicio oral, la acusación fiscal, en cuanto debe cumplir determinados requisitos subjetivos y objetivos legalmente previstos, está sujeta al control jurisdiccional, incluso de oficio, imprescindible para evitar nulidad de actuaciones. El marco del control, sin embargo, sólo debe incidir en aquellos aspectos circunscriptos a los juicios de admisibilidad y procedencia, sin que sea dable realizar análisis probatorio alguno ni emitir pronunciamientos sobre el fondo, salvo expresa autorización legal y en la medida de que no genere indefensión material en perjuicio del acusador.

El control, como corresponde, debe realizarse sin mengua del principio de contradicción y de la garantía de tutela jurisdiccional. En consecuencia, interpretando en clave constitucional el artículo 229º ACPP, será menester que previamente a la calificación judicial de la acusación fiscal se corra traslado por un plazo judicial –definido en función a las características y complejidad de la causa– a las demás partes.

10°. Vencido el plazo establecido, con la contestación o no de las partes, el órgano jurisdiccional analizará, en primer lugar, el cumplimiento de los requisitos legales de la acusación. Es decir, si ha cumplido con lo dispuesto en el artículo 225º ACPP. El Fiscal ha de desarrollar en su escrito de acusación los extremos señalados en el párrafo 7º. Su ausencia y, en especial, cuando el Tribunal entendiera, indistintamente, **(i)** que el petitorio o **petitum** sea incompleto o impreciso, **(ii)** que el fundamento de hecho o relato de los hechos fuere insuficiente –no circunstanciado–, vago, oscuro o desordenado, o **(iii)** que la tipificación no se defina en debida forma ni mencione el conjunto de circunstancias de la responsabilidad penal necesarias para la debida individualización, fáctica y jurídica del hecho acusado, deberá devolver mediante resolución motivada e irrecusable –tal decisión no está prevista en el artículo 292º ACPP– las actuaciones al Fiscal acusador para que se pronuncie sobre el particular y, en su mérito, proceda a subsanar –si correspondiere– las observaciones resaltadas judicialmente.

11°. El alcance del control de la acusación también puede comprender aquellos ámbitos o instituciones procesales que el ACPP autoriza al juez su control o ejercicio de oficio.

Se trata de los presupuestos procesales, referidas al órgano jurisdiccional –la jurisdicción y competencia penales– y a la causa –excepciones procesales–. Desde luego, el órgano jurisdiccional puede instar de oficio el trámite para su decisión, pero antes debe conceder a las partes la oportunidad para que se pronuncien al respecto. Resolver de oficio no significa hacerlo sorpresivamente, sino propiciar judicialmente su discusión para su ulterior decisión.

Toda otra intervención del Tribunal que limite el ejercicio de la acusación e impida el inicio del juicio oral, en función a las características limitadas de la etapa intermedia en el ACPP, no está legalmente permitida.

3. *El control de la acusación en el NCPP*

12°. La etapa intermedia en el NCPP se afilia al sistema legal de la obligatoriedad del control del requerimiento fiscal. El Juez de la Investigación Preparatoria es el encargado de realizar el control de legalidad de la acusación fiscal, esto es, verificar la concurrencia de los presupuestos legales que autorizan la acusación fiscal –ese, y no otro, es su ámbito funcional–.

El procedimiento de la etapa intermedia consta de dos fases: oral y escrita. Las distintas posibilidades que tiene el Juez de la Investigación Preparatoria frente a la acusación fiscal, según los artículos 350º/352º NCPP, pueden concretarse luego del trámite de traslado a las demás partes –nunca antes– (fase escrita) y de la realización de la audiencia preliminar (fase oral, que plasma la vigencia calificada de los principios de oralidad y concentración). El Juez decide luego de escuchar a las todas las partes procesales, nunca antes.

13°. El artículo 350º.1 NCPP autoriza a las partes proponer motivadamente ocho cuestiones o mociones específicas. Ahora bien, el control formal de la acusación

fiscal, que incluso puede promoverse de oficio por el Juez de la Investigación Preparatoria –la revisión del cumplimiento de los requisitos legales de un acto procesal trascendente y la validez de la serie procesal constituye una facultad judicial inherente a la potestad jurisdiccional, enraizada en garantía misma de tutela jurisdiccional efectiva–, está contemplado en el literal a) del citado apartado 1) del artículo 350º NCPP. Éste comprende los supuestos descritos en el párrafo 9º en relación con el artículo 349º NCPP. Los defectos denunciados, en caso que se acojan, requerirán, conforme al artículo 352º.2 NCPP, una decisión inmediata de devolución de las actuaciones al Fiscal, con la necesaria suspensión de la audiencia, siempre que se requiera de “**un nuevo análisis del Ministerio Público**”.

- 14º.** El control sustancial de la acusación está en función al mérito mismo del acto postulatorio del Fiscal. Negar la validez de la acusación y la consecuente procedencia del juicio oral –con independencia de la aplicación de un criterio de oportunidad, circunscripto a los supuestos del artículo 2º NCPP, y de la deducción de excepciones– sólo es posible si se presentan los requisitos que permiten el sobreseimiento de la causa, los que están taxativamente contemplados en el artículo 344º.2 NCPP.

Este control, por imperio del artículo 352º.4 NCPP, puede ser realizado de oficio. Al Juez de la Investigación Preparatoria le corresponde decretarla, cuando la presencia de los requisitos del sobreseimiento es patente o palmaria, no sin antes instar el pronunciamiento de las partes sobre el particular.

- 15º.** 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 352º.2 NCPP precisa que si se advierten defectos que importan el incumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 349º.1 NCPP –en una discusión que debe preceder al análisis de los demás aspectos que deben tratarse en la audiencia preliminar– lo pertinente es suspender la audiencia para su debida subsanación, luego de lo cual debe reanudarse. La decisión de formular observaciones a la acusación es una causal de suspensión de la audiencia, que será del caso instar sólo cuando el defecto detectado requiera de un nuevo análisis del Ministerio Público. De no corresponder la suspensión, siempre será del caso decidirla y proseguir con la audiencia para dar paso a la discusión de las demás observaciones.

El control sustancial tiene lugar en un momento procesal distinto, luego de la subsanación de las observaciones de la acusación fiscal. Ésta comprende el examen de la concurrencia de cinco elementos necesarios para la viabilidad de la acusación respecto de los cargos objeto de investigación: elemento fáctico, elemento jurídico, elemento personal, presupuestos procesales vinculados a la vigencia de la acción penal y elementos de convicción suficientes (artículo 344º.1 NCPP).

III. DECISIÓN

16°. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, por unanimidad, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial;

ACORDARON:

17°. ESTABLECER como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 6° al 15°.

18°. PRECISAR que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22° de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116° del citado estatuto orgánico.

19°. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial eEl Peruano". Hágase saber.

Ss.

GONZALES CAMPOS
SAN MARTÍN CASTRO
LECAROS CORNEJO
PRADO SALDARRIAGA
RODRÍGUEZ TINEO
VALDEZ ROCA
BARRIENTOS PEÑA
BIAGGI GÓMEZ
MOLINA ORDOÑEZ
BARRIOS ALVARADO
PRÍNCIPE TRUJILLO
BARANDIARÁN DEMPWOLF
NEYRA FLORES
CALDERÓN CASTILLO
ZEVALLOS SOTO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ V PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIAS

ACUERDO PLENARIO N° 10-2009/CJ-116

FUNDAMENTO: ARTÍCULO 116 TUO LOPJ

ASUNTO: Ejecución de la pena de inhabilitación y recurso impugnatorio.

Lima, trece de noviembre de dos mil nueve.

Los Jueces Supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidos en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

- 1º. Las Salas Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Presidente del Poder Judicial, mediante Resolución Administrativa número 221-2009-P-PJ, del 5 de agosto de 2009, con el apoyo del Centro de Investigaciones Judiciales, acordaron realizar el V Pleno Jurisdiccional de los Jueces Supremos de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial –en adelante, LOPJ–, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.
- 2º. Para estos efectos se realizaron varios encuentros previos con los Secretarios, Relatores y Secretarios de Confianza de las Salas de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia y tres reuniones preparatorias sucesivas con los señores Jueces Supremos de lo Penal a fin de delimitar el ámbito de las materias que debían abordarse, luego de una previa revisión de los asuntos jurisdiccionales a su cargo y de una atenta valoración de las preocupaciones de la judicatura nacional. Con el concurso de la Secretaría Técnica, después de los debates correspondientes, se estableció el día de la fecha para la realización del V Pleno Jurisdiccional Penal, aprobado por Resolución Administrativa número 286, del 12 de octubre de 2009, y se definieron los temas, de derecho penal y procesal penal, que integrarían el objeto de los Acuerdos Plenarios. De igual manera se designó a los señores Jueces Supremos encargados de preparar las bases de la discusión de cada punto sometido a deliberación y de elaborar el proyecto de decisión. Además, se estableció que el Juez Supremo designado

sería el ponente del tema respectivo en la sesión plenaria y encargado de redactar el Acuerdo Plenario correspondiente.

- 3º. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia el Acuerdo Plenario número 2-2008/CJ-116, del 18 de julio de 2008, y las distintas resoluciones de los Tribunales Superiores y Ejecutorias Supremas que se dictaron respecto de la pena de inhabilitación. En especial, la solicitud formulada por el Jurado Nacional de Elecciones en su oficio número 5979-2009-SG/JNE, del 11 de los corrientes, si la indicada pena se ejecuta inmediatamente, sin perjuicio del recurso impugnatorio planteado contra ella, o si se requiere que quede firme para el inicio de su ejecución.
- 4º. En cumplimiento de lo debatido y acordado en las reuniones preparatorias se determinó que en la sesión plenaria se procedería conforme a lo dispuesto en el artículo 116º de la LOPJ, que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. En atención a la complejidad y singulares características del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en las diversas Ejecutorias Supremas que se invocaron como base de la discusión, se decidió redactar el presente Acuerdo Plenario e incorporar con la amplitud necesaria los fundamentos jurídicos correspondientes para configurar una doctrina legal que responda a las preocupaciones anteriormente expuestas. Asimismo, se resolvió decretar su carácter de precedente vinculante, en concordancia con la función de unificación jurisprudencial que le corresponde a la Corte Suprema de Justicia como cabeza y máxima instancia jurisdiccional del Poder Judicial.
- 5º. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Se ratificó como ponentes a los señores SAN MARTÍN CASTRO y PRADO SALDARRIAGA, quienes expresan el parecer del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

- 6º. El Acuerdo Plenario número 2-2008/CJ-116, del 18 de julio de 2008, fijó los alcances jurídicos de la pena de inhabilitación. En tal sentido, definió sus referentes legislativos, su contenido, duración y cómputo, así como las exigencias procesales para su imposición y los mecanismos de su debida ejecución. Esta pena se caracteriza por privar al condenado de algunos derechos –personales, profesionales o políticos–; o por incapacitarlo para el ejercicio de diversas funciones o actividades –públicas inclusive-. Su aplicación se rige por un criterio de especialidad que implica, desde la perspectiva legal y judicial, que cualquiera sea su condición y operatividad –pena principal o accesoria– dicha sanción estará siempre en función a la naturaleza del delito de que se trate y al principio de proporcionalidad.
- 7º. Un problema, no abordado con la extensión y profundidad debida en el Acuerdo Plenario anterior, es el referido a la relación entre la sentencia de instancia y el recurso impugnatorio; esto es, si el inicio de la ejecución de la pena de inhabilitación tiene

lugar inmediatamente –aunque de modo provisorio, o a título de ejecución provisional– o si es de esperar que la sentencia recurrida adquiera firmeza. Este conflicto interpretativo derivado es relevante, sobre todo si se tiene en cuenta la actual vigencia paralela de dos Códigos que regulan el desarrollo del proceso penal en el país y que delinean sus propios modelos y reglas de ejecución de sentencias condenatorias, así como la eficacia de los recursos impugnatorios que se interpongan contra ellas. Concretamente, el tema objeto de análisis y aclaración, por promover cierto nivel de controversia hermaneutica, está vinculado con el párrafo 15º del Acuerdo Plenario número 2-2008/CJ-116, del 18 de julio del año próximo pasado. En él se estipuló lo siguiente: “*La ejecución de la pena de inhabilitación, [...], requiere, como paso previo, que al adquirir firmeza la sentencia condenatoria el órgano jurisdiccional de instancia que la dictó cumpla con lo dispuesto en el artículo 332º del Código de Procedimientos Penales. [...] A continuación, ese mismo órgano judicial debe remitir la causa al Juez Penal competente para dar inicio al proceso de ejecución...*”. También demanda, con igual finalidad aclaratoria, un reexamen el párrafo 9º del citado Acuerdo Plenario en cuanto acotó que “*El término de la inhabilitación, en caso de ser impuesta como pena conjunta, corre paralelamente a las otras penas principales, y se computa a partir de la fecha en que la sentencia queda firme*”.

Ahora bien, no resulta discutible, desde luego, que la inscripción de la pena en el Registro Judicial y su comunicación a los órganos penitenciarios –en caso de inhabilitación conjunta o accesoria a pena privativa de libertad– sólo deba producirse una vez que quede firme la sentencia condenatoria correspondiente. Este es el principio rector sancionado expresamente tanto en el artículo 332º del Código de Procedimientos Penales de 1940 –en adelante, ACPP–, como en el artículo 403º.1 del nuevo Código Procesal Penal de 2004 –en adelante, NCPP–.

El tema en discusión es si la ejecución de la pena de inhabilitación requiere como presupuesto la firmeza del fallo que la imponga o su inscripción en el Registro Judicial.

8º. Es evidente que la regulación del momento inicial de la ejecución de una pena es un ámbito que incumbe al legislador procesal –el Código Penal, por lo demás, no ha establecido un precepto al respecto–. En su relación con los recursos, puede existir, como regla, el sistema de ejecución provisional o el sistema suspensivo. En la legislación procesal penal nacional se ha optado por ambos modelos. En este contexto cabe precisar lo siguiente:

A. Si se examina el régimen del NCPP, podrá advertirse, en el caso de la sentencia condenatoria, la inclinación por el primer modelo: la impugnación no tiene efecto suspensivo –así lo dispone el artículo 402º.1 NCPP como regla específica frente a la genérica del artículo 4412º.1 NCPP–, con la excepción de la imposición de las penas de multa o limitativas de derechos, una de las cuales es, por cierto, conforme al artículo 31º.3 del Código Penal, la pena de inhabilitación. Ello significa, entonces, que sólo las sentencias que imponen penas de privativas de libertad y restrictivas de libertad que consignan los artículos 29º y 30º del Código Penal –en

adelante, CP– se cumplen provisionalmente pese a la interposición de un recurso impugnatorio contra ellas. Por tanto, si el condenado estuviera en libertad y se impone pena o medida de seguridad privativa de libertad de carácter efectivo, el Juez Penal, interpuesto el recurso, según lo autoriza el artículo 402°.2 NCPP, podrá optar por su inmediata ejecución o por imponer alguna restricción de las previstas en el artículo 288° NCPP. A su turno, el Tribunal de Revisión, en caso se hubiera optado por la inmediata ejecución de la pena impuesta, podrá suspenderla, atendiendo a las circunstancias del caso, según el artículo 418°.2 NCPP. Tal efecto suspensivo concluirá cuando la sentencia queda firme.

En consecuencia, la pena de inhabilitación conforme a las disposiciones pertinentes del NCPP no se ejecuta hasta que la sentencia condenatoria adquiera firmeza. Rige plenamente, en este dominio, el denominado sistema suspensivo.

- B.** Distinta es la regulación normativa adoptada por el ACPP. En efecto, su artículo 330° admite expresamente el sistema de la ejecución inmediata o provisional para todas las penas, salvo las de internamiento, relegación, penitenciaría o expatriación. Cabe anotar que las tres primeras penas no fueron ratificadas por el CP de 1991, por lo que en dicho caso el aludido precepto procesal carece actualmente de significación alguna. La sentencia condenatoria impugnada, sólo si impone pena de expatriación, exigirá que el encausado quede “*entre tanto, bajo vigilancia de la autoridad política*” –así lo precisa el artículo 331° *in fine* ACPP–. Al respecto es pertinente señalar que si bien la pena de expatriación ha sido reconocida en el artículo 30°.1 CP, su legitimidad es inaceptable desde la perspectiva superior del artículo 22°.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, lo cual ha determinado que el Congreso discuta su posible exclusión. En cambio, la pena de expulsión del país, que igualmente es una pena restrictiva de libertad, prevista en el artículo 30°.2 CP sólo para extranjeros, no tiene ese grave vicio de ilegitimidad y, por ende, será posible instrumentar los mecanismos de vigilancia adecuados si su aplicación promueve la interposición de un recurso impugnatorio.

En consecuencia, la pena de inhabilitación según las normas del ACPP –con diferencia del régimen del NCPP– se ejecuta provisionalmente (no hay al respecto ninguna regla de excepción similar a la contenida en el NCPP). Siendo así, no hace falta esperar la firmeza de la sentencia condenatoria que la imponga para comenzar a ejecutar la pena de inhabilitación. El sistema que para esta clase de pena sigue el ACPP, ante la interposición de un recurso, es el de la ejecución provisional.

- 9°.** En conclusión, resulta obvio, entonces, que los alcances de la pena de inhabilitación respecto del Acuerdo Plenario número 2-2008/CJ-116, del 18 de julio de 2008, funcionan plenamente en aquellos Distritos Judiciales en los que se dictó la referida pena con arreglo al NCPP, en especial los fundamentos jurídicos 9° y 11°. Esta pena se ejecuta una vez que la sentencia condenatoria que la impuso adquirió firmeza. Por ende, el plazo de ejecución se inicia desde esa fecha, no antes.

Distinto es el caso de la pena de inhabilitación impuesta bajo el régimen procesal del ACPP, pues la impugnación que se interpone contra ella no tiene efecto suspensivo. Así las cosas, concedido el recurso impugnatorio, se remitirán las copias pertinentes al Juez de Ejecución –el Juez Penal según el ACPP y la Ley Orgánica del Poder Judicial– para que inicie el procedimiento provisional de ejecución, según las reglas sancionadas en los fundamentos jurídicos 15° al 16°. Por otro lado, en aplicación supletoria del artículo 380° del Código Procesal Civil, si la sentencia es anulada o revocada se declarará la ineeficacia de todo lo actuado sobre la base de su vigencia. El Juez Penal, en este caso, precisará las actuaciones que quedan sin efecto atendiendo a lo resuelto por el superior.

III. DECISIÓN

10°. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, por unanimidad, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial;

ACORDARON:

11°. **ESTABLECER** como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 6° al 9°.

12°. **PRECISAR** que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22° de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116° del citado estatuto orgánico.

13°. **PUBLICAR** el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial “El Peruano”. Hágase saber.

Ss.
GONZALES CAMPOS
SAN MARTÍN CASTRO
LECAROS CORNEJO
PRADO SALDARRIAGA
RODRÍGUEZ TINEO
VALDEZ ROCA
BARRIENTOS PEÑA
BIAGGI GÓMEZ
MOLINA ORDOÑEZ
BARRIOS ALVARADO
PRÍNCIPE TRUJILLO
BARANDIARÁN DEMPWOLF
NEYRA FLORES
CALDERÓN CASTILLO
ZEVALLOS SOTO

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ
VI PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y
TRANSITORIAS**

ACUERDO PLENARIO N° 4-2010/CJ-116

FUNDAMENTO: ARTÍCULO 116º TUO LOPJ

ASUNTO: Audiencia de tutela

Lima, diecisésis de noviembre de dos mil diez.

Los Jueces Supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1º. Las Salas Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización de la Presidencia de esta Suprema Corte dada mediante Resolución Administrativa N° 165—2010P—PJ, y a instancias del Centro de Investigaciones Judiciales, acordaron realizar el VI Pleno Jurisdiccional de los Jueces Supremos de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial —en adelante, LOPJ—, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

2º. El Pleno Jurisdiccional se realizó en tres fases.

En la primera fase los Jueces Supremos discutieron y definieron la agenda para lo cual tuvieron en cuenta los diversos problemas y cuestiones de relevancia jurídica que han venido conociendo en sus respectivas salas en el último año. Fue así como se establecieron los siete temas de agenda así como sus respectivos problemas específicos.

La segunda fase, denominada participación ciudadana, tuvo como finalidad promover la intervención y el aporte de la comunidad jurídica del país para la solución de cada uno de los problemas antes planteados. Para ello se habilitó el foro de participación a través del portal de internet del Poder Judicial, habiendo logrado con ello una amplia participación de diversas instituciones de la capital así como de diversas provincias del país a través de sus respectivas ponencias. Luego de una debida selección de las ponencias presentadas, se realizó en fecha 4 de noviembre la audiencia

pública en la que los representantes de todas las instituciones acreditadas sustentaron y debatieron sus respectivas ponencias ante el Pleno de los Jueces Supremos de ambas Salas Penales.

En dicha audiencia con relación al tema que aborda el presente Acuerdo sustentaron su ponencia los señores Mario Rodríguez Hurtado —en representación del Instituto de Ciencia Procesal Penal— y Frescia Sisi Villavicencio Ríos —en representación de la Escuela de Formación Procesal Penal Garantista - Huaura—, las mismas que se tuvieron en cuenta para la discusión del presente Acuerdo Plenario. Es así como finalmente se expide el presente Acuerdo Plenario, emitido conforme a lo dispuesto en el Artículo 116° de la LOPJ, que, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial a dictar este tipo de Acuerdos con la finalidad de concordar criterios jurisprudenciales de su especialidad.

- 3°.** La tercera fase del VI Pleno Jurisdiccional comprendió ya el proceso de discusión y formulación de los acuerdos plenarios cuya labor recayó en los respectivos Jueces Ponentes en cada uno de los siete temas. Esta fase culminó el día de la sesión plenaria realizada en la fecha con participación de todos los jueces integrantes de las Salas Permanente y Transitoria, interviniendo todos con igual derecho de voz y voto.
- 4°.** La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario.

Interviene como Ponente señor PRÍNCIPE TRUJILLO.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. Aspectos generales

- 5°.** El artículo 71° del NCPP prevé los derechos del imputado y, específicamente, en el apartado cuatro regula la denominada —Audiencia de tutela. Esta figura legal está prevista en la Sección Cuarta —El Ministerio Público y los demás sujetos procesalesII, Capítulo Primero —El imputadoII, Título II —El imputado y el abogado defensorII del Libro Primero —Disposiciones GeneralesII del Nuevo Código Procesal Penal —en adelante, NCPP—.

Prescribe la citada norma que: “*1. El imputado puede hacer valer por sí mismo, o a través de su Abogado Defensor, los derechos que la Constitución y las Leyes le conceden, desde el inicio de las primeras diligencias de investigación hasta la culminación del proceso... 4. Cuando el imputado considere necesario que durante las Diligencias Preliminares o en la Investigación Preparatoria no se ha dado cumplimiento a estas disposiciones, o que sus derechos no son respetados, o que es objeto de medidas limitativas de derechos indebidos o de requerimientos ilegales, puede acudir en vía de tutela al Juez de la Investigación Preparatoria para que subsane la omisión o dicte las medidas de corrección o de protección*

que correspondan. La solicitud del imputado se resolverá inmediatamente, previa constatación de los hechos y realización de una audiencia con intervención de las partes”.

- 6º. Los derechos fundamentales son aquellos que se encuentran incluidos en la Constitución Política como norma constitutiva y organizativa del Estado que son considerados como esenciales en el sistema político y que están especialmente vinculados a la dignidad humana. Es decir, son aquellos derechos que dentro del Ordenamiento Jurídico disfrutan de un **estatus** especial en cuanto a garantías —de tutela y reforma—.

Es así que el reconocimiento y la preocupación por la plena vigencia de estos derechos son acontecimientos que cuentan con una relevancia trascendental, pues los mandatos de la Constitución adquieren una gran influencia, no sólo porque ocupa la posición de primer nivel en el ordenamiento jurídico —artículo 138º, segundo párrafo— sino porque materialmente en el proceso penal los derechos en conflicto son fundamentales, de relevancia constitucional, al estar integrados el derecho de punir que corresponde al juez —artículos 138º y 139º.10 de la Constitución— con los derechos del imputado que también están protegidos constitucionalmente —artículo 139º.14— [SAN MARTÍN CASTRO, César. (2003) **Derecho Procesal Penal**. 2da. Ed. Lima, Grijley E.I.R.L., p. 79].

- 7º. De lo expresado en el fundamento jurídico precedente se desprende que la Constitución, especialmente en su artículo 139º, ha reconocido un conjunto de derechos y principios procesales del que se derivan un conjunto de consecuencias en orden tanto a los derechos y garantías de los justiciables, cuanto a los límites de los poderes públicos. En este orden, es que la Constitución ha incorporado un conjunto de garantías genéricas y una extensa relación de garantías específicas que tienen que ver con una vasta relación de cláusulas de relevancia constitucional que definen los aspectos de la jurisdicción penal, la formación del objeto procesal y el régimen de actuación de las partes.

- 8º. Las garantías procesales genéricas son aquellas normas generales que guían el desenvolvimiento de la actividad procesal. En ocasiones sirven para reforzar el contenido de las garantías específicas. Su valor se acrecienta cuando se amparan en ellas garantías concretas que, por la circunstancia que fuere, no quedaron incluidas de modo expreso en la Constitución. Estas son:

- i) El debido proceso (artículo. 139º inciso3).
- ii) El derecho a la tutela jurisdiccional (artículo 139º inciso 3).
- iii) El derecho a la presunción de inocencia (artículo 2º inciso 24. —ell).
- iv) El derecho de defensa (artículo 139º inciso 14).

- 9º. La Constitución se convierte así en el referente por autonomía, no solo del legislador procesal sino de toda actuación de los encargados de la persecución penal, y de las personas que de una u otra manera se ven vinculadas a un caso penal. Esta

afirmación implica un deber de protección de los derechos fundamentales durante todo el proceso penal, lo que no significa la omisión de tutelar otros bienes o valores jurídicos constitucionalmente valiosos, en la medida que tales derechos son relativos y no absolutos. Por ello, el Tribunal Constitucional ha sostenido que el respeto de los derechos fundamentales de los procesados no es incompatible con el deber de los jueces de determinar, dentro de un proceso penal debido, la responsabilidad penal del imputado [STC N° 9081-2006-PHC/TC, del 1 de junio de 2007].

2. La audiencia de tutela. Alcances

- 10°.** Los derechos fundamentales deben gozar de mayor protección y por ello es que a nivel procesal la Audiencia de tutela es uno de los principales aportes del nuevo sistema procesal. Los derechos protegidos a través de esta Audiencia son los que se encuentran recogidos taxativamente en el artículo 71º del NCPP. Son los siguientes: **(i)** conocimiento de los cargos incriminados, **(ii)** conocimiento de las causas de la detención, **(iii)** entrega de la orden de detención girada, **(iv)** designación de la persona o institución a la que debe avisarse de la detención y concreción inmediata de esto, **(v)** posibilidad de realizar una llamada, en caso se encuentre detenido, **(vi)** defensa permanente por un abogado, **(vii)** posibilidad de entrevistarse en forma privada con su abogado, **(viii)** abstención de declarar o declaración voluntaria, **(ix)** presencia de abogado defensor en la declaración y en todas las diligencias que requieran su concurso, **(x)** no ser objeto de medios coactivos, intimidatorios o contrarios a la dignidad, ni ser sometidos a técnicas o métodos que induzcan o alteren la libre voluntad, **(xi)** no sufrir restricciones ilegales, y **(xii)** ser examinado por un médico legista o por otro profesional de la Salud, cuando el estado de salud así lo requiera. En salvaguarda de su efectiva vigencia, de esta audiencia de tutela pueden emanar resoluciones judiciales que corrijan los desafueros cometidos por la Policía o los Fiscales, así como también protejan al afectado.
- 11°.** La finalidad esencial de la audiencia de tutela es, entonces, la protección, resguardo y consiguiente efectividad de los derechos del imputado reconocidos por la Constitución y las leyes. Desde esta perspectiva, el Juez de la Investigación Preparatoria se erige en un Juez de Garantías durante las diligencias preliminares y la investigación preparatoria ejerciendo su función de control de los derechos ante la alegación del imputado de que se ha producido la vulneración de uno o varios de sus derechos reconocidos específicamente en el artículo 71º del NCPP, responsabilizando al Fiscal o a la Policía del agravio. En otras palabras, su finalidad esencial consiste en que el Juez determine, desde la instancia y actuación de las partes, la vulneración al derecho o garantía constitucional prevista en la citada norma y realice un acto procesal dictando una medida de tutela correctiva —que ponga fin al agravio—, reparadora —que lo repare, por ejemplo, subsanando una omisión— o protectora.
- 12°.** Un aspecto vital que es de destacar es que la tutela de derechos es un mecanismo eficaz tendiente al restablecimiento del **statu quo** de los derechos vulnerados, que

encuentra una regulación expresa en el NCPP, y que debe utilizarse única y exclusivamente cuando haya una infracción —ya consumada— de los derechos que asiste al imputado. Como puede apreciarse, es un mecanismo o instrumento procesal que se constituye en la mejor vía reparadora del menoscabo sufrido, y que incluso puede funcionar con mayor eficiencia y eficacia que un proceso constitucional de habeas corpus [ALVA FLORIÁN, César A. (2004) *La Tutela de Derechos en el Código Procesal Penal de 2004*. Lima, Gaceta Jurídica, p. 13.]

13º. Dicho de otro modo, la Tutela de derechos es un instrumento idóneo para salvaguardar las garantías del imputado y, a su vez, regular las posibles desigualdades entre perseguidor y perseguido. Esta institución procesal penal es por tanto uno de los principales mecanismos para realizar el control de legalidad de la función del fiscal, quien deberá conducir y desarrollar toda su estrategia persecutoria siempre dentro del marco de las garantías básicas, siendo consciente que cualquier acto que traspase el marco de los derechos fundamentales podrá ser controlado por el Juez de la Investigación Preparatoria. Queda claro entonces que en el nuevo modelo procesal penal es fundamental la idea de control en el ejercicio del *ius puniendi* estatal.

En este sentido, aquellos requerimientos o disposiciones fiscales que vulneran derechos fundamentales constitucionales pero que tienen vía propia para la denuncia o control respectivo, no podrán cuestionarse a través de la audiencia de tutela. En efecto, ocurre que el NCPP ha establecido en varios casos mecanismos específicos para ventilar asuntos relativos a los derechos básicos del imputado, como sucede con las audiencias de control del plazo de las diligencias preliminares o de la investigación preparatoria formalizada (artículos 334º.1, 343º. 2) o con aquella que sustancia el reexamen de la intervención de las comunicaciones telefónicas o análogas (artículo 231º.3). Por ello no es errado afirmar que la audiencia de tutela es residual, esto es, opera siempre que el ordenamiento procesal no especifique un camino determinado para la reclamación por un derecho afectado [RODRÍGUEZ HURTADO, Mario, Ponencia presentada para la Audiencia Pública del VI Pleno Jurisdiccional se las Salas Penales de la Corte Suprema]. En esa misma línea, no podrá cuestionarse a través de la tutela la inadmisión de diligencias sumariales solicitadas por la defensa durante la investigación, pues, para este efecto rige lo dispuesto en el artículo 337º.4 del NCPP.

14º. Ahora bien, lo expuesto en el fundamento jurídico precedente no significa que el imputado o su abogado defensor puedan cuestionar a través de la audiencia de tutela cualquier tipo de disposición o requerimiento que haga el fiscal, pues solamente se pueden cuestionar los requerimientos ilegales que vulneran derechos fundamentales relacionados con los enumerados en el artículo 71º numerales del 1 al 3 del NCPP. Por lo tanto, aquellos requerimientos o disposiciones fiscales que vulneran derechos fundamentales pero que tienen vía propia para la denuncia o control respectivo, no podrán cuestionarse a través de la audiencia de tutela. En efecto, ocurre que el NCPP ha establecido en varios casos mecanismos específicos para ventilar asuntos relativos a los derechos básicos del imputado, como sucede como las

audiencias de control del plazo de las diligencias preliminares o de la investigación preparatoria formalizada (artículos 334º.1, 343º.2) o con aquella que sustancia el reexamen de la intervención de las comunicaciones telefónicas o análogas (artículo 231.3). Por ello no es errado afirmar que la audiencia de tutela es residual, esto es, opera siempre que el ordenamiento procesal no especifique un camino determinado para la reclamación por un derecho afectado¹⁰¹.

- 15º.** Siendo ello así, el Juez de la Investigación Preparatoria está obligado a convocar a audiencia de tutela si se presenta una solicitud para la tutela del respeto a un derecho fundamental que no tiene vía propia. No obstante, debe de realizar una calificación del contenido de la solicitud porque eventualmente el agravio puede constituirse en irreparable si se cita a audiencia, por lo que en este caso excepcionalmente puede resolver de manera directa y sin audiencia. Asimismo, no está obligado a convocar a audiencia de tutela en los casos que aprecie manifiesta intención del imputado o de su abogado defensor de obstruir la labor de investigación de la fiscalía en vez de debatir sobre la existencia de un agravio de derechos. El Juez, por tanto, está habilitado para realizar un control de admisibilidad de la petición respectiva y, en su caso, disponer el rechazo liminar, cuidando siempre de verificar cada caso en particular para no dejar en indefensión al imputado.
- 16º.** Por otro lado, si bien los actos de investigación realizados por el Ministerio Público gozan de amparo legal por tratarse de la autoridad pública encargada de la persecución del delito, ello no implica que sean inatacables o incuestionables, puesto que han de sujetarse a la ley y al principio de objetividad. Es decir, estos actos de investigación podrán quedar viciados o excluidos, según el caso, si se vulneraron derechos fundamentales que se encuentran recogidos en el artículo 71º NCPP, esto es, si por ejemplo se efectuó su detención sin haberle puesto en conocimiento al imputado de los derechos fundamentales que le asisten, por lo que el Juez en audiencia de tutela dictará las medidas que correspondan de acuerdo a ley.
- 17º.** Asimismo, a través de la audiencia de tutela se podrá solicitar la exclusión del material probatorio obtenido ilícitamente —en los casos en que ésta 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 71º 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 sólo 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

101 RODRÍGUEZ HURTADO, Mario: Ponencia presentada para la Audiencia Pública del VI Pleno Jurisdiccional se las Salas Penales de la Corte Suprema.

artículo VIII del Título Preliminar del NCPP y de la utilización de la prueba —regulado en el artículo 159º del acotado Código— 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.

- 18º.** 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 sólo 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.
- 19º.** En síntesis, es de afirmar, que la Tutela de Derechos es una garantía de específica relevancia procesal penal, que puede usar el imputado cuando ve afectado y vulnerado uno o varios derechos establecidos específicamente en el artículo 71º del NCPP, quien puede acudir al Juez de Investigación Preparatoria para que controle judicialmente la legitimidad y legalidad de los actos de investigación practicados por el Ministerio Público y repare, de ser el caso, las acciones u omisiones que generaron el quebrantamiento del derecho de las partes procesales. La vía de tutela judicial sólo podrá hacerse efectiva durante las diligencias preliminares y en la investigación preparatoria propiamente dicha.

III. DECISIÓN

- 20º.** En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial;

ACORDARON:

- 21°. ESTABLECER** como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 10° al 19°.
- 22°. PRECISAR** que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22° de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116° del citado estatuto orgánico.
- 23°. PUBLICAR** el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial —El Peruano—. Hágase saber.

Ss.

SAN MARTÍN CASTRO
LECAROS CORNEJO
PRADO SALDARRIAGA
RODRÍGUEZ TINEO
BARRIOS ALVARADO
PRÍNCIPE TRUJILLO
NEYRA FLORES
BARANDIARÁN DEMPWOLF
CALDERÓN CASTILLO
SANTA MARIA MORILLO

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ
PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y
TRANSITORIAS**

ACUERDO PLENARIO N° 5-2010/CJ-116

FUNDAMENTO: ARTÍCULO 116º TUO LOPJ

ASUNTO: Incautación

Lima, dieciséis de noviembre de dos mil diez.

Los Jueces Supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidos en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1º. Las Salas Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Presidente del Poder Judicial mediante Resolución Administrativa número 165-2010-P-PJ, y el concurso del Centro de Investigaciones Judiciales, bajo la coordinación del señor San Martín Castro, acordaron realizar el VI Pleno Jurisdiccional de los Jueces Supremos de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial —en adelante, LOPJ—, para dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

2º. El Pleno Jurisdiccional se realizó en tres fases.

En la primera fase —determinación de los temas jurídico penales objeto de tratamiento plenario— los señores Jueces Supremos discutieron y definieron la agenda. Al respecto, se tuvo en cuenta los diversos problemas y cuestiones de relevancia jurídico penal que han venido conociendo en sus respectivas Salas en el último año. Se estableció siete temas objeto de tratamiento jurisprudencial y sus respectivos problemas específicos.

En la segunda fase, denominada participación ciudadana, tuvo como finalidad promover la intervención y el aporte de la comunidad jurídica del país para la solución de cada uno de los problemas antes planteados. Para ello se habilitó el foro de participación a través del portal electrónico del Poder Judicial, con el que se logró un amplio concurso de diversas instituciones del país a través de sus respectivas ponencias.

Luego de una debida selección de las ponencias presentadas, se realizó en fecha cuatro de noviembre la audiencia pública correspondiente. Los representantes de todas las instituciones acreditadas sustentaron y debatieron sus respectivas ponencias ante el Pleno de los Jueces Supremos de ambas Salas Penales.

- 3º. En cuanto al tema en debate: —la incautaciónII, informaron oralmente los señores Alcides Mario Chinchay Castillo —en representación del Instituto de Ciencia Procesal Penal— y Víctor Burgos Mariño —en representación del Centro de Estudios para la Reforma de la Justicia, Democracia y Libertad—.
- 4º. La tercera fase del VI Pleno Jurisdiccional comprendió el proceso de discusión y formulación de los Acuerdos Plenarios, labor que recayó en los señores Jueces Supremos Ponentes en cada uno de los siete temas. Esta fase culminó con la Sesión Plenaria realizada en la fecha. Los diez señores Jueces Supremos intervinieron con igual derecho de voz y voto.
- 5º. El Acuerdo Plenario, como expresión de una decisión común de los señores Jueces Supremos en lo Penal, se emite conforme a lo dispuesto en el Artículo 116º de la LOPJ, que faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial a dictar decisiones de esta naturaleza con la finalidad de concordar criterios jurisprudenciales de su especialidad.
- 6º. La deliberación y votación del tema —la incautaciónII se realizó el día de la fecha. Como resultado de la deliberación y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario.

Interviene como ponente el señor San Martín Castro.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. *Aspectos generales. Objeto de la incautación*

- 7º. La incautación, en cuanto medida procesal, presenta una configuración jurídica dual: como medida de búsqueda de pruebas y restricción de derechos —propiamente, medida instrumental restrictiva de derechos— (artículos 218º al 223º del Nuevo Código Procesal Penal —en adelante, NCPP—), y como medida de coerción —con una típica función cautelar— (artículos 316º al 320º del NCPP—). En ambos casos es un acto de autoridad que limita las facultades de dominio respecto de bienes o cosas relacionadas, de uno u otro modo, con el hecho punible.

En el primer caso, su función es primordialmente conservativa —de aseguramiento de fuentes de prueba material— y, luego, probatoria que ha de realizarse en el juicio oral. En el segundo caso, su función es substancialmente de prevención del ocultamiento de bienes sujetos a decomiso y de impedimento a la obstaculización de la averiguación de la verdad.

Aún cuando en la identificación de los bienes sujetos a una u otra medida existen ámbitos comunes —pueden cumplir funciones similares—, lo esencial estriba en la

función principal que cumplen, básicamente de cara a la posibilidad de una consecuencia accesoria de decomiso, con arreglo al artículo 102º del Código Penal —en adelante, CP—.

- 8º. La incautación instrumental (artículo 218º NCPP) recae contra *(i)* los bienes que constituyen cuerpo del delito, o contra *(ii)* las cosas que se relacionen con el delito o que sean necesarias para el esclarecimiento de los hechos investigados. El objeto de esta medida de aseguramiento es amplio y, por su propia naturaleza investigativa, comprende una extensa gama de bienes u objetos relacionados, de uno u otro modo, con el delito.

En estricto sentido se entiende por;

- A. ‘Cuerpo del delito’, además de la persona —el cadáver en el delito de homicidio— comprende al objeto del delito, es decir, aquél contra el que recae el hecho punible o que ha sufrido directamente sus efectos lesivos —la droga en el delito de tráfico ilícito de drogas—.
- B. Las ‘cosas relacionadas con el delito o necesarias para su esclarecimiento’, son tanto las ‘piezas de ejecución’: medios u objetos a través de los cuales se llevó a cabo la comisión del delito, como las denominadas ‘piezas de convicción’: cosas, objetos, huellas o vestigios materiales, que pueden servir para la comprobación de la existencia, autoría o circunstancias del hecho punible.

- 9º. La incautación cautelar (artículo 316º.1 NCPP) incide en los efectos provenientes de la infracción penal, en los instrumentos con los que se ejecutó y en los objetos del delito permitidos por la ley.

- A. Los efectos del delito o *producta scaeleris* son los objetos producidos mediante la acción delictiva, como el documento o la moneda falsa, así como las ventajas patrimoniales derivadas del hecho punible, como el precio del cohecho, el del delincuente a sueldo, o la contraprestación recibida por el transporte de droga, etcétera.
- B. Los instrumentos del delito o *instrumenta scaeleris* son los objetos que, puestos en relación de medio a fin con la infracción, han servido para su ejecución, tales como el vehículo utilizado para el transporte de la mercancía, los útiles para el robo, el arma empleada, maquinarias del falsificador, etcétera.
- C. Los objetos del delito son las cosas materiales sobre las que recayó la acción típica, como por ejemplo las cosas hurtadas o robadas, armas o explosivos en el delito de tenencia ilícita de las mismas, la droga en el delito de tráfico ilícito de drogas, los bienes de contrabando en dicho delito, etcétera, para lo que se requiere una regulación específica.

En estos casos la incautación como medida procesal precede al decomiso como consecuencia accesoria que se dictará en la sentencia (artículo 102º CP).

- 10º. Como se advierte de los párrafos precedentes, los bienes y objetos que pueden incautarse —privación de la posesión de un bien u objeto y su consecuente

indisponibilidad y ocupación por la autoridad penal— cumplen en la mayoría de los casos una doble función: garantiza su eventual decomiso como consecuencia accesoria del delito conforme a las disposiciones del artículo 102º y siguientes del CP, y permite su eficaz control para la acreditación del hecho punible —asegura su utilización por las partes y el Juez como objeto de prueba—.

Como ya quedó expuesto, la función que prima en el caso concreto será la determinante, aunque desde luego una distinción radical es, por lo menos, particularmente complicada. A estos efectos, se ha de tener en cuenta el estado de la causa —específicamente, de la investigación— al momento de su imposición, y la evidencia de que se trata de un bien u objeto destinado, sin dificultad alguna, a la consecuencia accesoria del decomiso.

2. Régimen de la incautación

11º. La incautación, instrumental o cautelar, es una medida que la realiza, en primer término, la Policía o la Fiscalía, pero a continuación requiere de la decisión confirmatoria del Juez de la Investigación Preparatoria.

- A.** En los casos de flagrancia delictiva —en las modalidades reconocidas por el artículo 259º NCPP— o de peligro inminente de su perpetración, por su propia configuración situacional, es obvio que la Policía debe incautar los bienes o cosas relacionadas, de uno u otro modo, con el hecho punible. La necesidad de la ocupación de bienes u objetos vinculados al delito, a fin de ponerle término y garantizar su probanza efectiva, a la par que consolidar la razonabilidad de la intervención policial, está fuera de discusión. En estos casos la comisión del delito se percibe con evidencia —se da una relación directa del delinquiente con el bien o cosa relacionada con el delito— y exige de manera inexcusable una inmediata intervención de la autoridad.
- B.** Fuera de ambos supuestos, la incautación en el curso de la investigación preparatoria —en especial durante las denominadas —primeras diligenciasII— requiere de una decisión del Fiscal. La autoridad policial, por consiguiente, necesita de una expresa autorización del Fiscal. A su vez, la legalidad de la orden o autorización fiscal se centra, sin perjuicio de la presencia de indicios de criminalidad mínimos, en lo que se denomina —peligro por la demoraII, en tanto fin constitucionalmente legítimo. El juicio de necesidad de la medida es básico. Es el riesgo fundado de que de no incautarse o secuestrarse un bien o cosa delictiva haría ineficaz la averiguación de la verdad —obstrucción de la investigación y del proceso en general— y en su caso las medidas de ejecución penal pertinentes. La incautación, precisamente, garantiza que no se desaparezcan u oculten tales bienes o cosas, con lo que se dificultaría su apreciación judicial como objeto de prueba o se frustraría el ulterior decomiso, si correspondiera —la efectividad de la tutela que pudiera otorgarse en una eventual sentencia se pondría en crisis—.

- c. Se requerirá previa orden judicial cuando el peligro por la demora, no es que sea inexistente, sino que en él no confluja la noción de urgencia y siempre que se trate de bienes objeto de decomiso (artículo 317º NCPP). Esta noción dice de la perentoriedad o necesidad inmediata, apremiante de la incautación; cuando el riesgo de desaparición del bien o cosa delictiva es más actual o grave. Si no se presenta esta situación fáctica será del caso pedir la orden judicial.
- 12º. La intervención judicial es imprescindible. Salvo el supuesto c) del parágrafo anterior, que requiere resolución judicial previa —el Juez tiene aquí la primera palabra—, la regla es que ejecutada la medida por la Policía *motu proprio* o por decisión de la Fiscalía, el Juez de la Investigación Preparatoria debe dictar una resolución, que puede ser confirmatoria de la decisión instada por el Fiscal o desaprobatoria de la incautación policial—fiscal.

La regla general en la materia es que la decisión judicial se dicta sin trámite alguno —el mismo día o a más tardar al día siguiente—, salvo norma específica al respecto (artículos 203º y 254º.1 NCPP). En los dos supuestos de incautación, instrumental y cautelar, no se exige la celebración de una audiencia; sólo el previo traslado a las partes o sujetos procesales, en especial al afectado, si no existiere riesgo fundado de pérdida de finalidad de la medida —si el conocimiento de la posible incautación podría determinar la desaparición u ocultamiento del bien o cosa delictiva—. Pero, por otro lado, es posible que el Juez, discrecionalmente, decida la realización de una audiencia. Disponer el traslado o realizar la audiencia es una decisión previa inimpugnable, opción que, en caso de revisión de la decisión final, no puede ser censurada por el Tribunal Superior, a menos que ponga en serio riesgo la finalidad procesal de la incautación o no persiga utilidad procesal alguna.

3. Ausencia de resolución judicial. Efectos procesales

- 13º. La incautación siempre requiere de una resolución judicial, sea antes de su ejecución —excepción, parágrafo 10º, literal c)— o después de ella —regla general, parágrafo 10º, literales a) y b)—. En el último caso, la ausencia de la intervención y ulterior resolución judicial, al vulnerarse un requisito de la actividad procesal, importa un defecto cuya subsanación, empero, es posible. Un efecto distinto —de nulidad absoluta e insubsanabilidad—, en cambio, tiene el primer supuesto, atento a su especial relevancia: sin resolución judicial no puede tener lugar legalmente una incautación.

La confirmación judicial debe solicitarse inmediatamente (artículo 203º.3 y 317º.2 NCPP). Esto último significa que entre el momento en que tiene lugar la incautación y que se presenta la solicitud de confirmación judicial no debe mediar solución de continuidad. Debe realizarse enseguida, sin tardanza injustificada, lo que será apreciable caso por caso, según las circunstancias concretas del mismo. La justificación de la tardanza se examinará con arreglo al principio de proporcionalidad.

La confirmación judicial constituye un requisito más de la incautación como actividad compleja que, sin embargo, sólo persigue dotarla de estabilidad instrumental

respecto de la cadena de actos que pueden sucederse en el tiempo y que de uno u otro modo dependan o partan de él. Por tanto, la tardanza u omisión de la solicitud de confirmación judicial —al no importar la infracción de un precepto que determine la procedencia legítima de la incautación— no determina irremediablemente la nulidad radical de la propia medida ni su insubsanabilidad. El plazo para requerir la respectiva resolución jurisdiccional, en este caso, no es un requisito de validez o eficacia de la incautación —sin perjuicio de la responsabilidad administrativa que acarrea al Fiscal omiso—. Su incumplimiento no está asociada, como consecuencia legalmente prevista, a específicas y severas sanciones procesales: nulidad absoluta o anulabilidad —requisito indispensable para anular los efectos jurídicos correspondientes—.

- 14º.** Siendo indispensable la intervención judicial, que es una condición previa para la valorabilidad de toda incautación desde la perspectiva probatoria, desde luego, no es posible utilizar como evidencia lo obtenido a través de la incautación mientras no se ha cumplido con el correspondiente control jurisdiccional. En estos casos, para decidir acerca de una petición concreta derivada o vinculada a la incautación la autoridad judicial debe realizar, con carácter previo pero en ese mismo acto, una evaluación de la legalidad de la incautación. De no ser posible el aludido examen por la necesidad de un debate más amplio, será del caso rechazar provisoriamente el requerimiento o la solicitud que, como dato esencial, se sustentó en la incautación a fin de definirla anticipadamente y, emitida la decisión respectiva, recién pronunciarse sobre su mérito.

4. Reexamen de la incautación

- 15º.** El afectado por una medida de incautación, instrumental o cautelar, que en ambos casos tiene la condición de intervintente accesorio, tiene dos opciones: interponer recurso de apelación o solicitar el reexamen de la medida. La institución del reexamen se asocia a la incorporación de actos de investigación o de algún elemento de convicción luego de la realización del acto mismo, que modifique la situación que inicialmente generó la incautación. Desde luego, si la incautación carece desde un inicio de los presupuestos materiales que la determinan será del caso interponer el respectivo recurso de apelación.

El tercero que alegue ser propietario de un bien incautado y que no ha intervenido en el delito, dice el artículo 319º.2 NCPP, puede solicitar el reexamen de la medida de incautación, a fin de que se levante y se le entregue el bien de su propiedad. Esta norma no significa que sólo tiene esta opción, pues muy bien, frente a la contundencia de la evidencia preexistente —no la que puede aportar con posterioridad a la incautación— puede intentar derechamente la apelación. El reexamen, por lo demás, importa un análisis de la medida a partir de nuevos indicios procedimentales o elementos de convicción; no controla la incautación sobre la base de las evidencias existentes cuando ésta se decretó o efectivizó.

III. DECISIÓN

16°. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional por unanimidad, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial;

ACORDARON:

17°. ESTABLECER como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 6° a 15°.

18°. PRECISAR que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22° de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116° del citado estatuto orgánico.

19°. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial —El Peruano—. Hágase saber.

Ss.

SAN MARTÍN CASTRO

LECAROS CORNEJO

PRADO SALDARRIAGA

RODRÍGUEZ TINEO

BARRIOS ALVARADO

PRÍNCIPE TRUJILLO

NEYRA FLORES

BARANDIARÁN DEMPWOLF

CALDERÓN CASTILLO

SANTA MARIA MORILLO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ VI PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIAS

ACUERDO PLENARIO N° 6-2010/CJ-116

FUNDAMENTO: ARTÍCULO 116º TUO LOPJ

ASUNTO: Acusación directa y proceso inmediato.

Lima, dieciséis de noviembre de dos mil diez.

Los Jueces Supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

- 1º.** Las Salas Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización de la Presidencia de esta Suprema Corte dada mediante Resolución Administrativa N° 165-2010-P-PJ, y a instancias del Centro de Investigaciones Judiciales, acordaron realizar el VI Pleno Jurisdiccional de los Jueces Supremos de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial —en adelante, LOPJ—, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.
- 2º.** El Pleno Jurisdiccional se realizó en tres fases.

En la primera fase los Jueces Supremos discutieron y definieron la agenda para lo cual tuvieron en cuenta los diversos problemas y cuestiones de relevancia jurídica que han venido conociendo en sus respectivas salas en el último año. Fue así como se establecieron los siete temas de agenda así como sus respectivos problemas específicos.

La segunda fase, denominada participación ciudadana, tuvo como finalidad promover la intervención y el aporte de la comunidad jurídica del país para la solución de cada uno de los problemas antes planteados. Para ello se habilitó el foro de participación a través del portal de internet del Poder Judicial, habiendo logrado con ello una amplia participación de diversas instituciones de la capital así como de diversas provincias del país a través de sus respectivas ponencias. Luego de una debida selección de las ponencias presentadas, se realizó en fecha 4 de noviembre la audiencia

pública en la que los representantes de todas las instituciones acreditadas sustentaron y debatieron sus respectivas ponencias ante el Pleno de los Jueces Supremos de ambas Salas Penales.

En dicha audiencia, con relación al tema que aborda el presente Acuerdo, sustentaron su ponencia los señores Mario Rodríguez Hurtado —en representación del Instituto de Ciencia Procesal Penal—; Ana Cecilia Hurtado Huaila —en representación del Centro de Estudios de Derecho Penal Económico y de la Empresa—; y Miguel Falla Rosado —en representación del Centro para la Investigación y Mejora de la Calidad en el Servicio de la Justicia - Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo—, las mismas que se han tenido en cuenta para en la discusión del presente Acuerdo Plenario. Es así como finalmente se expide el presente Acuerdo Plenario, emitido conforme a lo dispuesto en el Artículo 116° de la LOPJ, que, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial a dictar este tipo de Acuerdos con la finalidad de concordar criterios jurisprudenciales de su especialidad.

- 3°.** La tercera fase del VI Pleno Jurisdiccional comprendió ya el proceso de discusión y formulación de los acuerdos plenarios cuya labor recayó en los respectivos Jueces Ponentes en cada uno de los siete temas. Esta fase culminó el día de la sesión plenaria realizada en la fecha con participación de todos los jueces integrantes de las Salas Permanente y Transitoria, interviniendo todos con igual derecho de voz y voto. Es así como finalmente se expide el presente Acuerdo Plenario, emitido conforme a lo dispuesto en el artículo 116° LOPJ, que, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial a dictar este tipo de Acuerdos con la finalidad de concordar criterios jurisprudenciales de su especialidad.
- 4°.** En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia lo debatido en audiencia pública sobre diversos aspectos de la acusación directa y el proceso inmediato. En concreto, sobre los alcances y diferencias de ambas instituciones según lo regulado por el Nuevo Código Procesal Penal —en adelante, NCPP—. Respecto a la acusación directa, la viabilidad de la formalización de la investigación preparatoria, el requerimiento de las medidas de coerción personales y reales y la oportunidad de la constitución de las partes procesales. En cuanto al proceso inmediato, si siempre se requiere previamente formalización de la Investigación Preparatoria, audiencia para resolver tal proceso especial, con quiénes, el requerimiento de las medidas de coerción personales y reales, la oportunidad para la constitución de las partes procesales y el momento de aportar los medios probatorios y controlar los ofrecidos en dicho proceso.
- 5°.** La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario.

Interviene como ponente señor Neyra Flores.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. *Aspectos generales*

- 6º. La acusación directa forma parte del proceso común y es un mecanismo de aceleración del proceso que busca evitar trámites innecesarios. Se encuentra regulada en el artículo 336°.4 NCPP y faculta al Fiscal formular directamente acusación, si concluidas las Diligencias Preliminares o recibido el Informe Policial considera que los elementos obtenidos en la investigación establecen suficientemente la realidad del delito y la intervención del imputado en su comisión. Esta facultad procesal se funda en la necesidad de generar respuestas rápidas al conflicto penal, la economía procesal y la eficiencia del nuevo proceso penal.
- 7º. El proceso inmediato es un proceso penal especial y además una forma de simplificación procesal que se fundamenta en la facultad del Estado de organizar la respuesta del sistema penal con criterios de racionalidad y eficiencia sobre todo en aquellos casos en los que, por sus propias características, son innecesarios mayores actos de investigación. Su regulación, en sus aspectos esenciales, se encuentra desarrollada en el Libro V, Sección I, artículos 446°/448° NCPP correspondiente a los procesos especiales. Por tanto, siguiendo la línea fijada en el Acuerdo Plenario N° 05-2009/CJ-116, la regla hermenéutica que es del caso utilizar será aquella que establece 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 inmediato o las disposiciones y su estructura procesal [Acuerdo Plenario 05-2009 CJ-116 de la Corte Suprema de la República, del 13 de noviembre de 2009, Fundamento Jurídico 6].
2. *Alcances de la acusación directa conforme al artículo 336°.4 NCPP y diferencias con el proceso inmediato regulado en el artículo 446° y ss NCPP.*
- 8º. La acusación directa como parte del proceso común faculta al Ministerio Público acusar directamente, siempre que estén presentes todos los presupuestos de la punibilidad y de la perseguitabilidad y se cumplan los supuestos de aplicación contemplados en el artículo 336°.4 NCPP. En el presente caso, el Fiscal decide pasar directamente a la etapa intermedia prescindiendo de la etapa de investigación formal. La acusación directa formulada por el Ministerio Público deberá cumplir con los presupuestos contemplados en el artículo 349° NCPP, y previo traslado del requerimiento a las partes el Juez de la Investigación Preparatoria ejercerá el correspondiente control de acusación pudiendo desestimar el pedido Fiscal cuando concurra alguna de las causales de sobreseimiento, previstas en el artículo 348° NCPP.
- 9º. El proceso inmediato es un proceso especial distinto del proceso común. Sus supuestos de aplicación se encuentran suficientemente desarrollados en el artículo 446° NCPP. El Fiscal podrá solicitar la aplicación del proceso inmediato al Juez de la Investigación Preparatoria. El requerimiento de proceso inmediato se presentará luego de

culminadas las diligencias preliminares, o en su defecto, hasta antes de transcurrido 30 días de la formalización de la investigación preparatoria. La solicitud del Fiscal está sujeta a la decisión jurisdiccional, pues la exigencia de su aplicación está condicionada a los presupuestos contemplados por el artículo 446°.1 NCPP. Asimismo, el requerimiento de incoación de proceso inmediato deberá ser notificado a las demás partes procesales, quienes podrán pronunciarse sobre su procedencia.

En el caso que el Juez admite el requerimiento emitirá un auto que dispone la procedencia de este proceso especial, luego de lo cual el Fiscal formulará acusación y lo remitirá al Juez competente para que dicte acumulativamente el auto de enjuiciamiento y de citación a juicio. Al ser el proceso inmediato distinto al proceso común y no haber etapa intermedia, será el Juez del Juicio Oral quien controle la acusación y evaluará la admisión de los medios probatorios que podrán presentar los demás sujetos procesales de constitución en parte procesal, así como otros requerimientos.

En el caso que no concurren los supuestos taxativos de aplicación del proceso inmediato, el Juez de la Investigación Preparatoria podrá desestimar la solicitud del Fiscal. La decisión que desestima el pedido podrá ser apelada.

3. *La acusación directa y la disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria.*

10°. La Disposición de formalización de la investigación preparatoria es la comunicación formal que el Fiscal dirige al imputado para efectos de hacer de su conocimiento la imputación clara y precisa de los hechos que se le atribuyen, la correspondiente calificación jurídica específica y, por ende, que se va realizar una investigación formalizada en su contra, posibilitándole, a través de su abogado defensor, aportar los medios de investigación y de prueba que estime pertinentes.

Asimismo, este acto fiscal fija las diligencias que se actuarán en la etapa de investigación preparatoria propiamente dicha. Es decir, que si el Ministerio Público considera que las diligencias actuadas preliminarmente establecen la suficiencia fáctica y probatoria del hecho y la vinculación del imputado al mismo, dispondrá la formalización de la Investigación Preparatoria estableciendo las diligencias que de inmediato deban actuarse.

11°. En el caso de que el Fiscal ha decidido no continuar con las diligencias de investigación y acusar directamente —como una de sus facultades como director de la investigación— el imputado solo solicitaría la realización de elementos de convicción durante las diligencias preliminares porque no se produciría la etapa de Investigación Preparatoria por ser innecesaria, ni tampoco una formalización de la Investigación Preparatoria en este sentido.

Además, el artículo 336°.4 NCPP estipula que la acusación directa podrá formularse por el Fiscal, si concluida las Diligencias Preliminares o recibido el Informe Policial considera que los elementos obtenidos en la investigación establecen suficientemente la

realidad del delito y la intervención del imputado en su comisión. Acusación directa, cuyos requisitos están previstos en el artículo 349º NCPP, que cuenta con los mismos elementos de la formalización de la Investigación Preparatoria prevista en el artículo 336º.1 NCPP, por lo que se garantiza el conocimiento cierto de los cargos y la probabilidad de contradicción.

4. Funciones del requerimiento acusatorio en la acusación directa.

12º. Conforme a lo expuesto el requerimiento acusatorio, en el procedimiento de acusación directa, cumple las funciones de la disposición de la formalización de la investigación preparatoria en la etapa de investigación. Es decir: *(i)* individualiza al imputado y señala los datos que sirven para identificarlo; *(ii)* satisface el principio de imputación necesaria describiendo de forma clara y precisa el hecho que se le atribuye al imputado, con sus circunstancias precedentes, concomitantes y posteriores, y la correspondiente tipificación; *(iii)* establece la suficiencia probatoria señalando los elementos de convicción que fundamentan el requerimiento acusatorio; *(iv)* determina la cuantía de la pena que se solicita y fija la reparación civil cuando no hay actor civil; y *(v)* ofrece los medios de prueba para su actuación en la audiencia.

13º. El derecho de defensa de las partes procesales queda salvaguardado con la notificación del requerimiento de acusación para que en el plazo de 10 días puedan pronunciarse sobre el pedido fiscal.

Respecto al imputado, se le posibilita, en virtud del artículo 350º.1 NCPP observar la acusación fiscal formal y sustancialmente y, de ser el caso, ofrecer las pruebas que considere se deben producir en el juzgamiento.

En el caso de que la víctima no haya podido constituirse en actor civil podrá solicitarla al Juez de la Investigación Preparatoria conforme al artículo 100º NCPP y antes de que concluya el plazo establecido en el artículo 350º NCPP, en virtud de lo señalado por la citada normativa en el apartado 1, literal h), conforme al cual los sujetos procesales podrán plantear en el plazo de 10 días cualquier otra cuestión que prepare mejor el juicio; asimismo, objetar la reparación civil, o reclamar su incremento o extensión, para lo cual ha de ofrecer los medios de prueba pertinentes para su actuación en el juicio oral.

14º. El Fiscal en el requerimiento de acusación, de conformidad con el artículo 349º.4 NCPP, indicará entre otros aspectos las medidas de coerción subsistentes dictadas durante la Investigación Preparatoria; y, en su caso, podrá solicitar su variación o que se dicten otras según corresponda.

En caso que el Fiscal no solicite una medida coercitiva, será de aplicación lo dispuesto por el artículo 286º NCPP, la medida que prevé de comparecencia simple.

Excepcionalmente, y solo por razones de urgencia y necesidad de asegurar la presencia del imputado en el proceso, el Fiscal podrá requerir medida de coerción

personal proporcional al peligro procesal en una audiencia autónoma a la de la etapa intermedia de control de la acusación directa, según las reglas correspondientes a tal requerimiento.

5. *El proceso inmediato y la formalización de la investigación preparatoria.*

15°. Estando a lo dispuesto por el artículo 447°.1 NCPP, el Fiscal tiene la posibilidad de requerir la incoación del proceso inmediato en dos momentos: **(i)** luego de culminar las diligencias preliminares y **(ii)** antes de los treinta días de formalizada la Investigación Preparatoria. En base al primer supuesto, se estará ante un Proceso Inmediato incoado sin formalización de la Investigación Preparatoria; de ahí que resulta necesario que el requerimiento de incoación de este proceso incorpore los mismos elementos que una disposición de formalización de Investigación Preparatoria y supuestos de aplicación que se producen.

En cambio, en virtud del último supuesto, se tiene que en el Proceso Inmediato, si existe la obligación de formalizar la Investigación Preparatoria con las implicancias que ello tiene, es decir, que se notifique de esta disposición al imputado a fin que conozca la imputación hecha en su contra y pueda preparar su estrategia de defensa, o de ser el caso interponer los medios de defensa técnicos que considere pertinentes.

6. *El proceso inmediato y la etapa intermedia.*

16°. Dentro de la estructura del proceso común, una de las funciones más importantes que debe cumplir la etapa intermedia es controlar los resultados de la investigación preparatoria, para lo cual se ha de examinar el mérito de la acusación fiscal y los recaudos de la causa con el fin de decidir si procede o no iniciar el juicio oral. Es decir, el Juez de la investigación preparatoria como director de la etapa intermedia realiza un control tanto formal, sustancial y sobre la suficiencia de los elementos de convicción de la acusación.

17°. En el proceso inmediato, al ser uno especial que se particulariza en razón de sus supuestos de aplicación: flagrancia delictiva; confesión del imputado; y que los elementos de convicción acumulados durante las diligencias preliminares, y previo interrogatorio del imputado, sean evidentes, no existe etapa intermedia.

18°. No obstante ello, la autoridad judicial ha de realizar en este proceso dos controles . Son los siguientes:

A. De acuerdo con el artículo 448°.1 NCPP el Juez de Investigación Preparatoria, realiza un primer control antes de dar inicio al proceso inmediato. Es el control al requerimiento del fiscal para la incoación del proceso inmediato.

Este primer control permite al Juez de la Investigación Preparatoria determinar si procede o no dar inicio a un proceso inmediato, para lo cual es preciso que dicha

autoridad judicial verifique el cumplimiento de los supuestos de aplicación de este proceso.

Asimismo, en armonía con el artículo 448°.1 NCPP, el Juez de la Investigación Preparatoria corre traslado a las partes de dicho requerimiento por un plazo de tres días y debe decidir, en un plazo igual, si acepta o rechaza el requerimiento fiscal.

Sobre este punto cabe destacar que, en el marco de los principios de oralidad, inmediación, contradicción y publicidad, así como para evitar la indefensión, que inspiran el nuevo Código Procesal Penal, puede ser factible, atento a las circunstancias de la causa, establecer una audiencia para el Proceso Inmediato, que se seguirá conforme a las pautas establecidas de manera genérica por el artículo 8° NCPP. Por tanto, para que el Juez de la Investigación Preparatoria resuelva la procedencia o no de este proceso especial, si fuera el caso —aunque no obligatoriamente—, podrá producirse un debate con la concurrencia del Fiscal, quien argumentará oralmente por qué eligió y considera la aplicación de este proceso especial, así como con la presencia del imputado y su abogado defensor, los cuales podrán contradecir este requerimiento Fiscal y el Juez hará las preguntas aclaratorias expidiendo la resolución motivada que corresponda.

Asimismo el Fiscal, de ser el caso, solicitará la aplicación de las medidas de coerción que considere pertinentes, de manera simultánea y separada del requerimiento de incoación del proceso inmediato, requerimiento que será discutido en audiencia, siguiendo las consideraciones del Título I, Sección Tres, del citado Código, según corresponda.

- B.** El segundo control a cargo de la autoridad judicial, es el de la acusación fiscal, para ello es preciso referir que en virtud del artículo 349° NCPP tal requerimiento debe cumplir determinados requisitos que condicionan su validez, y que corresponde controlar al juez de juicio oral, quien dictará el auto de enjuiciamiento en virtud del artículo 448°.2 NCPP.

7. *Momento de aportación de medios probatorios en el Proceso Inmediato.*

- 19°.** Uno de los problemas que se suscitan en torno al proceso inmediato es que al no contar con fase intermedia, no se tiene un momento específico en el que el imputado y las demás partes realicen la aportación de medios probatorios, por lo que el acusado ingresaría en desventaja al juicio. Asimismo, que no hay oportunidad para que las partes procesales puedan constituirse como tales.

- 20°.** En un proceso común, en el que sí se lleva a cabo la etapa intermedia —donde las partes tienen la oportunidad de ofrecer cuanto medio de prueba consideren— cabe la posibilidad de permitir que las partes ofrezcan medios de pruebas al inicio del

juicio oral, en virtud del artículo 373° NCPP, lo que se condiciona únicamente a determinados supuestos, tales como: *i.* Que la prueba sea nueva y que haya sido conocida con posterioridad a la audiencia de control. *ii.* Que la prueba no haya sido admitida a nivel de la audiencia de control en la etapa intermedia.

- 21°.** De ello se tiene que en el proceso inmediato resulta válida la realización de este acto al inicio del juicio oral bajo la conducción del mismo juez de juzgamiento, quien ha de realizar un control de los medios de prueba ofrecidos para el Juicio Oral como por las demás partes que debe cumplir los principios de legalidad, pertinencia, utilidad y conductancia. Así, la actuación probatoria, eje central del juicio oral, será desarrollada respetando los principios de igualdad, legalidad y contradicción, que integran las garantías del debido proceso y defensa procesal.
- 22°.** Estas consideraciones no afectan el principio de imparcialidad, que garantiza que el juez sea un tercero entre las partes, toda vez que la regla en base a la cual el ofrecimiento y admisión probatoria debe realizarse en la etapa intermedia no puede ser entendida como absoluta y menos aún en el contexto de un proceso especial que, como se tiene expuesto, se rige por pautas propias. Por lo demás, queda garantizado el respectivo contradictorio a que se someterán las pruebas ofrecidas al poder ser actuadas en el juicio oral.
- 23°.** Función que se realiza, siguiendo la misma lógica empleada para la aportación de los medios probatorios, al no existir investigación preparatoria, ni la etapa intermedia, los sujetos procesales tendrán, al inicio del juicio oral, oportunidad para solicitar su constitución en el proceso, y tanto en el rol previsto en el parágrafo 21 como en el presente, la mayor garantía de imparcialidad se comprobará con la resolución debidamente motivada que expedirá el juez penal al respecto.

III. DECISIÓN

- 24°.** En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial;

ACORDARON:

- 25°.** **ESTABLECER** como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos del 8° al 23°.
- 26°.** **PRECISAR** que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22° de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116° del citado estatuto orgánico.

27º. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial —El Peruano—. Hágase saber.

Ss.

SAN MARTÍN CASTRO
LECAROS CORNEJO
PRADO SALDARRIAGA
RODRÍGUEZ TINEO
BARRIOS ALVARADO
PRÍNCIPE TRUJILLO
NEYRA FLORES
BARANDIARÁN DEMPWOLF
CALDERÓN CASTILLO
SANTA MARIA MORILLO

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ
VII PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y
TRANSITORIAS**

ACUERDO PLENARIO N° 1-2011/CJ-116

FUNDAMENTO: ARTÍCULO 116º TUO LOPJ

ASUNTO: Apreciación de la prueba en los Delitos contra la libertad sexual.

Lima, seis de diciembre de dos mil once.

Los Jueces Supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

- 1º.** Las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Presidente del Poder Judicial mediante Resolución Administrativa N° 127-2011-P-PJ, y el concurso del Centro de Investigaciones Judiciales, bajo la coordinación del señor Prado Saldarriaga, acordaron realizar el VII Pleno Jurisdiccional –que incluyó el Foro de “Participación Ciudadana”– de los Jueces Supremos de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial –en adelante, LOPJ–, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.
- 2º.** El VII Pleno Jurisdiccional se realizó en tres etapas. La primera etapa estuvo conformada por dos fases: el foro de aporte de temas y justificación, y la publicación de temas y presentación de ponencias. Esta etapa tuvo como finalidad convocar a la comunidad jurídica y a la sociedad civil del país, a participar e intervenir con sus valiosos aportes en la identificación, análisis y selección de los principales problemas hermenéuticos y normativos que se detectan en el proceder jurisprudencial de la judicatura nacional, al aplicar normas penales, procesales y de ejecución penal en los casos concretos que son de su conocimiento. Para ello se habilitó el Foro de “Participación Ciudadana” a través del portal de internet del Poder Judicial, habiendo logrado con ello una amplia participación de la comunidad jurídica y de diversas instituciones del país a través de sus respectivas ponencias y justificación. Luego, los Jueces Supremos discutieron y definieron la agenda –en atención a los aportes

realizados– para lo cual tuvieron en cuenta además, los diversos problemas y cuestiones de relevancia jurídica que han venido conociendo en sus respectivas Salas en el último año. Fue así como se establecieron los diez temas de agenda así como sus respectivos problemas específicos.

- 3º. La segunda etapa consistió en el desarrollo de la **audiencia pública**, que se llevó a cabo el dos de noviembre. En ella, los representantes de la comunidad jurídica e instituciones acreditadas, luego de una debida selección, sustentaron y debatieron sus respectivas ponencias ante el Pleno de los Jueces Supremos de ambas Salas Penales, interviniendo en el análisis del tema del presente Acuerdo Plenario, la señora Rocío Villanueva Flores (Viceministra del Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social); la señorita Cynthia Silva Ticllacuri del Estudio para la Defensa de los Derechos de la Mujer (DEMUS); y el señor Ronald Gamarra Herrera.
- 4º. La tercera etapa del VII Pleno Jurisdiccional comprendió ya el proceso de discusión y formulación de los Acuerdos Plenarios cuya labor recayó en los respectivos Jueces Ponentes en cada uno de los diez temas. Esta fase culminó con la Sesión Plenaria realizada en la fecha, con participación de todos los Jueces integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria (a excepción del doctor Príncipe Trujillo, quien se encontraba de licencia), interviniendo todos con igual derecho de voz y voto. Es así como finalmente se expide el presente Acuerdo Plenario, emitido conforme a lo dispuesto en el Artículo 116º de la LOPJ, que, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial a dictar este tipo de Acuerdos con la finalidad de concordar criterios jurisprudenciales de su especialidad.
- 5º. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario interviniendo como ponentes las señoritas BARRIOS ALVARADO y VILLA BONILLA, con la intervención del señor SAN MARTÍN CASTRO, Presidente del Poder Judicial.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. *Planteamiento de la problemática propuesta*

- 6º. La propuesta del Foro de “Participación Ciudadana” parte 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), que estima que el motivo de tal conclusión es la forma de valorar la prueba indiciaria. Asimismo, entiende que algunos sectores de la comunidad asumen que esta apreciación probatoria está gobernada por estereotipos de género en los Policias, Fiscales y Jueces. Por último, afirma como ejemplo de este criterio judicial las Ejecutorias Supremas recaídas en los Recursos de Nulidad N° 2929-2001/Lima, N° 4063-2008/Apurímac, y N° 3085-2004/Cañete.
- 7º. A modo de propuesta los juristas participantes en el “Foro de Participación Ciudadana” plantearon como criterios la necesidad de incorporar en la apreciación de la prueba de

delitos sexuales, los siguientes –que tienen su fuente principal, entre otros, en las Reglas 70° y 71° de las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional–:

- 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 ésta 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 éstas 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. Precisiones en torno al enfoque sugerido

- 8°.** En cuanto a los delitos sexuales, como categoría especial y a partir de sus propias particularidades, es de rechazar para evaluarlos 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 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.¹⁰²
- 9°.** Las “perspectivas de género” –*per se*– si bien no constituyen un único criterio de intervención y regulación del Derecho Penal y Procesal Penal, en los delitos sexuales adquieren una particular relevancia, en atención a la preocupación y conmoción que el fenómeno de la violencia sexual –que incide mayormente en mujeres, adolescentes y niños– presenta como incontenible medio trasgresor de bienes jurídicos relevantes,

102 La Comisión Interamericana en su Informe Acceso a la Justicia para mujeres víctimas de violencia en las Américas señala: “(I)a influencia de patrones socioculturales discriminatorios puede dar como resultado una descalificación de la credibilidad de la víctima durante el proceso penal en casos de violencia y una asunción tácita de responsabilidad de ella por los hechos, ya sea por su forma de vestir, su ocupación laboral, conducta sexual, relación o parentesco con el agresor, lo cual se traduce en inacción por parte de los fiscales, policías y jueces ante denuncias de hechos violentos. Esta influencia también puede afectar en forma negativa la investigación de los casos y la valoración de la prueba subsiguiente, que puede verse marcada por nociones estereotipadas sobre cuál debe ser el comportamiento de las mujeres en sus relaciones interpersonales”.

de amplia presencia en los casos judiciales –que, por lo demás, registra una elevada cifra negra–, y que requiere evitar su impunidad y las perturbaciones que se originan en la configuración de protocolos, manuales, criterios de investigación, servicios periciales y de impartición de justicia. Al respecto, es vital asumir lo expuesto por la sentencia Gonzales (Campo Algodonero) de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 16 de noviembre de 2009 (pár. 502).

10º. Ahora bien, como apunta SUSANA GAMBA, la perspectiva de género, desde un marco teórico, con especial incidencia en la investigación, implica:

- 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 [GAMBA, Susana: *¿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. <http://www.nodo50.org/mujeresred/spip.php?article1395>. Consultado el 6 de noviembre de 2011].

La violencia de género, enraizada en pautas culturales, en razón a un patrón androcéntrico, común a las diferentes culturas y sociedades, abarca como postula Naciones Unidas: a) la violencia (física, sexual y psicológica) producida en la familia, incluyéndose aquí no sólo 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 –la más grave y la más difícil de solucionar– [OLGA FUENTES SORIANO: *El ordenamiento jurídico español ante la violencia de género*. http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/5651/1/ALT_10_09.pdf. Consultado el 6 de noviembre de 2011].

3. Aspectos generales sobre los delitos contra la libertad sexual

11º. En el Capítulo IX, del Título IV, del Código Penal se regulan las conductas sexuales prohibidas de violación, seducción y actos contrarios al pudor. Este Acuerdo Plenario pondrá especial énfasis al delito de violación sexual, y dada la naturaleza preferentemente procesal del mismo, incidirá en la vinculación de los elementos del tipo legal y las exigencias probatorias correspondientes.

12º. 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–.

- 13º.** La conducta básica sanciona a aquél que “*con violencia o grave amenaza obliga a una persona a tener acceso carnal vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías...*”. Para DONNA “... *para que exista acceso carnal es indispensable, ante todo, que se haya introducido el miembro viril de una persona en la cavidad orgánica de otra, no importando si esta introducción es completa o sólo a medias, bastan con que ella haya existido real y efectivamente*” [EDGARDO ALBERTO DONNA: *Derecho Penal - Parte Especial I*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2000, p. 386]. La consumación se produce con la penetración, total o parcial, del miembro viril en la cavidad vaginal, bucal o anal sin que sea necesario ulteriores resultados, como eyaculaciones, ruptura del himen, lesiones o embarazo.
- 14º.** Se tipifican también diferenciadamente como violación sexual, cuando la víctima se encuentre en estado alcohólico, drogado o inconsciente (artículo 171º CP), esté incapacitada mentalmente para acceder a participar en lo que legalmente se define como un acto sexual (artículo 172º del CP), o sea menor de edad (artículo 173º CP). Estas circunstancias tornan irrelevantes los medios típicos antes descritos, esto es, violencia o amenaza. Por vía jurisprudencial y a través de una interpretación integral del ordenamiento jurídico, se estimó que el consentimiento de la víctima mayor de catorce años de edad y menor de dieciocho, opera como una causa de justificación de la conducta.
- 15º.** El bien jurídico en el Derecho Penal sexual no es una difusa moral sexual, la honestidad, las buenas costumbres o el honor sexual. Desde una perspectiva de la protección de bienes jurídicos relevantes, se considera que el bien tutelado en los atentados contra personas con capacidad de consentir jurídicamente es la libertad sexual, “...*entendida en sentido positivo-dinámico y en sentido negativo-pasivo; el primero se concreta en la capacidad de la persona de disponer libremente de su cuerpo para efectos sexuales, el cariz negativo-pasivo en la capacidad de negarse a ejecutar o tolerar actos sexuales en los que no desea intervenir*” [DINO CARLOS CARO CORIA: *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, Grijley, Lima. 2000. pp. 68-70].

Por lo demás, como se sostiene en la sentencia Fernández Ortega y otros de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, del 30 de agosto de 2010, siguiendo la sentencia Jean Paul Akeyasu de la Tribunal Penal Internacional para Ruanda del 2 de septiembre de 1998, la violación sexual persigue, entre otros, los fines de intimidar, degradar, humillar, castigar o controlar a la persona que la sufre (párr. 127).

16°. En los atentados 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, lo protegido no es una inexistente libertad de disposición o abstención sexual sino la llamada “*intangibilidad*” o “*indemnidad sexual*”. Se sanciona la actividad sexual en sí misma, aunque exista tolerancia de la víctima, lo protegido son las condiciones físicas o psíquicas para el ejercicio sexual en libertad.

4. Identificación de los problemas objeto de análisis jurisprudencial

17°. Los tópicos que en el presente Acuerdo merecen ser abordados son:

- 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. Desarrollo del primer tema: irrelevancia de la resistencia de la víctima de agresión sexual

18°. Atendiendo al bien jurídico protegido en el delito de violación sexual, esto es, la libre autodeterminación en el ámbito sexual, una buena parte de la doctrina nacional sostiene que, en estricto, lo que reprime este delito es un abuso sexual indeseado, no voluntario, no consentido. De ahí que según lo puntualizan autores como SALINAS SICCHA “...para efectos de configuración del hecho punible, sólo bastará verificar la voluntad contraria de la víctima a practicar el acceso carnal sexual (...). La ausencia de consentimiento, la oposición del sujeto pasivo a la relación sexual buscada por el agente, se constituye en elemento trascendente del tipo penal (...). En consecuencia, así no se verifique actos de resistencia de parte del sujeto pasivo, se configura el ilícito penal siempre y cuando se acredite la falta de consentimiento de la víctima o desacuerdo de aquella con el acto sexual practicado abusivamente por el agente” [RAMIRO SALINAS SICCHA: *Los Delitos de Carácter Sexual en el Código Penal Peruano*, 2da Edición, Jurista Editores EIRL, 2008, p. 41 y ss.). 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.

19°. Respecto a la primera –la amenaza– “...*puede darse el caso que la víctima para evitar males mayores desista de efectuar actos de resistencia al contexto sexual no querido...*”. Esto es, “...*coexiste la amenaza que a mayor resistencia de parte de la víctima, mayor será la descarga de violencia que sufrirá*” [RAMIRO SALINAS SICCHA: *Ibidem*, p. 42]. Así también, CARO CORIA ha significado que “*para la tipicidad del art. 170º del Código Penal es suficiente una amenaza o vis compulsiva que someta la voluntad de la víctima, en cuyo caso ni siquiera es de exigirse algún grado de resistencia*” [DINO CARLOS CARO CORIA, *Ibidem*, p. 101].

En cuanto a la segunda –circunstancia contextual–, “...*el momento de la fuerza no tiene por qué coincidir con la consumación del hecho, bastando que se haya aplicado de tal modo que doblegue la voluntad del sujeto pasivo, quien puede acceder a la cópula al considerar inútil cualquier resistencia*”.

20°. Lo señalado encuentra correspondencia con lo previsto en el ordenamiento jurídico sobre los factores invalidantes de una expresión de voluntad. Así, el artículo 215º del Código Civil precisa que “*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*”. El artículo 216º del citado Código agrega que “*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*”.

21°. El proceso penal incorpora pautas probatorias para configurar el delito de violación sexual. Una de estas es la referida a la correcta determinación del objeto procesal y lo que es materia a probar. Tal consideración condiciona el derrotero sobre el cual deberá discurrir la actividad probatoria, pertinente y útil, que permita arribar a la determinación de la autoría del hecho y a la aplicación de una consecuencia jurídico penal.

El delito se configura con la realización del agente del acto sexual indeseado, involuntario o no consentido, y que, por ende, no existe forma en que la resistencia de la víctima se erija en presupuesto material *sine qua non* para la configuración de este ilícito penal. En consecuencia, la constatación de si el agente doblegó o no la resistencia de la víctima de abuso sexual, en absoluto constituye objeto de dilucidación preponderante en el proceso, pues existen supuestos como el abuso sexual practicado con amenaza grave coetánea a la consumación del acto, o se realizan bajo un contexto objetivamente intimidatorio anterior y contemporáneo a la consumación del abuso sexual.

De igual modo, se presentan cuando acontecen circunstancias de cautiverio, en contexto análogo, o dicho abuso es sistemático o continuado. Es decir, 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.

6. Desarrollo del segundo tema: Declaración de la víctima

- 22º.** La Corte Suprema de Justicia ha tenido la oportunidad de pronunciarse en relación a dos tópicos vinculados al que es materia del presente Acuerdo (supuestos de retracción y no persistencia): *i)* Respecto a la validez de la declaración de los testigos hecha en la etapa de instrucción –y en la etapa policial sujeta a las exigencias legales pertinentes– a pesar de que éstos se retracten en la etapa del juzgamiento (ver Ejecutoria Vinculante emitida en el R.N. N° 3044-2004); y *ii)* Referente a los criterios de valoración que deben observarse en los supuestos de las declaraciones de agravados (testigos víctimas). –véase Acuerdo Plenario N° 2-2005/CJ-116–.
- 23º.** Se ha establecido anteriormente *–con carácter de precedente vinculante–* 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: co-imputado, testigo víctima, testigo, es posible hacer prevalecer como confiable aquella con contenido de inculpación por sobre las otras de carácter exculpante. Dicho criterio encuentra particular y especial racionalidad precisamente en este ámbito de delitos sexuales en los que es común la existencia de una relación parental, de subordinación o de poder entre agente y víctima.
- 24º.** La retracción como obstáculo al juicio de credibilidad se supera en la medida en que se trate de una víctima de un delito sexual cometido en el entorno familiar o entorno social próximo. En tanto en cuanto se verifique (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–, y (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 y que (iv) sea coherente– [MERCEDES FERNÁNDEZ LÓPEZ: *La valoración de pruebas personales y el estándar de la duda razonable*. En: <http://www.uv.es/CEFD/15/fernandez.pdf>. Consultado el 6 de noviembre de 2011].

A los efectos del requisito de (v) uniformidad y firmeza del testimonio inculpatorio, en los delitos sexuales ha de flexibilizarse razonablemente. Ha de 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 ésta por la familia y por el abusador, todo lo cual explica una retractación y, por tanto, una ausencia de uniformidad.

- 25º.** Por tanto, en esta línea la persecución de los delitos sexuales escapa de la esfera privada. 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 –vecino–, o haber tenido una relación de autoridad –padrastro, profesor, instructor, etcétera–; o también por móvil de temor a represalias en caso de residencia próxima del agente respecto de la víctima.
- 26º.** La validez de la retractación de la víctima está en función de las resultas tanto de una evaluación de carácter interna como externa. En cuanto a la primera, se trata de indagar: **a)** la solidez o debilidad de la declaración incriminatoria y la corroboración coetánea –en los términos expuestos– que exista; **b)** la coherencia interna y exhaustividad del nuevo relato y su capacidad corroborativa; y, **c)** 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. Respecto de la perspectiva externa, se ha de examinar: **d)** 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; y, **e)** 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.
- 27º.** Cabe puntualizar, 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*”.

Por otro lado, en reglas que se explican por sí solas, cuya legitimidad fluye de lo anteriormente expuesto, es del caso insistir en la aplicación de los literales a) al c) de la Regla 70 de las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional. Son las 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 ésta 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. La prueba en el Derecho Penal Sexual

- 28º.** El Juez es soberano en la apreciación de la prueba. Ésta, empero, no puede llevarse a cabo sin limitación ni control alguno. Sobre la base de una actividad probatoria concreta –nadie puede ser condenado sin pruebas y que éstas sean de cargo–, y jurídicamente correcta –las pruebas han de ser practicadas con todas y cada una de las garantías que le son propias y legalmente exigibles–, se ha de llevar a cabo con arreglo a las normas de la lógica, máximas de la experiencia –determinadas desde parámetros objetivos– y los conocimientos científicos; es decir, a partir de la sana crítica, razonándola debidamente (principio de libre valoración con pleno respeto de la garantía genérica de presunción de inocencia: artículos VIII TP, 158º.1 y 393º.2 NCPP).
- 29º.** La selección y admisión de la prueba en el proceso penal se informa del principio de pertinencia de la prueba –de expresa relevancia convencional–, así como los principios de necesidad –que rechaza la prueba sobreabundante o redundante–, conduencia o idoneidad, y utilidad o relevancia. El primero exige la vinculación lógico-jurídica entre el objeto de prueba y el medio de prueba. Tal circunstancia no cambia para el caso del procesamiento de delitos sexuales, donde es en función de las particularidades situacionales del hecho sexual que se distingue, escoge y prefiere entre los distintos medios de prueba que se tienen al alcance para determinar, confirmar o rechazar la tesis inculpatoria objeto de prueba.
- 30º.** La recolección de los medios de prueba en el caso de delitos sexuales no constituye una selección acostumbrada, uniforme y cotidiana aplicada por igual a todos los casos de agresión sexual, menos aún su valoración. Atento al principio de pertinencia, el medio de prueba debe guardar estrecha relación con la materia que se quiere dilucidar, distinguiéndose: **a)** por el grado de ejecución: la de un hecho tentado o consumado; **b)** por el objeto empleado para la penetración: miembro viril o un objeto análogo; **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.

- 31º.** 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 paragenitales 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.
- 32º.** Las variadas combinaciones que la multiplicidad de conductas reguladas puede arrojar y aplicarse en la *praxis* a un supuesto determinado de la realidad exige al Juzgador valerse de los distintos medios de prueba actuados en la causa que por su naturaleza puedan corroborar una incriminación. Así la problemática que advierte respecto a la indebida valoración de la pericia médico legal que no consigna lesiones paragenitales y/o himeneales, se despeja sin más a través de una atenta aplicación del principio de idoneidad de la prueba penal en relación a las circunstancias y medios empleados por el agresor para conseguir el quiebre de la voluntad de la víctima. Si los medios delictivos consisten en la amenaza, la penetración vaginal fue incompleta, o la agresión sexual radicó en la práctica genitalica-bucal, resulta absurdo admitir a trámite la referida prueba técnica, actuarla y, menos, valorarla. 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.
- 33º.** Lo expuesto no importa disminuir el alcance probatorio de la pericia médico-legal, sino identificar el contexto en la que sus conclusiones adquieran real vinculación y potencialidad con la acción delictiva objeto de imputación. Dicha prueba pericial será trascendente cuando se atribuya –usualmente por parte de la propia víctima– el empleo de agresión física, penetración violenta o sangrado producto de los hechos, las que de no evidenciarse, pese a la inmediatez de la actuación de la pericia, será relevante para debilitar el alcance de la declaración de la víctima o considerar la ausencia de corroboración.
- 34º.** El principio de pertinencia y el derecho constitucional de la víctima a que se proteja su derecho a la intimidad transforman las pruebas solicitadas para indagar respecto a su comportamiento sexual o social, anterior o posterior al evento criminal acaecido, en pruebas constitucionalmente inadmisibles, cuando impliquen una intromisión irrazonable, innecesaria y desproporcionada en su vida íntima. Éste sería el caso cuando se indaga genéricamente sobre el comportamiento sexual o social de la víctima, previo o posterior a los hechos objeto de investigación o enjuiciamiento –esta es la base de la regla 71 de las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional–. Por el contrario, ningún reparo se advierte en los actos de

demostración y de verificación de las circunstancias en que se realizó la agresión sexual imputada.

35°. 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 (Regla 71 ya citada), deberá identificarse una vinculación lógica entre la prueba indagatoria restrictiva de la vida íntima y la tesis defensiva correspondiente, por lo que dicho examen sólo cabrá si **(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 éste trate de acreditar anteriores o posteriores contactos sexuales con la víctima que acrediten de ese modo el consentimiento del acto.

A estos efectos, deberá superarse, además, el **test de proporcionalidad** que finalmente justifique la idoneidad de la prueba indagatoria 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].

36°. Estas previsiones jurisprudenciales persiguen 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 a su comportamiento sexual. Tales cuestionamientos son innecesarios y conllevan una irrazonable intromisión en la vida íntima de la víctima sin que aporte ningún elemento probatorio de lo sucedido en la relación entre víctima y acusado.

8. Evitación de la Estigmatización secundaria¹⁰³

37°. El Estado ha de mostrar una función tuitiva respecto a la víctima que denuncia una agresión sexual, como criterio de justicia y por fines de eficacia probatoria. La victimización secundaria hace referencia a la mala o inadecuada atención que recibe una víctima por parte del sistema penal, e instituciones de salud, policía, entre otros.

¹⁰³ La victimización primaria se produce como consecuencia directa del crimen (en este caso, sexual). La victimización secundaria viene constituida por los sufrimientos de las víctimas que con motivo de la investigación del caso y corroboración de las afirmaciones infieren las instituciones, criminólogos, funcionarios de instituciones penitenciarias, entre otros. La victimización terciaria es aquella que infringe la sociedad.

La revictimización también incluye la mala intervención psicológica terapéutica o médica que brindan profesionales mal entrenados para atender situaciones que revisten características particulares. La víctima de una agresión sexual sufre por el propio hecho en sí; y por la dolorosa experiencia de repetir el suceso vivido a los profesionales de las diferentes instituciones sucesivamente: familia, pediatra, trabajadora social, médico forense, policía, psicólogo, juez, abogado del acusado. En efecto, el trauma de la víctima del abuso sexual se prolonga cuando debe enfrentarse a los interrogatorios que contempla el sistema de justicia.

38°. A efectos de evitar la victimización secundaria, en especial de los menores de edad, mermando las aflicciones de quien es pasible de abuso sexual, se debe tener en cuenta 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 Gesell, especialmente respecto a la completitud, exhaustividad y contradicción de la declaración.

En lo posible tal técnica de investigación deberá estar precedida de las condiciones que regula la prueba anticipada del artículo 242º.1.a) del Código Procesal Penal 2004 y siguientes. La irrepetibilidad o indisponibilidad en su actuación radica en el retraso de la misma hasta el juicio oral, dada la corta edad de los testigos y las inevitables modificaciones de su estado psicológico, así como un eventual proceso de represión psicológica. 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 (artículos 171º.3 y 337º.3.a NCPP)– de no existir cuestionamientos relevantes a la práctica probatoria, sea posible su incorporación al juicio a través de su visualización y debate. 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 pre procesal de la víctima: **a)** no se ha llevado 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 ésta 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.

III. DECISIÓN

39°. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial;

ACORDARON:

40°. ESTABLECER como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos **21° al 38°**.

41°. PRECISAR que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22° de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116° del citado estatuto orgánico.

42°. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial “El Peruano”. Hágase saber.

Ss.

SAN MARTÍN CASTRO
VILLA STEIN
LECAROS CORNEJO
PRADO SALDARRIAGA
RODRÍGUEZ TINEO
PARIONA PASTRANA
BARRIOS ALVARADO
NEYRA FLORES
VILLA BONILLA
CALDERÓN CASTILLO
SANTA MARÍA MORILLO

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ
VII PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y
TRANSITORIA**

ACUERDO PLENARIO N° 5-2011/CJ-116

FUNDAMENTO: ARTÍCULO 116º TUO LOPJ

ASUNTO: Constitución del actor civil:
requisitos, oportunidad y forma.

Lima, seis de diciembre de dos mil once.–

Los Jueces Supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidos en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

- 1º.** Las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Presidente del Poder Judicial mediante Resolución Administrativa N° 127-2011-P-PJ, y el concurso del Centro de Investigaciones Judiciales, bajo la coordinación del señor Prado Saldarriaga, acordaron realizar el VII Pleno Jurisdiccional –que incluyó el Foro de “Participación Ciudadana”– de los Jueces Supremos de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial –en adelante, LOPJ–, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.
- 2º.** El VII Pleno Jurisdiccional se realizó en tres etapas. La primera etapa estuvo conformada por dos fases: el foro de aporte de temas y justificación, y la publicación de temas y presentación de ponencias. Esta etapa tuvo como finalidad convocar a la comunidad jurídica y a la sociedad civil del país, a participar e intervenir con sus valiosos aportes en la identificación, análisis y selección de los principales problemas hermenéuticos y normativos que se detectan en el proceder jurisprudencial de la judicatura nacional, al aplicar normas penales, procesales y de ejecución penal en los casos concretos que son de su conocimiento. Para ello se habilitó el Foro de “Participación Ciudadana” a través del portal de internet del Poder Judicial, habiendo logrado con ello una amplia participación de la comunidad jurídica y de diversas instituciones del país a través de sus respectivas ponencias y justificación. Luego, los Jueces Supremos discutieron y definieron la agenda –en atención a los aportes

realizados– para lo cual tuvieron en cuenta además, los diversos problemas y cuestiones de relevancia jurídica que han venido conociendo en sus respectivas Salas en el último año. Fue así como se establecieron los diez temas de agenda así como sus respectivos problemas específicos.

- 3º. La segunda etapa consistió en el desarrollo de la audiencia pública, que se llevó a cabo el dos de noviembre. En ella, los representantes de la comunidad jurídica e instituciones acreditadas, luego de una debida selección, sustentaron y debatieron sus respectivas ponencias ante el Pleno de los Jueces Supremos de ambas Salas Penales, interviniendo en el análisis del tema del presente Acuerdo Plenario, el señor Fernando Iberico Castañeda del Centro de Estudios de Derecho Penal Económico y de la Empresa (CEDPE), y el señor Gonzalo Del Río Labarthe.
- 4º. La tercera etapa del VII Pleno Jurisdiccional comprendió ya el proceso de discusión y formulación de los Acuerdos Plenarios cuya labor recayó en los respectivos Jueces Ponentes en cada uno de los diez temas. Esta fase culminó con la Sesión Plenaria realizada en la fecha, con participación de todos los Jueces integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria (a excepción del doctor Príncipe Trujillo, quien se encontraba de licencia), interviniendo todos con igual derecho de voz y voto. Es así como finalmente se expide el presente Acuerdo Plenario, emitido conforme a lo dispuesto en el Artículo 116º de la LOPJ, que, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial a dictar este tipo de Acuerdos con la finalidad de concordar criterios jurisprudenciales de su especialidad.
- 5º. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Intervinieron como ponentes el señor SAN MARTÍN CASTRO, Presidente del Poder Judicial, y el señor NEYRA FLORES.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. *Aspectos generales*

- 6º. El actor civil, en cuanto parte procesal, presenta una configuración jurídica de suma importancia, en la medida que esta institución ha generado interpretaciones contradictorias que con el tiempo han ido encontrando su cauce mediante las decisiones que han venido profiriendo los Juzgados y Salas, pero que al parecer no gozan de unánime respaldo.

Así las cosas, corresponde a este Supremo Tribunal en aras de garantizar la igualdad en la aplicación judicial del derecho objetivo y la vigencia del valor seguridad jurídica, dictar un Acuerdo Plenario que fije los alcances de los puntos en conflicto.

- 7º. El Código Procesal Penal de 2004 establece que el ejercicio de la acción civil derivada del hecho punible corresponde al Ministerio Público y, especialmente, al perjudicado por el delito; además, estipula que si éste último se constituye en actor civil, cesa

la legitimación del Ministerio Público para intervenir en el objeto civil del proceso: artículo 11º, apartado 1), del citado Código adjetivo. En tal virtud, la participación del Ministerio Público será por sustitución, esto es, representa un interés privado. Por ello, su intervención cesa definitivamente cuando el actor civil se apersona al proceso. Sin lugar a dudas, la modificación más importante del Código Procesal Penal en el ámbito de la acción civil incorporada al proceso penal se ubica en el artículo 12º, apartado 3), del referido Código, que estipula que la sentencia absolutoria o el auto de sobreseimiento no impedirán al órgano jurisdiccional pronunciarse sobre la acción civil derivada del hecho punible válidamente ejercida, cuando proceda. Esto significa, en buena cuenta, que cuando se sobresee la causa o se absuelve al acusado no necesariamente la Jurisdicción debe renunciar a la reparación de un daño que se ha producido como consecuencia del hecho que constituye el objeto del proceso, incluso cuando ese hecho –siempre ilícito– no puede ser calificado como infracción penal.

8º. El Código Penal –Título VI, Capítulo I, Libro I– regula el instituto de la reparación civil. El Código Procesal Penal –Libro I, Sección II–, por su parte, prescribe el procedimiento necesario para su persecución eficaz. Con independencia de su ubicación formal, la naturaleza jurídica de la reparación civil es incuestionablemente civil, y que aún cuando exista la posibilidad legislativamente admitida de que un Juez Penal pueda pronunciarse sobre el daño y su atribución, y en su caso determinar el *quantum* indemnizatorio –acumulación heterogénea de acciones–, ello responde de manera exclusiva a la aplicación del principio de economía procesal. GIMENO SENDRA sostiene, al respecto, que cuando sostiene que el fundamento de la acumulación de la acción civil a la penal derivada del delito es la economía procesal, toda vez que dicho sistema permite discutir y decidir en un solo proceso, tanto la pretensión penal, como la pretensión civil resarcitoria que pudiera surgir como consecuencia de los daños cometidos por la acción delictuosa y que, de ser decidida con absoluta separación en un proceso civil produciría mayores gastos y dilaciones al perjudicado por el delito, debido a la onerosidad, lentitud e ineeficacia de nuestro ordenamiento procesal civil [*Derecho Procesal Penal*, 2da Edición, Editorial Colex, Madrid, 2007, p. 257].

9º. El artículo 139º, inciso 3), de la Constitución consagra la garantía de tutela jurisdiccional, que incluye como uno de sus elementos esenciales el derecho de acceso a los órganos jurisdiccionales, a través del cauce del ejercicio del poder jurídico de acción, que implica la atribución que tiene toda persona de poder acudir al órgano jurisdiccional para que éste, a través de la prestación del servicio de impartir justicia al que está obligado, resuelva un conflicto de intereses o una incertidumbre jurídica.

En el proceso penal peruano la titularidad de la promoción de la acción penal –que se concreta en la expedición de la disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria– corresponde en exclusiva en los delitos públicos a la Fiscalía –que es un derecho-deber del Ministerio Público–, y en los delitos privados al perjudicado por el delito. El ciudadano frente a la comisión de delitos públicos sólo tiene un derecho de petición, debidamente reglado, de acudir al Ministerio Público para dar cuenta de la *notitia criminis*.

10º. Como se advierte, nuestro sistema procesal penal se ha adherido a la opción de posibilitar la acumulación de la pretensión resarcitoria, de naturaleza civil, en el proceso penal. En tal sentido GÓMEZ COLOMER expresa que una vez aceptada la existencia de la permisibilidad de la acumulación al proceso penal de uno civil, toca determinar el objeto del proceso civil acumulado, que no es otro que la pretensión y la resistencia, siendo el contenido de la referida pretensión, casi siempre, de naturaleza patrimonial [*Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal. El objeto del proceso*. 12ª Edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 110]. En otras palabras, la acumulación de la acción civil al proceso penal, responde sencillamente a un supuesto de acumulación heterogénea de pretensiones, con fines procesales estrictos. Esta tendencia encuentra un beneficio en el hecho de que, con el menor desgaste posible de jurisdicción, se pueda reprimir el daño público causado por el delito y reparar el daño privado ocasionado por el mismo hecho.

2. Actor civil. Requisitos para su constitución

11º. Actor civil es el perjudicado que ejerce su derecho de acción civil dentro del proceso penal. Es decir, es quien ha sufrido en su esfera patrimonial los daños producidos por la comisión del delito, siendo titular, frente al responsable civil, de un derecho de crédito, bien a título de culpa, bien por la simple existencia de una responsabilidad objetiva que pudiera surgir con ocasión de la comisión de un delito [VICENTE GIMENO SENDRA, *Ibidem*, p. 181]. Dicho de otro modo, en palabras de SAN MARTÍN CASTRO, se define al actor civil como aquella persona que puede ser el agraviado o sujeto pasivo del delito, es decir quien directamente ha sufrido un daño criminal y, en defecto de él, el perjudicado, esto es, el sujeto pasivo del daño indemnizable o el titular del interés directa o inmediatamente lesionado por el delito, que deduce expresamente en el proceso penal una pretensión patrimonial que trae a causa de la comisión de un delito [*Derecho Procesal Penal*, 2ª Edición, Editorial Grijley, Lima, 2003, p. 259].

12º. El artículo 98º del Código Procesal Penal prevé la constitución del actor civil y sus derechos. Esta figura legal está regulada en la Sección IV “El Ministerio Público y los demás sujetos procesales”, Título IV “La Víctima”, Capítulo II “El Actor Civil” del Libro Primero “Disposiciones Generales”. Prescribe la citada norma que: **“La acción reparatoria en el proceso penal sólo podrá ser ejercitada por quien resulte perjudicado por el delito, es decir, por quien según la Ley civil esté legitimado para reclamar la reparación y, en su caso, los daños y perjuicios producidos por el delito”.**

13º. El citado artículo 98º del Código Procesal Penal establece como premisa inicial que el actor civil es el titular de la acción reparatoria, y luego precisa que esta acción sólo podrá ser ejercitada por quien resulte perjudicado del delito. No debe olvidarse que la naturaleza de la acción reparatoria es fundamentalmente patrimonial y es por ello la denominación del titular de ella: “actor civil”.

Éste deberá, en primer término, sustentar en el proceso cómo es que ha sido perjudicado por la conducta imputada al investigado y cómo el daño sufrido puede ser resarcido. Si bien en muchos casos se admite que hay un componente moral en la colaboración del actor civil en el proceso a fin de aportar con elementos que permitan probar la comisión del ilícito, lo cierto es que todas las facultades de éste apuntan formalmente a la acreditación, aseguramiento y pago de una reparación civil.

14º. Ahora bien, para poder constituirse en actor civil (el agraviado que actúa procesalmente para hacer valer su derecho a la reparación civil por el daño causado con el delito) deben reunirse los requisitos puntuados en el artículo 100º del Código Procesal Penal. En efecto, ocurre que el citado cuerpo de leyes ha establecido lo siguiente:

1. La solicitud de constitución en actor civil se presentará por escrito ante el Juez de la Investigación Preparatoria.
2. Esta solicitud debe contener, bajo sanción de inadmisibilidad: **a)** Las generales de Ley de la persona física o la denominación de la persona jurídica con las generales de Ley de su representante legal; **b)** La indicación del nombre del imputado y, en su caso, el tercero civilmente responsable, contra quien se va a proceder; **c)** El relato circunstanciado del delito en su agravio y exposición de las razones que justifican su pretensión; y **d)** La prueba documental que acredita su derecho conforme al artículo 98º.

15º. Como se advierte del párrafo precedente, si bien se está frente a una pretensión de índole resarcitoria, la Ley procesal exige que el perjudicado –que ejerce su derecho de acción civil– precise específicamente el **quantum** indemnizatorio que pretende. Ello conlleva a que individualice el tipo y alcance de los daños cuyo resarcimiento pretende y cuánto corresponde a cada tipo de daño que afirma haber sufrido. Con esta medida la norma procesal persigue dar solución a un problema sumamente grave en nuestro ordenamiento judicial pues con el transcurrir del tiempo la práctica tribunalicia revela que los montos dinerarios que se establecen por concepto de reparación civil en sede penal son relativamente menores y no guardan relación ni proporción con el hecho que forma parte del objeto procesal.

3. Actor civil. Oportunidad y forma para su constitución

16º. Otro de los problemas recurrentes que es del caso abordar en el presente Acuerdo Plenario es el relativo a la oportunidad para constituirse en actor civil. El artículo 101º del Código Procesal Penal expresa que la constitución en actor civil deberá efectuarse antes de la culminación de la Investigación Preparatoria. En este punto lo que cabe dilucidar es si la petición de constitución en actor civil puede hacerse en la fase de diligencias preliminares –que integra la investigación preparatoria–, o si resulta necesario que se haya formalizado la continuación de la Investigación Preparatoria.

17º. Es de descartar la primera posibilidad fundamentalmente porque, como bien se sabe, al momento que se vienen realizando las diligencias preliminares el Ministerio

Público aún no ha formulado la inculpación formal a través de la respectiva Disposición Fiscal; esto es, no ha promovido la acción penal ante el órgano jurisdiccional, por lo que mal podría acumularse a ella una pretensión resarcitoria en ausencia de un objeto penal formalmente configurado. Por lo demás, debe quedar claro que con la formalización de la Investigación Preparatoria propiamente dicha el Fiscal recién ejerce la acción penal, acto de postulación que luego de ser notificado al Juez de la Investigación Preparatoria (artículos 3º y 336º.3 del Código Procesal Penal) permite el planteamiento del objeto civil al proceso penal incoado.

- 18º.** Por otro lado, en lo que respecta al trámite jurisdiccional para la constitución en actor civil del perjudicado por el hecho punible, el artículo 102º del Código Procesal dispone lo siguiente: *“1. El Juez de la Investigación Preparatoria, una vez que ha recabado información del Fiscal acerca de los sujetos procesales apersonados en la causa y luego de notificarles la solicitud de constitución en actor civil resolverá dentro del tercer día. 2. Rige en lo pertinente, y a los solos efectos del trámite, el artículo 8º”*. Lo más importante, además del trámite previsto en el referido artículo 102º del aludido Código que establece la obligación del Juez de recabar información de los sujetos procesales apersonados y correr traslado de la petición, a fin de resolver dentro del tercer día, es el hecho de analizar si este procedimiento de constitución en actor civil debe hacerse obligatoriamente con la celebración de audiencia.
- 19º.** La lectura asistemática del artículo 102º, apartado 1), del Código Procesal Penal puede sugerir a algunas personas que el Juez dictará la resolución sin otro trámite que el haber recabado la información y la notificación de la solicitud de constitución en actor civil. Empero, el segundo apartado del indicado artículo precisa que para efectos del trámite rige lo dispuesto en el artículo 8º –se trata, como es obvio, de una clara norma de remisión–. Esta última disposición estatuye que el procedimiento requiere como acto procesal central que el Juez lleve a cabo una audiencia con la intervención obligatoria del fiscal y, debe entenderse así, con la participación facultativa de las otras partes procesales. No es el caso, por ejemplo, del artículo 15º.2.c) del Código Procesal Penal, que autoriza al Juez, bajo la expresión: *“...de ser el caso”*, resolver un incidente procesal determinado sólo si se producen determinados presupuestos.

Resulta entonces que el trámite de la constitución en actor civil tendría que realizarse necesariamente mediante audiencia, en cumplimiento de los principios procedimentales de oralidad y publicidad, y el principio procesal de contradicción establecidos en el artículo I.2 del Título Preliminar del Código Procesal Penal. Debe entenderse, desde esta perspectiva, que el plazo de tres días fijado en el artículo 202º.1 de la Ley Procesal Penal se refiere al paso de expedición de la resolución correspondiente –que en el caso del artículo 8º es de dos días de celebrada la audiencia como plazo máximo–, pero ésta debe proferirse, como paso posterior, de la realización de la audiencia.

Por consiguiente, no es posible deducir de la ley que la audiencia sólo se llevará a cabo ante la oposición de una parte procesal, pues tal posibilidad no está reconocida

por el Código Procesal Penal y sería contraria al principio de legalidad procesal. No obstante ello, la vulneración del derecho objetivo no necesariamente produce nulidad de actuaciones, pues ésta tiene como presupuestos no sólo la vulneración de la ley sino principalmente la generación de una indefensión material a las partes procesales o la absoluta desnaturalización del procedimiento lesiva a los principios y garantías que le son propios e insustituibles. La nulidad, pues, está condicionada a las infracciones de relevancia constitucional se anotan.

III. DECISIÓN

20°. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial;

ACORDARON:

21°. *ESTABLECER* como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 6° al 19°.

22°. *PRECISAR* que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22° de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116° del citado estatuto orgánico.

23°. *PUBLICAR* el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial “El Peruano”. Hágase saber.

Ss.

SAN MARTÍN CASTRO
VILLA STEIN
LECAROS CORNEJO
PRADO SALDARRIAGA
RODRÍGUEZ TINEO
PARIONA PASTRANA
BARRIOS ALVARADO
NEYRA FLORES
VILLA BONILLA
CALDERÓN CASTILLO
SANTA MARÍA MORILLO

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ
VII PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y
TRANSITORIA**

ACUERDO PLENARIO N° 6-2011/CJ-116

FUNDAMENTO: ARTÍCULO 116° TUO LOPJ

ASUNTO: Motivación escrita de las resoluciones judiciales y el principio de oralidad: necesidad y forma.

Lima, seis de diciembre de dos mil once.-

Los Jueces Supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

- 1º. Las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización de la Presidencia de esta Suprema Corte dada mediante Resolución Administrativa N° 127-2011-P-PJ, y a instancias del Centro de Investigaciones Judiciales, acordaron realizar el VII Pleno Jurisdiccional –que incluyó el Foro de “Participación Ciudadana”– de los Jueces Supremos de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial –en adelante, LOPJ–, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.
- 2º. El VII Pleno Jurisdiccional se realizó en tres etapas. La **primera etapa** estuvo conformada por dos fases: **el foro de aporte de temas y justificación, y la publicación de temas y presentación de ponencias**. Esta etapa tuvo como finalidad convocar a la comunidad jurídica y a la sociedad civil del país, a participar e intervenir con sus valiosas aportes en la identificación, análisis y selección de los principales problemas hermenéuticos y normativos que se detectan en el proceder jurisprudencial de la judicatura nacional, al aplicar normas penales, procesales y de ejecución penal en los casos concretos que son de su conocimiento. Para ello se habilitó el Foro de “Participación Ciudadana” a través del portal de internet del Poder Judicial, habiendo logrado con ello una amplia participación de la comunidad jurídica y de diversas instituciones del país a través de sus respectivas ponencias y justificación. Luego,

los Jueces Supremos discutieron y definieron la agenda –en atención a los aportes realizados– para lo cual tuvieron en cuenta además, los diversos problemas y cuestiones de relevancia jurídica que han venido conociendo en sus respectivas Salas en el último año. Fue así como se establecieron los diez temas de agenda así como sus respectivos problemas específicos.

- 3º. La **segunda etapa** consistió en el desarrollo de la **audiencia pública**, que se llevó a cabo el 02 de noviembre. En ella, los representantes de la comunidad jurídica e instituciones acreditadas sustentaron y debatieron sus respectivas ponencias ante el Pleno de los Jueces Supremos de ambas Salas Penales.
- 4º. La **tercera etapa** del VII Pleno Jurisdiccional comprendió ya el proceso de discusión y formulación de los Acuerdos Plenarios cuya labor recayó en los respectivos Jueces Ponentes en cada uno de los diez temas. Esta fase culminó el día de la Sesión Plenaria realizada en la fecha con participación de todos los Jueces integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria, interviniendo todos con igual derecho de voz y voto. Es así como finalmente se expide el presente Acuerdo Plenario, emitido conforme a lo dispuesto en el Artículo 116º de la LOPJ, que, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial a dictar este tipo de Acuerdos con la finalidad de concordar criterios jurisprudenciales de su especialidad.
- 5º. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario interviniendo como Ponentes el señor Presidente del Poder Judicial, Cesar San Martín Castro y la señora Inés Felipa Villa Bonilla.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. **Aspectos generales.**

- 6º. La Constitución Política del Perú, en su artículo 139º, que en pureza recoge las principales garantías-derechos fundamentales de carácter procesal y los principios del proceso y del procedimiento, sólo menciona –en cuanto al ámbito objeto de análisis en esta sede: oralidad y motivación– dos disposiciones esenciales: **a)** la motivación escrita de las resoluciones judiciales (artículo 139º.5) –que es de incorporarla en la garantía genérica de tutela jurisdiccional–; y, **b)** el debido proceso (artículo 139º.3), al que es de rigor asociar como uno de sus derechos primordiales la publicidad de los procesos –sin perjuicio de otros derechos procesales claves, tales como la independencia judicial, la imparcialidad del juez, la pluralidad de la instancia, la prohibición de condena en ausencia–.

Cabe destacar que la Ley de Leyes no se refiere, expresamente, a la oralidad como principio procesal de relevancia constitucional. Sin embargo, es posible derivarla, para determinados momentos y actos procesales, de los principios procedimentales de publicidad, inmediación y concentración, siendo en buena cuenta la oralidad y la

publicidad los principios rectores en este ámbito: de ambos derivan los anteriores [JUAN MONTERO AROCA: *Derecho Jurisdiccional I*. Tirant Lo Blanch, Madrid, 2007, p. 382]. Empero, en estricto derecho y por lo anterior, la vulneración de la oralidad no constituye un vicio de inconstitucionalidad –como es el caso de la publicidad–, sino de mera legalidad ordinaria.

El desarrollo de las normas constitucionales antes citadas, en tanto cabe enfatizar que el proceso es una institución de configuración legal, se encuentra plasmada en las leyes procesales: el Código Procesal Civil –que es la norma procesal común de todo el sistema procesal–; la Ley Orgánica del Poder Judicial –en adelante, LOPJ–, que tiene muy diversas normas procesales y que informan, en segundo orden y frente al silencio de la Ley procesal común y de las leyes procesales específicas, todo el proceso jurisdiccional; y, en lo que corresponde al ámbito penal, el Código Procesal Penal –en adelante, NCPP–. Este último Código, en su Título Preliminar, no sólo reconoce como derechos procesales el juicio previo y público –de directa relevancia constitucional (artículo 139º. 4 y 10); también establece que el enjuiciamiento ha de ser oral y contradictorio (artículo I.2).

- 7º. El artículo 123º NCPP clasifica las resoluciones judiciales según su objeto –entendido desde una perspectiva material– en: decretos, autos y sentencias. Los autos se dictan, siempre que lo disponga el citado Código, previa audiencia con intervención de las partes; las sentencias, por su lado, tienen un régimen propio fijado en los títulos correspondientes –todas, a excepción de la sentencia en el proceso por faltas que autoriza las denominadas sentencias *in voce* u orales, son escritas (vid.: artículos 394º-396º, 425º, 431º.4, 468º.5, 477º.4 y 484º.6 NCPP)–.

El conjunto de las resoluciones judiciales, salvo los decretos, deben contener la exposición de los hechos debatidos, el análisis de la prueba actuada, la determinación de la ley aplicable y lo que se decide, de modo claro y expreso. Por lo demás, sin perjuicio de las disposiciones especiales y de las normas estipuladas en la LOPJ, las resoluciones serán firmadas por los jueces respectivos (artículo 125º1 NCPP).

El régimen de la oralidad del procedimiento principal: la etapa de enjuiciamiento o del juicio oral, está desarrollado en el artículo 361º NCPP. El apartado 4º prevé claramente que en el curso del juicio las resoluciones serán dictadas y fundamentadas verbalmente, cuyo registro debe constar en el acta. Ahora bien, las referidas resoluciones orales o verbales, que se expedirán en el curso de la audiencia y se centran, según los casos, en los decretos y los autos deben documentarse en el acta –salvo excepciones, tal como el auto que da por retirada al acusación fiscal y dispone el sobreseimiento definitivo de la causa (artículo 387.4.b), que por su propia naturaleza al disponer la conclusión del juicio exige su estructuración escrita–. Sin perjuicio de la existencia del acta –escrita, por su propia naturaleza, y que recoge una síntesis de lo actuado en la sesión del juicio (artículo 361º.1 NCPP)–, se autoriza que la audiencia también pueda registrarse mediante un medio técnico (grabación, que puede ser por audio o video) –la primacía del acta como documento siempre

presente en el juicio es, pues, inobjetable-. En tales casos, el acta y, adicionalmente, la grabación demostrarán el modo como se desarrolló el juicio, la observancia de las formalidades previstas para él, las personas que han intervenido y los actos que se llevaron a cabo.

- 8º. Si se atiende a la clásica distinción entre proceso y procedimiento, esto es, entre el objeto de las actuaciones procesales y las actuaciones propiamente dichas o conjunto de actos procesales que, tanto el juez como las partes han de realizar, se tiene que distinguir entre (1) principios del proceso –que determinan el régimen de entrada de la pretensión y de su resistencia, oposición o defensa en el procedimiento, así como los poderes de las partes en la conformación del objeto procesal y los del juez en su enjuiciamiento– y (2) principios del procedimiento –que encausan el régimen de actuación formal de dicha pretensión hasta que pueda obtener satisfacción por el órgano judicial en forma de sentencia– [VICENTE GIMENO SENDRA: *Introducción al Derecho Procesal*. Editorial Constitución y Leyes, Madrid, 2007, p. 41].

El principio de oralidad está referido, primordialmente, a la forma de los actos procesales. Éstos han de ser realizados verbalmente –predominio de lo hablado sobre lo escrito–. Además, vista su importancia y si se insta su incorporación cardinal en las actuaciones procesales –como lo hace razonable, que no radicalmente, el NCPP–, se erige en un modo de hacer el proceso, pues facilita la aplicación de los principios de investigación, inmediación, concentración y publicidad, aunque, como es obvio –situación que no puede desconocerse en modo alguno–, no condiciona la estructura del proceso, la formación del material fáctico y la valoración de la prueba.

Lo decisivo para la configuración institucional del principio de oralidad es el modelo de audiencias orales, que es la sede procesal donde tiene lugar este principio, escenario insustituible de su concreción procesal. En éstas el juez se pone en relación directa con las pruebas personales y con las partes –lo determinante en este principio, es pues, su fase probatoria–, sin perjuicio de que la audiencia haya sido preparada por una serie de actos escritos, en los cuales incluso puede haberse interpuesto la pretensión y opuesto la resistencia [MONTERO AROCA: *Ibidem*, p. 385], según se advierte de los artículos 349º y 350º.1 NCPP.

2. **Oralidad y resoluciones orales o verbales.**

- 9º. Sin perjuicio del procedimiento principal o etapa de enjuiciamiento, que tiene reglas específicas a las que es del caso atenerse, en los diversos procedimientos que insitaura el NCPP tiene lugar la expedición, indistinta, de resoluciones orales tras las correspondientes audiencias preliminares ordenadas por la ley procesal.

Así se tiene que, por ejemplo, en cuatro supuestos la resolución –en los procedimientos de investigación preparatoria– debe expedirse en forma inmediata, antes de la clausura de la audiencia (artículos 71º.4, 266º.2, 271º.1 y 2, y 343º.2 NCPP). En otros casos –en cincuenta y cinco supuestos aproximadamente–, autoriza al juez a

dictar la resolución inmediatamente, de suerte que la resolución será oral, o dentro un plazo determinado (2 o 3 días), generalmente impropio (artículos 2º.5, 2º.7, 8º, 15º.2.c), 34º.2, 74º.2, 75º.2, 76º.1, 91º.2, 102º.1y2, 203º.2, 203º.3, 204º.2, 224º.2, 224º.3, 225º.5, 228º.2, 229º, 231º.4, 234º.2, 245º, 254º.1, 274º.2, 276º, 279º.2, 283º, 293º.2, 294º.1, 296º.1, 296º.2, 296º.4, 299º.2, 301º, 305º.2, 319º.c), 334º.2, 352º.1, 450º.6, 451º.1, 453º.2, 478º.1 y 3, 480º.1, 480º.2.b), 480º.3.b), 484º.1, 3 y 6, 486º.2, 491º.2, 491º.3, 491º.4, 491º.5, 492º.2, 521º.3, 523º.6, 544º.3, 557º.4 NCPP: S...**de forma inmediata o dentro de [...] días después de realizada la audiencia**). También, el NCPP determina que la resolución necesariamente ha de dictarse después de la audiencia, lo que exige su expedición escrita en ocho supuestos aproximadamente –se utiliza la fórmula: **hasta dentro de [...] horas o días después de realizada la audiencia** (artículos 45.2º, 468º.1 y 5, 477º.3, 420º, 424º, 431º.2, 521º.4, 526º.2)–. Asimismo, en otros casos utiliza una expresión distinta –en ocho supuestos aproximadamente–: **la resolución se emitirá en el plazo de [...] días**: 255º.3, 345º.3, 493º.3, 539º.2, 543º.1, 544º.3, 563º.2, 557º.5 NCPP, de la que desprende su forma escrita.

Más allá de las diversas expresiones lingüísticas utilizadas por el NCPP las resoluciones orales están, pues, reconocidas legalmente. En varias situaciones procesales es obligatoria una resolución oral, mientras que en otras, pese a la existencia de una audiencia previa, la expedición de una resolución escrita es obligatoria. Fuera de estos casos, es de adoptar una regla o criterio rector que permita decidir si la resolución será oral o escrita. El punto se aclara, sin duda, desde la vigencia de otros principios consustanciales a la audiencia misma, en especial el de concentración, puesto que exige que los actos procesales se realicen en una ocasión [VÍCTOR MORENO CATENA y VALENTÍN CORTÉS DOMÍNGUEZ: **Derecho Procesal Penal**. 3ª Edición, Editorial Tirant Lo Blanch, Madrid, 2008, p. 231] y en el que se privilegia la memoria como elemento clave para una correcta decisión. Si las audiencias se llevan a cabo bajo una lógica de concentración y, además, de continuidad –en las denominadas “audiencias preliminares”, fuera de la audiencia principal o de enjuiciamiento, por su propia naturaleza, no se permite su suspensión, aunque es obvio que es posible admitir excepciones fundadas en una causa objetiva y razonable–, es inevitable concluir que la resolución será oral si se dicta antes de finalizar la audiencia. Ésta no puede suspenderse para otro día con el sólo propósito de dictar una resolución oral o de realizar un acto procesal intrascendente que muy bien pudo hacerse en el curso de la audiencia; un pronunciamiento diferido exige, entonces, una resolución escrita.

- 10º.** Un punto distinto, aunque vinculado, es el referido a la documentación de la resolución oral, de suerte que sea posible garantizar tanto la seguridad jurídica y la inalterabilidad de la misma, como su revisión en sede de impugnación respecto del cumplimiento de sus presupuestos materiales y formales.

La respuesta, sin duda, desde una perspectiva sistemática, se encuentra en la correcta interpretación de los artículos 120º y 361º NCPP. Los autos, atento a sus exigencias formales, requieren de una documentación –no sucinta– sino integral, y ésta se concreta en el acta. La reproducción audiovisual está referida a las actuaciones

procesales, a las diligencias que se realizan en la audiencia. La resolución judicial es un acto procesal sujeto a sus propias regulaciones.

Si se admite, desde la perspectiva del NCCP –principio de legalidad procesal– la primacía del acta (parágrafo 8º) frente a la reproducción audiovisual o al medio técnico o grabación respectiva, es ineludible como pauta general que la resolución oral debe constar en el acta y transcribirse de modo integral. No obstante ello, es evidente asimismo, si se asume criterios razonables de economía y celeridad procesal, que si el auto jurisdiccional no es impugnado, no será necesario que se transcriba integralmente –basta que conste su sentido y, desde luego, lo que decida o resuelva con absoluta claridad–. La reproducción integral de la resolución oral, por consiguiente, sólo será necesaria cuando ésta es recurrida en el modo y forma de ley y sea patente su admisión. Se trata de suprimir tareas inútiles y de la reducción de todo esfuerzo (cuálquiera sea su índole) que no guarda adecuada correlación con la necesidad que se pretende satisfacer; y de que el proceso se tramite y logre su objeto en el menor tiempo posible [ADOLFO ALVARADO VELLOSO: *Introducción al Estudio del Derecho Procesal. Primera Parte*. Editorial Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires, 1998, p. 265].

3. Motivación de las resoluciones.

11º. La motivación de las resoluciones es una exigencia constitucional específica reconocida por el artículo 139º.5 de la Ley Fundamental, y a la vez es un derecho que integra el contenido constitucionalmente garantizado de la garantía procesal de tutela jurisdiccional, que impone al juez la obligación de que las decisiones que emita han de ser fundadas en derecho. Las resoluciones judiciales deben ser razonadas y razonables en dos grandes ámbitos: **1)** En la apreciación –interpretación y valoración– de los medios de investigación o de prueba, según el caso –se ha de precisar el proceso de convicción judicial en el ámbito fáctico–. **2)** En la interpretación y aplicación del derecho objetivo. En este último ámbito, si se trata de una sentencia penal condenatoria –las absolutorias requieren de un menor grado de intensidad–, requerirá de la fundamentación **(i)** de la subsunción de los hechos declarados probados en el tipo legal procedente, con análisis de los elementos descriptivos y normativos, tipo objetivo y subjetivo, además de las circunstancias modificativas; y **(ii)** de las consecuencias penales y civiles derivadas, por tanto, de la individualización de la sanción penal, responsabilidades civiles, costas procesales y de las consecuencias accesorias.

La motivación, por cierto, puede ser escueta, concisa e incluso –en determinados ámbitos– por remisión. La suficiencia de la misma –analizada desde el caso concreto, no apriorísticamente– requerirá que el razonamiento que contenga, constituya lógica y jurídicamente, suficiente explicación que permita conocer, aún de manera implícita, los criterios fácticos y jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión. Basta, entonces, que el órgano jurisdiccional exteriorice su proceso valorativo en términos que permitan conocer las líneas generales que fundamentan su decisión.

La extensión de la motivación, en todo caso, está condicionada a la mayor o menor complejidad de las cuestiones objeto de resolución, esto es, a su trascendencia. No hace falta que el órgano jurisdiccional entre a examinar cada uno de los preceptos o razones jurídicas alegadas por la parte, sólo se requiere de una argumentación ajustada al tema en litigio, que proporcione una respuesta al objeto procesal trazado por las partes.

La jurisdicción ordinaria, en vía de impugnación, puede incluso integrar o corregir la falta de motivación de la sentencia recurrida en tanto se trata de un defecto estructural de la propia decisión impugnada, siempre que aun faltando expresa nominación de la razón, la sentencia contenga, en sus hechos y en sus fundamentos jurídicos, todas las circunstancia acaecidas.

Es palmario, por lo demás, que la nulidad procesal requiere como elemento sustancial que el defecto de motivación genere una indefensión efectiva –no ha tratarse de una mera infracción de las normas y garantías procesales–. Ésta únicamente tendrá virtualidad cuando la vulneración cuestionada lleve aparejada consecuencias prácticas, consistentes en la privación de la garantía de defensa procesal y en un perjuicio real y efectivo de los intereses afectados por ella, lo que ha de apreciarse en función de las circunstancias de cada caso (principio de excepcionalidad de las nulidades de decisiones de mérito en concordancia con el principio de conservación de los actos procesales –artículos 152º y siguientes del NCPP–).

Por otro lado, los errores –básicamente jurídicos– en la motivación, son irrelevantes desde la garantía a la tutela jurisdiccional; sólo tendrán trascendencia cuando sean determinantes de la decisión, es decir, cuando constituyan el soporte único o básico de la resolución, de modo que, constatada su existencia, la fundamentación pierda el sentido y alcance que la justificaba y no puede conocerse cuál hubiese sido el sentido de la resolución de no haber ocurrido en el mismo.

12º. En función a lo anterior, es evidente que, la motivación, desde la perspectiva del deber de exhaustividad –decisión razonada del derecho vigente con relación a la pretensión esgrimida, de todos los puntos litigiosos, y en función de los hechos probados en el proceso–, tendrá lugar cuando la resolución judicial: **1.** Carece llanamente de motivación, es decir, omite pronunciarse sobre las pretensiones y resistencias relevantes formuladas por las partes e impide conocer el desarrollo del juicio mental realizado por el juez y cuya conclusión es el fallo que pronuncia. **2.** Es notoriamente insuficiente, vale decir, no se apoya en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales que la fundamentan, cuya apreciación está en función al caso concreto. **3.** Es arbitraria por ilógica, incoherente, incomprendible o contradictoria (supuestos de motivación aparente) –desconexión entre motivación y decisión, o ausencia de coherencia interna de la resolución–.

En vía de impugnación, la sentencia de vista o la de casación exige una contestación individualizada a la motivación del recurso o a la pretensión impugnativa, aunque la motivación por remisión o implícita es tolerable en la medida en que la parte

de la decisión objeto de remisión esté razonablemente fundamentada –criterio establecido en la Casación N° 05-2007/Huaura–.

13º. El artículo 139°.5 de la Constitución expresamente menciona que la motivación de las resoluciones se expresa a través de su forma escrita. Empero, 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.

En la medida en que se permita conocer el cumplimiento de los presupuestos materiales y formales de una resolución jurisdiccional, que se impida la manipulación de las decisiones judiciales y que se garantice un mecanismo idóneo y razonable de documentación, las resoluciones orales en modo alguno afectan las finalidades que cumple la motivación: **1.** Controlar la actividad jurisdiccional por parte de la opinión pública, cumpliendo así con el requisito de publicidad. **2.** Hacer patente el sometimiento del juez al imperio de la ley. **3.** Lograr el convencimiento de las partes sobre la justicia y corrección de la decisión judicial, eliminando la sensación de arbitrariedad y estableciendo su razonabilidad, al conocer el por qué concreto de su contenido. **4.** Garantizar la posibilidad de control de la resolución judicial por los Tribunales Superiores que conozcan de los correspondientes recursos [JOAN PICÓ I JUNOY: *Las Garantías Constitucionales del Proceso*. Editorial Bosh, Barcelona, 1997, p. 64].

En tanto la resolución oral –con las particularidades antes citadas– se documenta en el acta y, adicionalmente, la audiencia en la que se profiere es objeto de una grabación por medio de audio o de video, su reconocimiento no importa vulneración constitución alguna.

III. DECISIÓN

14º. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto por el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial;

ACORDARON

15º. **ESTABLECER** como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 6° al 13°.

16º. **PRECISAR** que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22° de la LOJP, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116° del citado estatuto orgánico.

17º. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial “El Peruano”. Hágase saber.

Ss.

SAN MARTÍN CASTRO
VILLA STEIN
LECAROS CORNEJO
PRADO SALDARRIAGA
RODRÍGUEZ TINEO
JOSUE PARIONA PASTRANA
BARRIOS ALVARADO
PRÍNCIPE TRUJILLO
NEYRA FLORES
VILLA BONILLA
CALDERÓN CASTILLO
SAN MARIA MORILLO

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ
I PLENO JURISDICCIONAL EXTRAORDINARIO DE LAS SALAS PENALES
PERMANENTE Y TRANSITORIA**

ACUERDO PLENARIO N° 2-2012/CJ-116

FUNDAMENTO: ARTÍCULO 116° TUO LOPJ

ASUNTO: Audiencia de tutela
e imputación suficiente.

Lima, veintiséis de marzo de dos mil doce.

El Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la República y los Jueces Supremos de lo Penal de este Máximo Tribunal de Justicia Ordinario, reunidos en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

- 1°.** Las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Presidente del Poder Judicial mediante Resolución Administrativa N° 053-2012-P-PJ, y el concurso del Centro de Investigaciones Judiciales, bajo la coordinación del señor Prado Saldarriaga, acordaron realizar el I Pleno Jurisdiccional Extraordinario Penal –que incluyó el Foro de “Participación Ciudadana”– de los Jueces Supremos de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial –en adelante, LOPJ–, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.
- 2°.** El I Pleno Jurisdiccional Extraordinario Penal se realizó en tres etapas. La primera etapa tuvo como finalidad convocar a la comunidad jurídica y a la sociedad civil del país, quienes intervinieron con sus valiosos aportes en la identificación y análisis de los tres problemas hermenéuticos y normativos seleccionados. Para ello se habilitó el Foro de “Participación Ciudadana” a través del portal de internet del Poder Judicial, de suerte que se logró una amplia participación de la comunidad jurídica y de diversas instituciones del país a través de sus respectivas ponencias y justificación.
- 3°.** La segunda etapa consistió en el desarrollo de la Audiencia Pública, que se llevó a cabo el doce de marzo del presente año. En ella, los representantes de la comunidad jurídica e instituciones acreditadas sustentaron y debatieron sus respectivas ponencias ante el Pleno de los Jueces Supremos de ambas Salas Penales, interviniendo en el análisis del tema del presente Acuerdo Plenario, los señores Giampol Taboada

Pilco (Juez de Investigación Preparatoria de La Libertad); Julio Cesar Espinoza Goyena (Representante del Instituto de Ciencia Procesal Penal); Eduardo Remi Pachas Palacios y Mario Pablo Rodríguez Hurtado, profesores de derecho procesal penal.

- 4º. La tercera etapa del I Pleno Jurisdiccional Extraordinario Penal comprendió el proceso de discusión y formulación de los Acuerdos Plenarios, con la designación de Jueces Supremos Ponentes para cada uno de los tres temas seleccionados. Esta fase culminó el día de la Sesión Plenaria realizada en la fecha con participación de todos los Jueces integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria (a excepción del doctor Pariona Pastrana, quien se encontraba de vacaciones), con igual derecho de voz y voto. Es así, como finalmente se expide el presente Acuerdo Plenario, emitido conforme a lo dispuesto en el Artículo 116º de la LOPJ, que faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial a pronunciar resoluciones vinculantes con el fin de concordar criterios jurisprudenciales de su especialidad.
- 5º. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario.

Interviene como Ponente el señor SAN MARTÍN CASTRO.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

- 6º. Los rasgos generales o características esenciales de la acción de tutela jurisdiccional penal, normada en el artículo 71º del Nuevo Código Procesal Penal –en adelante, NCPP– han sido abordados en el Acuerdo Plenario N° 4-2010/CJ-116.

Los derechos fundamentales que se protegen son aquellos previstos en el citado artículo 71º NCPP. Uno de ellos es el: conocimiento de los cargos formulados en contra del imputado (artículo 71º.2, Laa). Debe entenderse por)cargos penales, aquella relación o cuadro de hechos –acontecimiento histórico–, de relevancia penal, que se atribuye al imputado y que, ***prima facie***, justifican la inculpación formal del Ministerio Público.

El artículo 336º.2, ,bb NCPP, sobre este extremo, fija como contenido de la Disposición de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria –en adelante, DFCIP–, ***los hechos y la tipificación específica correspondiente. El Fiscal podrá, si fuera el caso, consignar tipificaciones alternativas al hecho objeto de investigación, indicando los motivos de esa calificación***".

- 7º. Es evidente, por lo demás, que el nivel de precisión de los hechos –que no de su justificación indiciaria procedural–, atento a la propia naturaleza jurídica de la DFCIP y del momento procesal de ejercicio o promoción de la acción penal por el Fiscal, debe ser compatible –cumplidos todos los presupuestos procesales– con el grado de sospecha inicial simple, propia de la necesidad de abrir una instancia de persecución penal –es decir, que impulse el procedimiento de investigación–. Tal consideración,

como se sabe, ha de estar alejada de las meras presunciones, y fundada en puntos de partida objetivos y asentada en la experiencia criminalística de que, en pureza, existe un hecho de apariencia delictiva persegurable –presupuesto jurídico material– atribuible a una o varias personas con un nivel de individualización razonable y riguroso.

Lo expuesto explica que una de las características del hecho investigado es su variabilidad durante el curso de la etapa de investigación preparatoria –o, mejor dicho, la delimitación progresiva del posible objeto procesal–, y que el nivel de precisión del mismo –relato del hecho histórico y del aporte presuntamente delictivo de los implicados por la Fiscalía– tiene un carácter más o menos amplio o relativamente difuso. No es lo mismo un delito flagrante, que uno referido a sucesos complejos y de determinación inicial algo incierta y, por tanto, de concreción necesariamente tardía. En iguales términos, como no podía ser de otro modo, se ha pronunciado la STC N° 4726-2008-PHC/TC, del 19 de marzo de 2009, aunque es de aclarar que el nivel de detalle del suceso fáctico está en función a su complejidad y no necesariamente a su gravedad.

- 8º. En nuestro nuevo sistema procesal penal no corresponde al órgano jurisdiccional, como en otros contados modelos procesales, un amplio control de los presupuestos jurídico-materiales en sede de investigación penal preparatoria, cuyo señorío ejerce a plenitud el Ministerio Público –distinto es el caso, por cierto, de las otras etapas o fases procesales– (verbigracia: artículo 15º.3 del Estatuto de Roma de la Corte Penal).

Bastaría, en principio, la mera afirmación por el Fiscal de un suceso aparentemente típico para la configuración formalmente válida del proceso penal –el acto de imputación, si bien procesal, no es jurisdiccional–. Sólo en definidos momentos y precisos actos procesales está reservado al órgano jurisdiccional intervenir para enmendar presuntos desafueros del Fiscal a propósito de la expedición de la DFCIP. Este sería el caso, por ejemplo, de la delictuosidad del hecho atribuido y de los presupuestos procesales, en que el NCPP prevé vías específicas para su control jurisdiccional –el supuesto más notorio es el de la excepción de improcedencia de acción: artículo 6º.1, Ebb NCPP–.

- 9º. Es evidente, asimismo, que no puede cuestionarse en vía de tutela jurisdiccional penal el nivel de los elementos de convicción o su fuerza indicaria para anular la DFCIP, puesto que se trata de un presupuesto procesal –bajo cargo exclusivo de la jurisdicción ordinaria (así, STC N° 4845-2009-PHC/TC, del 7 de enero de 2010)–, cuyo control está reservado al requerimiento fiscal que da por conclusa la fase de investigación preparatoria e inicia la etapa intermedia, en cuyo caso se exige, ya no sospecha inicial simple, sino Esospecha suficientes –se ha de esperar una condena con fuerte probabilidad, sospecha que a su vez alcanza a un convencimiento por el órgano jurisdiccional de la existencia de los presupuestos procesales y de la punibilidad de la conducta imputada–, plenamente controlable en este caso (vid: artículos 344º.1, 346º.1, 350º.1, aa y 352º.2 y 4 NCPP).

Así las cosas, se entiende que el parágrafo 14º del Acuerdo Plenario N° 4-2010/CJ-116 limite el ejercicio de la acción de tutela, a la que califica de residual”, a los derechos taxativamente enumerados en el artículo 71º NCPP, y que el parágrafo 18º fije como criterio base la irrecorribilidad de la DFCIP.

10º. Ahora bien, la garantía de defensa procesal, desarrollada por el artículo IX del Título Preliminar del NCPP, incluye, aparte de los llamados Aderechos instrumentalesd (derecho a la asistencia de abogado, utilización de medios de prueba pertinente, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable), los denominados derechos sustancialesd, que son presupuestos básicos de su debido ejercicio, entre ellos la comunicación detallada de la imputación formulada contra el imputado. Su efectividad, sin duda, como correlato del conocimiento de los cargos (artículo 72º.2, ,aa NCPP), requiere inexorablemente de que los hechos objeto de imputación en sede de investigación preparatoria (vid: artículo 342º.1 NCPP) tengan un mínimo nivel de detalle que permita al imputado saber el suceso histórico que se le atribuye y la forma y circunstancias en que pudo tener lugar.

Tal dato es indispensable para que pueda ejercer una defensa efectiva, la cual no puede quedar rezagada a la etapa intermedia o a la etapa principal de enjuiciamiento: la defensa se ejerce desde el primer momento de la imputación (vid: artículo 139º.14 de la Constitución), que es un hecho procesal que debe participarse a quien resulte implicado desde que, de uno u otro modo, la investigación se dirija contra él, sin que haga falta un acto procesal formal para que le reconozca viabilidad.

Es evidente, a partir del modelo procesal asumido por el NCPP, que el imputado, en un primer momento, deberá acudir al propio Fiscal para solicitar las subsanaciones correspondientes en orden a la precisión de los hechos atribuidos –este derecho de modo amplio lo reconoce el artículo 71º.1 NCPP–.

11º. Muy excepcionalmente, ante la desestimación del Fiscal o ante la reiterada falta de respuesta por aquél –que se erige en requisito de admisibilidad–, y siempre frente a una omisión fáctica patente o ante un detalle de hechos con entidad para ser calificados, de modo palmario, de inaceptables por genéricos, vagos o gaseosos, o porque no se precisó el aporte presuntamente delictivo del imputado, cabría acudir a la acción jurisdiccional de tutela penal.

En este caso la función del Juez de la Investigación Preparatoria –ante el incumplimiento notorio u ostensible por el Fiscal de precisar los hechos que integran los cargos penales– sería exclusiva y limitadamente correctora –disponer la subsanación de la imputación plasmada en la DFCIP, con las precisiones que luego de la audiencia sería del caso incorporar en la decisión judicial para evitar inútiles demoras, pedidos de aclaración o corrección, o cuestionamientos improcedentes–. Bajo ningún concepto el auto judicial puede ser anulatorio y, menos, de archivo o sobreseimiento anticipado de la investigación.

III. DECISIÓN

12°. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la intervención del Presidente del Poder Judicial, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial;

ACORDARON:

13°. ESTABLECER como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 6º al 11º.

14°. PRECISAR que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22º de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116º del citado Estatuto Orgánico.

15°. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el Diario Oficial El Peruano. Hágase saber.

Ss.

SAN MARTÍN CASTRO
VILLA STEIN
LECAROS CORNEJO
PRADO SALDARIAGA
RODRÍGUEZ TINEO
BARRIOS ALVARADO
SALAS ARENAS
PRÍNCIPE TRUJILLO
NEYRA FLORES
VILLA BONILLA
MORALES PARRAGUÉZ

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ I PLENO JURISDICCIONAL EXTRAORDINARIO PENAL

ACUERDO PLENARIO N° 3-2012/CJ-116

FUNDAMENTO: ARTÍCULO 116º TUO LOPJ

ASUNTO: Sobre la necesidad de reevaluar la suspensión de la prescripción dispuesta en el artículo 339º.1 del Código Procesal penal 2004.

Lima, veintiséis de marzo de dos mil doce.

Los Jueces Supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidos en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

- 1º. Las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Presidente del Poder Judicial mediante Resolución Administrativa N° 053-2012-P-PJ, y el concurso del Centro de Investigaciones Judiciales, bajo la coordinación del señor Prado Saldarriaga, acordaron realizar el I Pleno Jurisdiccional Extraordinario Penal –que incluyó el Foro de “Participación Ciudadana”– de los Jueces Supremos de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial –en adelante, LOPJ–, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.
- 2º. El I Pleno Jurisdiccional Extraordinario Penal se realizó en tres etapas. La primera etapa tuvo como finalidad convocar a la comunidad jurídica y a la sociedad civil del país, quienes intervinieron con sus valiosos aportes en la identificación y análisis de los tres problemas hermenéuticos y normativos seleccionados. Para ello se habilitó el Foro de “Participación Ciudadana” a través del portal de internet del Poder Judicial, de suerte que se logró una amplia participación de la comunidad jurídica y de diversas instituciones del país a través de sus respectivas ponencias y justificación.
- 3º. La segunda etapa consistió en el desarrollo de la Audiencia Pública, que se llevó a cabo el doce de marzo del presente año. En ella, los representantes de la comunidad jurídica e instituciones acreditadas sustentaron y debatieron sus respectivas ponencias ante el Pleno de los Jueces Supremos de ambas Salas Penales, interviniendo

en el análisis del tema del presente Acuerdo Plenario, los señores Alcides Chinchay Castillo (Fiscal Adjunto Supremo en lo Penal); Gino Valdivia Guerola (Fiscal Adjunto Provincial de Arequipa), y Eduardo Alcócer Povis del Instituto de Ciencia Procesal Penal.

- 4º. La tercera etapa del I Pleno Jurisdiccional Extraordinario Penal comprendió el proceso de discusión y formulación de los Acuerdos Plenarios, con la designación de Jueces Supremos Ponentes para cada uno de los tres temas seleccionados. Esta fase culminó el día de la Sesión Plenaria realizada en la fecha con participación de todos los Jueces integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria (a excepción del doctor Pariona Pastrana, quien se encontraba de vacaciones), con igual derecho de voz y voto. Es así, como finalmente se expide el presente Acuerdo Plenario, emitido conforme a lo dispuesto en el Artículo 116º de la LOPJ, que faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial a pronunciar resoluciones vinculantes con el fin de concordar criterios jurisprudenciales de su especialidad.
- 5º. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario interviniendo como Ponente el señor PRADO SALDARRIAGA.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. *El Acuerdo Plenario N° 1-2010/CJ-116 y la suspensión de la prescripción de la acción penal por formalización de la Investigación Preparatoria.*
- 6º. El Acuerdo Plenario N° 1-2010/CJ-116, del 16 de noviembre de 2010, al analizar la naturaleza y efectos de la configuración del artículo 339º inciso 1 “**La formalización de la investigación suspenderá el curso de la prescripción de la acción penal**” declaró expresamente en su fundamento jurídico 27 lo siguiente: “**La redacción y el sentido del texto es claro, en cuanto regula la institución de la suspensión con todas las consecuencias y matices que conlleva y no es posible deducir que el legislador quiso reglamentar un supuesto de interrupción de la prescripción, porque la voluntad fue establecer que ese acto del Fiscal es motivo de suspensión. En la práctica, el principal efecto de esta norma es la prolongación del tiempo necesario para considerar extinguida la responsabilidad penal por un determinado hecho y, en ese sentido, cuando existe actividad procesal del Fiscal –formalizando la investigación– el plazo de prescripción deja de computarse desde que se declara**”.
- 7º. Sin embargo, con posterioridad a este Acuerdo Plenario un sector minoritario de la doctrina y de la judicatura nacional ha vuelto a **insistir en la conveniencia de asumir que lo previsto en dicha norma como suspensión debe ser entendido como interrupción** y que, incluso, procede a apartarse de lo establecido en el Acuerdo Plenario sobre la materia (Cfr. Sentencia de Apelación del 21 de marzo de 2011, recaída en el Expediente N° 00592-2008-49-1302-JR-PE-01.Corte Superior de Justicia de Huaura, fundamentos 4.1 a 4.10 y Voto Singular del Juez Superior Reyes Alvarado. Asimismo,

comentario a dicha sentencia de José David Burgos Alvarado: La Formalización de la Investigación Preparatoria ¿Suspensión o interrupción de la acción penal? en Gaceta Penal y Procesal Penal. Tomo 22. Abril 2011, p. 261 y ss.). Entre estas posturas también se ha afirmado, sin mayor detalle argumental y de modo reiterado, que la disposición del artículo 339º inciso 1 del Código Procesal Penal, ha derogado las reglas sobre interrupción y suspensión de la prescripción de la acción penal que contienen los artículos 83º y 84º del Código Penal sustantivo. Frente a ello, otro calificado sector de la doctrina ha ratificado la coherencia y validez de lo establecido por las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia (Cfr. Raúl Pariona Arana. La Prescripción en el Código Procesal Penal de 2004 ¿Suspensión o interrupción de la prescripción? en Gaceta Penal y Procesal Penal. Tomo 23. Mayo 2011, p. 221 y ss.). Las ponencias presentadas en la Audiencia Pública Preparatoria del 12 de marzo han puesto también de manifiesto estas discrepancias con diferentes argumentos en uno y otro sentido, siendo común a todas la **ausencia de un análisis del origen histórico y comparado del inciso 1 del artículo 339º** y que resulta imprescindible para esclarecer definitivamente la función y alcances dogmáticos así como prácticos de tal disposición legal.

2. ***La fuente legal extranjera del artículo 339º inciso 1 valida la posición hermenéutica asumida en el Acuerdo Plenario de 2010.***
- 8º. La influencia directa de la reforma procesal penal chilena en la redacción del artículo 339º inciso 1 es plena y evidente. En efecto, al igual que la norma nacional, el literal a) del artículo 233º del Código Procesal Penal de Chile también establece que “***La formalización de la investigación preparatoria producirá los siguientes efectos: a) Suspenderá el curso de la prescripción de la acción penal en conformidad a lo dispuesto en el artículo 96º del Código Penal***”. Ahora bien, en el artículo aludido del texto fundamental del Derecho Penal sustantivo del vecino país del sur los efectos y causales de la suspensión de la prescripción de la acción penal están claramente diferenciados de los que corresponden a la interrupción: “***Esta prescripción se interrumpe, perdiéndose el tiempo transcurrido, siempre que el delincuente comete nuevamente crimen o simple delito, y se suspende desde que el procedimiento se dirige contra él***”. Esto significa, sencillamente, que en Chile siempre la incoación de un proceso contra el autor de un hecho punible es causal de suspensión de la prescripción de la acción penal y no de interrupción. Lo mismo ocurre ahora en el Perú desde la puesta en vigencia del Código Procesal Penal de 2004. Por tanto, la interpretación hecha por el Acuerdo Plenario es correcta y tiene plena validez técnica y práctica.
3. ***La suspensión e interrupción de la prescripción de la acción penal en el derecho penal histórico peruano han regulado siempre causales y efectos distintos.***
- 9º. En el derecho penal histórico nacional, también los efectos y las causales de interrupción y suspensión de la acción penal han estado claramente estipulados sin que

haya posibilidad alguna de confundirlos. Remitiéndonos únicamente al Código Penal de 1924 podemos constatar incluso que los artículos 121º sobre interrupción y el 122º sobre suspensión ponían en evidencia tales diferencias.

Es más, en el segundo de los artículos citados, incluso se estipulaba que los efectos de la suspensión no alcanzaban a los plazos de la prescripción extraordinaria de la acción penal prevista en el párrafo *in fine* la primera de dichas normas: “*Si el comienzo o la terminación del proceso dependiese de cualquier cuestión que deba resolverse en otro procedimiento, se considerará en suspenso la prescripción hasta que esté concluido, salvo lo prescrito en la última parte del artículo anterior*”.

Importante salvedad que no fue reproducida por el actual artículo 84º del Código Penal vigente, demostrando con ello, una vez más, que no existe en la legislación vigente ninguna relación de identidad ni dependencia residual entre la interrupción y la suspensión de la prescripción de la acción penal. De esta manera, desde el plano histórico, se vuelve a ratificar la pertinencia y solidez hermenéutica de lo acordado en el Acuerdo Plenario N° 1-2010/CJ-116.

4. *Las relaciones intrasistemáticas entre los artículos 83º y 84º del Código Penal de 1991, con el artículo 339º inciso 1 del Código Procesal Penal de 2004 son de plena compatibilidad funcional*

10º. Frente a la ya demostrada autonomía de las reglas y efectos de la suspensión en relación a las que gobiernan la configuración y eficacia de la interrupción de la prescripción de la acción penal, cabe concluir señalando que el artículo 339º inciso 1 del Código Procesal Penal de 2004 no ha derogado ni modificado, directa o indirectamente, las reglas contenidas en el artículo 83º de Código Penal vigente. El artículo 84º del Código Penal tampoco ha sido derogado ni mediatizado en sus efectos por el inciso 1 del artículo 339º del Código Procesal Penal. Fundamentalmente porque ambas disposiciones son independientes aunque aludan a una misma institución penal como lo es la suspensión de la prescripción de la acción penal. *Se trata solamente de disposiciones compatibles que regulan, cada una, causales distintas de suspensión de la prescripción de la acción penal que pueden operar de modo secuencial, paralelo o alternativo*. Efectivamente, la prejudicabilidad considerada por la norma sustantiva puede paralizar incluso la continuación de un proceso penal en trámite y donde la Formalización de la Investigación Preparatoria que considera la norma adjetiva, ya decretó la suspensión del plazo de prescripción de la acción penal. Es más, a ello se refiere también de modo expreso el artículo 5º en sus incisos 1 y 2:

- 1. *La cuestión prejudicial procede cuando el Fiscal decide continuar con la Investigación Preparatoria, pese a que fuere necesaria en vía extra-penal una declaración vinculada al carácter delictuoso del hecho incriminado. 2. Si se declara fundada, la Investigación Preparatoria se suspende hasta que en la otra vía***

recaiga resolución firme. Esta decisión beneficia a todos los imputados que se encuentren en igual situación jurídica y que no la hubieren deducido”.

Por consiguiente, desde el dominio de las relaciones intrasistemáticas de las normas sustantivas o adjetivas, vinculadas a la interrupción o prescripción de la acción penal en la legislación nacional vigente, no se configura ni se condiciona la presencia de una antinomia legal que demande la modificación o complementación del Acuerdo Plenario N° 1-2010/CJ-116.

5. Necesidad de un plazo razonable para la suspensión de la prescripción en el caso del artículo 339º inciso 1 del Código Procesal Penal de 2004.

11º. Es pertinente y oportuno establecer un límite temporal para la duración de la suspensión de la prescripción de la acción penal, generada por la Formalización de la Investigación Preparatoria. Tal requerimiento fue también reiteradamente planteado en las ponencias sustentadas durante la Audiencia Pública preparatoria del I Pleno Jurisdiccional Extraordinario por lo que expresan una fundada demanda de la comunidad nacional. Pero, además, ella guarda estricta coherencia con las exigencias, límites y efectos que derivan del **principio de plazo razonable** para la realización de la justicia. En ese contexto, pues, y atendiendo a los antecedentes históricos de la suspensión de la prescripción en nuestra legislación, cabe asimilar, para satisfacer tal expectativa social, el mismo límite temporal que contenía el derogado artículo 122º del Código Penal de 1924. Esto es, en adelante debe entenderse que la suspensión de la prescripción en el caso del artículo 339º inciso 1, **no podrá prolongarse más allá de un tiempo acumulado equivalente al plazo ordinario de prescripción más una mitad de dicho plazo**. Por lo demás este mismo criterio se mantuvo en los Proyectos de Código Penal de setiembre de 1984 (Art. 96º), de octubre de 1984 (Art. 83º), de agosto de 1985 (Art. 89º) y de abril de 1986 (Art. 88º) que precedieron al Código Penal de 1991 por lo que su razonabilidad es admisible.

III. DECISIÓN

12º. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial;

ACORDARON:

13º. ESTABLECER como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 6º al 11º.

14º. PRECISAR que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin

perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22º de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116º del citado estatuto orgánico.

15º. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el Diario Oficial El Peruano. Hágase saber.

Ss.
SAN MARTÍN CASTRO
VILLA STEIN
LECAROS CORNEJO
PRADO SALDARRIAGA
RODRÍGUEZ TINEO
BARRIOS ALVARADO
SALAS ARENAS
PRÍNCIPE TRUJILLO
NEYRA FLORES
VILLA BONILLA
MORALES PARRAGUÉZ



MANUAL DE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA DEL PROCESO PENAL COMÚN

**CONFORME A LAS PREVISIONES DEL
NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL,
DECRETO LEGISLATIVO N° 957**

Mario Pablo Rodríguez Hurtado

Ángel Fernando Ugaz Zegarra

Lorena Mariana Gamero Calero

Horst Schönbohm