



---

# GUIA DE LITIGACION EN AUDIENCIAS PRELIMINARES

---

SECRETARÍA TÉCNICA  
DE LA COMISIÓN ESPECIAL  
DE IMPLEMENTACIÓN DEL  
CÓDIGO PROCESAL PENAL



PERÚ

Ministerio  
de Justicia  
y Derechos Humanos



Siempre  
con el pueblo



BICENTENARIO  
DEL PERÚ  
2021 - 2024







# GUIA DE LITIGACION EN AUDIENCIAS PRELIMINARES

SECRETARÍA TÉCNICA  
DE LA COMISIÓN ESPECIAL  
DE IMPLEMENTACIÓN DEL  
CÓDIGO PROCESAL PENAL



PERÚ

Ministerio  
de Justicia  
y Derechos Humanos



Siempre  
con el pueblo



BICENTENARIO  
DEL PERÚ  
2021 - 2024

## **MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS**

### **Elaborado por:**

Secretaría Técnica de la Comisión Especial de Implementación del Código Procesal Penal  
Scipión Llona 350, Miraflores, Lima 18  
Teléfono (+511) 204-8020 Anexo 1397  
[www.minjus.gob.pe](http://www.minjus.gob.pe)

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2022-12330

Primera Edición  
Diciembre de 2022

### **Impreso en:**

Industria Gráfica MACOLE S.R.L.  
RUC: 20503361664  
Jr. Cañete 129 - Lima 1



PERÚ

Ministerio de Justicia  
y Derechos Humanos

Despacho  
Ministerial

Comisión Especial  
de Implementación  
del Código Procesal Penal

## GUÍA DE LITIGACIÓN EN AUDIENCIAS PRELIMINARES

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos

### **Edición al cuidado de:**

Secretaría Técnica de la Comisión Especial de Implementación  
del Código Procesal Penal

**Dr. Luis Alberto Tapia Soriano**

Secretario Técnico

### **Equipo Responsable:**

Dalmiro Huachaca Sánchez  
Héctor Vicente Najarro Torres  
Luis Eduardo Rodríguez Vergara  
Rosa Encarnación Guardia Díaz  
Henry Miller Abanto Castro  
Oscar Sebastián Mejía Gonzales  
Carlos Alberto Alonso Quispe  
Gilda Che Piu Deza  
Paola Asunción Cuya Sumalavia  
Brando Gabriel Espinoza Paz de la Vega

## ÍNDICE



## AGRADECIMIENTO INSTITUCIONAL

La presente obra es gracias al valioso aporte y contribución de los siguientes abogados expertos en materia penal y procesal penal nacionales e internacionales, a quienes la Secretaría Técnica de la Comisión Especial de Implementación del Código Procesal Penal expresa el agradecimiento correspondiente.

- Leonardo Moreno Holman - Chile
- Leonel González Postigo - Argentina
- José Luis Pecina Alcalá - México
- Nicolas Omar Vargas - Argentina
- José Luis Eloy Morales Brand - México
- Marco M. Macklis - Estados Unidos
- Jefferson G. Moreno Nieves - Perú
- Frank Carlos Valle Odar - Perú
- Rafael Elmer Cancho Alarcón - Perú
- Dante Heredia Obregón - Perú
- Diego Jesús Valderrama Macera - Perú
- Miguel Ángel Vásquez Rodríguez - Perú
- Paul Antonio Ruiz Cervera - Perú
- Nelvin Espinoza Guzmán - Perú



## ÍNDICE

<b>PRESENTACIÓN</b>	<b>17</b>
<b>INTRODUCCIÓN</b>	<b>19</b>
<b>ROL DE LOS JUECES DE CONTROL DE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA LEONARDO MORENO HOLMAN (CHILE)</b>	<b>25</b>
<b>I. Introducción:</b>	<b>25</b>
A. Separación de funciones en el proceso penal	25
B. Tribunales que intervienen en el desarrollo de un proceso penal y sus funciones fundamentales	26
C. Las audiencias orales como metodología de conocimiento, que permite aproximarse razonablemente a la verdad	27
D. Particularidades de los asuntos o debates que se conocen en las audiencias preliminares	30
<b>II. Los Jueces de la investigación preparatoria</b>	<b>33</b>
1. La conducción y dirección de las audiencias preliminares	34
2. La administración de los tiempos de duración de las audiencias	37
3. La comunicación con los que participan en la audiencia	38
4. Necesidad del juez de tomar adecuadamente notas	39
5. La dictación de sus resoluciones y su fundamentación	39
<b>III. La Preservación o control de la legalidad por parte del juez de control de la investigación preparatoria</b>	<b>40</b>
<b>IV. El ejercicio de la función cautelar por los jueces de control de la investigación preliminar</b>	<b>41</b>
a. Control de los actos investigativos del Ministerio Público que puedan significar afectación de garantías individuales	41
b. Control de legalidad de la detención	42
c. Control de la formalización de la investigación	43
d. Control de las medidas cautelares personales	44
e. Control del plazo de investigación	45
f. Mecanismo de cautela de los derechos de las víctimas	46
<b>V. Promoción y resolución de formas o procedimientos alternativos de resolución del conflicto penal</b>	<b>46</b>
<b>VI. Preparar el Juicio oral</b>	<b>47</b>
a. Controlar formalmente la acusación deducida por el Ministerio Público	47
b. Verificar la debida congruencia que debe existir entre la acusación y la formalización de la investigación	48
c. Controlar el descubrimiento de prueba y pronunciarse sobre la admisibilidad de la evidencia ofrecida por las partes para ser producida o actuada en juicio oral	48

<b>VII. Otras consideraciones relevantes</b>	<b>50</b>
i. La coordinación interinstitucional para la realización de audiencias preliminares efectivas	50
ii. El control de convencionalidad	51

**LINEAMIENTOS PRÁCTICOS PARA JUECES Y JUEZAS EN LA CONDUCCIÓN DE LAS AUDIENCIAS PREVIAS AL JUICIO  
LEONEL GONZÁLEZ POSTIGO (ARGENTINA)** **52**

---

<b>I. Introducción</b>	<b>52</b>
<b>II. Diez reglas prácticas para la conducción de las audiencias previas al juicio</b>	<b>53</b>
1. Planificar la audiencia	53
2. Dirigirse al imputado y la víctima	54
3. Priorizar el debate sobre hechos	55
4. Promover la contradicción. Ojo con el modelo de “traslados”	57
5. Tomar pequeñas decisiones. No dejar todo para el final	58
6. Hablar en lenguaje claro y comprensible. Evitar formalidades	59
7. Administrar el tiempo	60
8. Solicitar información. Los litigantes son su única fuente	61
9. Tomar notas para adoptar y comunicar la decisión	62
10. Desprenderse de estereotipos y prejuicios	65
<b>III. Palabras finales</b>	<b>67</b>
<b>IV. Referencias bibliográficas</b>	<b>67</b>

**LA ACTUACIÓN DEL JUEZ DE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA EN EL MODELO ACUSATORIO  
JOSÉ LUIS PECINA ALCALÁ (MÉXICO)** **69**

---

<b>1. Antecedentes</b>	<b>69</b>
<b>2. Sistema Acusatorio</b>	<b>69</b>
<b>3. El juez de la investigación preparatoria</b>	<b>72</b>
<b>4. La actuación del juez de la investigación preparatoria ¿debe ser oral?</b>	<b>73</b>
4.1 <i>El juez de la investigación preparatoria en la investigación ministerial</i>	76
4.2 <i>El juez de investigación preparatoria en la investigación formalizada</i>	79
<b>5. Bibliografía</b>	<b>80</b>

**LAS MEDIDAS DE COERCIÓN EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL: ANÁLISIS NORMATIVO Y PAUTAS PARA SU LITIGACIÓN CON ESPECIAL FOCO EN LA PRISIÓN PREVENTIVA  
NICOLÁS OMAR VARGAS (ARGENTINA)** **81**

---

<b>1. Ideas introductorias</b>	<b>81</b>
--------------------------------	-----------

<b>2. La regulación de las medidas cautelares en el CPP: una lectura desde los estándares de la Corte Interamericana de Los Derechos Humanos</b>	<b>84</b>
<b>3. Pautas para la realización de audiencias de medidas cautelares</b>	<b>87</b>
<b>4. A modo de cierre</b>	<b>94</b>
<b>5. Bibliografía</b>	<b>94</b>
<b>DETENCIÓN POLICIAL Y ARRESTO CIUDADANO</b>	<b>96</b>
<b>JOSÉ LUIS ELOY MORALES BRAND (MÉXICO)</b>	
<hr/>	
<b>1. Control de la detención</b>	<b>96</b>
1.1. Introducción	96
1.2. Flagrancia	97
1.3. Detención Policial y comunicación de derechos	98
1.4. Término de la detención policial y recomendaciones prácticas	99
1.5. Arresto ciudadano	103
1.6. Recomendaciones prácticas para la audiencia de tutela para el control de la detención	103
1.7. Bibliografía	107
<b>LA INGENIERÍA EN LA ENSEÑANZA DE LA LITIGACIÓN ORAL</b>	<b>108</b>
<b>MARCO M. MACKLIS (ESTADOS UNIDOS)</b>	
<hr/>	
<b>I. Estudio introductorio al modelo de enseñanza que debe adoptar Perú</b>	<b>108</b>
<b>II. Conclusión</b>	<b>112</b>
<b>III. Bibliografía</b>	<b>113</b>
<b>GUÍA DE LITIGACIÓN EN AUDIENCIA DE PRISIÓN PREVENTIVA</b>	<b>114</b>
<b>JEFFERSON G. MORENO NIEVES (PERÚ)</b>	
<hr/>	
<b>I. Introducción</b>	<b>114</b>
<b>II. Base legal</b>	<b>115</b>
<b>III. Base jurisprudencial</b>	<b>115</b>
<b>IV. Presupuestos Materiales</b>	<b>116</b>
IV.I Graves y fundados elementos de conuicción	117
IV.II Prognosis de la pena	117
IV.III Peligro procesal	118
<b>V. Aspectos a debatir conforme a la Casación N° 626-2013 Moquegua</b>	<b>118</b>
V.I Proporcionalidad de la medida	119
V.II Duración de la medida	120
<b>VI. El debate de la audiencia</b>	<b>120</b>
VI.I La conuocatoria de las partes	120

VI.II La duración de la audiencia	122
VI.III El debate de licitud de los elementos de convicción	123
VI.IV Debate sobre la eficacia de los elementos de convicción	125
VI.V Debate sobre la imputación necesaria	127
<b>GUÍA DE LITIGACIÓN EN AUDIENCIA DE TUTELA DE DERECHOS JEFFERSON G. MORENO NIEVES (PERÚ)</b>	<b>130</b>
<b>I. Introducción</b>	<b>130</b>
<b>II. La incorporación de un mecanismo de defensa en favor de los derechos del investigado</b>	<b>130</b>
<b>III. Requisitos de procedibilidad</b>	<b>132</b>
III.I. Requerimiento previo	132
<b>IV. ¿Qué derechos protege la tutela de derechos?</b>	<b>134</b>
IV.I. La base legal en cuestión. Exposición de motivos y fundamento de existencia	134
IV.II. Análisis jurisprudencial de la procedencia de la tutela de derechos	140
<b>V. La audiencia de tutela de derechos</b>	<b>145</b>
V.I. La convocatoria de las partes	145
V.II. El desarrollo del debate	148
V.III. La decisión judicial	<b>150</b>
<b>VI. La tutela de derechos en la legislación comparada</b>	<b>151</b>
VI.I. Colombia	151
VI.II. Chile	152
VI.III. España	153
<b>LITIGACIÓN EN AUDIENCIAS DE CONTROL DE PLAZOS: ¿Qué se debe sustentar y cuánto debe durar?</b>	<b>154</b>
<b>FRANK CARLOS VALLE ODAR (PERÚ)</b>	
<b>1. Introducción</b>	<b>154</b>
<b>2. Dispositivos legales en cuestión</b>	<b>154</b>
<b>3. La investigación preparatoria: finalidad y distorsiones</b>	<b>155</b>
<b>4. Los plazos</b>	<b>157</b>
<b>5. Preparación y audiencia de control de plazos</b>	<b>158</b>
5.1. ¿Qué se debe sustentar?	158
5.2. ¿Cuánto debe durar la audiencia?	163
<b>6. ¿Es viable que el agraviado pueda solicitar un control de plazos?</b>	<b>164</b>
<b>7. ¿La pandemia del Covid-19 justifica la ampliación de plazos?</b>	<b>164</b>
<b>8. ¿Qué pasa con las diligencias realizadas fuera de plazo?</b>	<b>166</b>

<b>9. Recomendaciones o sugerencias</b>	<b>167</b>
<b>10. Referencias bibliográficas</b>	<b>168</b>

**LITIGACIÓN ORAL EN LOS MEDIOS DE DEFENSA TÉCNICA EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL** **169**  
**RAFAEL ELMER CANCHO ALARCÓN (PERÚ)**

---

<b>1. Introducción</b>	<b>169</b>
<b>2. Sujetos legitimados para proponer los medios de defensa</b>	<b>170</b>
<b>3. Oportunidad y modo de proponer los medios de defensa</b>	<b>171</b>
<b>4. Procedimiento en la investigación preparatoria</b>	<b>172</b>
<b>5. Procedimiento en la etapa intermedia</b>	<b>173</b>
<b>6. Procedimiento en segunda instancia</b>	<b>175</b>
<b>7. Procedimientos especiales de los medios de defensa técnica</b>	<b>176</b>
7.1. En la Querrela	176
7.2. En la Acusación Directa	177
7.3. En el Proceso Inmediato	177
<b>8. Litigación oral de los medios de defensa técnica</b>	<b>178</b>
<b>9. Efectos de los medios de defensa técnica</b>	<b>181</b>
<b>10. Reflexiones finales</b>	<b>182</b>
<b>11. Bibliografía</b>	<b>182</b>

**LITIGACIÓN EN LAS AUDIENCIAS DEL PROCESO DE SEGURIDAD** **184**  
**DANTE HEREDIA OBREGÓN (PERÚ)**

---

<b>1. Introducción</b>	<b>184</b>
<b>2. Audiencias del proceso de seguridad</b>	<b>185</b>
2.1. Ámbito de aplicación del proceso de seguridad	185
2.2. Grado de certeza sobre la inimputabilidad del sujeto	186
2.3. Tópicos que requieren probarse en ambas audiencias	187
<b>3. El Derecho Penal de las medidas de seguridad</b>	<b>189</b>
3.1. Origen y finalidades que deben verificarse para su imposición	189
<b>4. Presupuestos para la imposición de las medidas de seguridad de índole curativas.</b>	<b>190</b>
4.1. ¿Qué tan delito tiene que ser el delito?	191
4.2. Análisis de la peligrosidad del sujeto	192
4.3. Proporcionalidad de la medida	195
<b>5. Bibliografía</b>	<b>196</b>

<b>LINEAMIENTOS SOBRE EL RECONOCIMIENTO EN RUEDA DE PERSONAS DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL</b>	<b>198</b>
<b>DIEGO JESÚS VALDERRAMA MACERA (PERÚ)</b>	
<b>1. Introducción</b>	<b>198</b>
<b>2. Reconocimiento en rueda de personas</b>	<b>198</b>
2.1. Formalidad de la descripción previa	201
2.2. Validez de identificación fotográfica	202
<b>3. Litigación en rueda de reconocimiento</b>	<b>203</b>
<b>4. Psicología del testimonio aplicada al reconocimiento ocular</b>	<b>205</b>
<b>5. Reconocimiento en rueda de personas y condenas erradas</b>	<b>208</b>
5.1. Condenas erradas - Wrongful convictions	208
5.2. Jurisprudencia sobre valoración del reconocimiento ocular	210
<b>6. Comentarios finales</b>	<b>211</b>
<b>7. Bibliografía</b>	<b>212</b>
<b>CONSEJOS PRÁCTICOS PARA LA GESTIÓN Y DIRECCIÓN DE AUDIENCIAS: CONTROL DE ACUSACIÓN</b>	<b>213</b>
<b>MIGUEL ÁNGEL VÁSQUEZ RODRIGUEZ (PERÚ)</b>	
<b>I. Introducción</b>	<b>213</b>
<b>II. Convenciones probatorias</b>	<b>215</b>
<b>III. Los llamados casos fáciles</b>	<b>216</b>
<b>IV. El debate de los medios probatorios</b>	<b>217</b>
<b>V. Las fallas de imputación suficiente</b>	<b>218</b>
<b>VI. ¿Cuántas veces se puede devolver la acusación?</b>	<b>219</b>
<b>VII. El tiempo en la realización de las audiencias</b>	<b>219</b>
<b>LITIGACIÓN EN AUDIENCIAS DE PROCESO INMEDIATO</b>	<b>221</b>
<b>PAUL ANTONIO RUIZ CERVERA (PERÚ)</b>	
<b>1. Aspectos generales</b>	<b>221</b>
<b>2. ¿Un proceso con respaldo constitucional?</b>	<b>222</b>
<b>3. La incoación del proceso inmediato: Supuestos, modo y oportunidad</b>	<b>223</b>
a) Supuestos	223
b) Modo	224
c) Oportunidad	224
<b>4. Audiencia única de incoación</b>	<b>226</b>
a) Naturaleza y plazo	226
b) Trámite y derecho de defensa	226
c) Notificación y plazo razonable	227

d) Aspectos sustanciales en debate	228
e) Medidas alternativas de solución de conflictos y restrictivas de derechos	233
<b>5. La constitución inmediata del actor civil</b>	<b>234</b>
<b>6. Audiencia única de juicio inmediato</b>	<b>236</b>
a) Naturaleza y trámite	236
b) Etapa de saneamiento: Control oral e inmediato de la acusación, conuención y postulación probatoria	236
c) Juicio inmediato	239
<b>7. Bibliografía</b>	<b>241</b>

**NULIDAD DE ACTOS DE INVESTIGACIÓN POLICIAL Y FISCAL FRENTE A LA BÚSQUEDA DE LA PRUEBA** **242**  
**NELVIN ESPINOZA GUZMÁN (PERÚ)**

---

<b>1. Nociones generales</b>	<b>242</b>
<b>2. La prueba</b>	<b>244</b>
2.1. Concepto de prueba	244
2.2. Fases de la prueba y presupuestos de la prueba en las investigaciones:	244
2.3. Actos de investigación que puede disponerse	246
<b>3. Nulidad de pruebas</b>	<b>247</b>
3.1. La obtención de una prueba lícita o regular	247
3.2. La nulidad de la prueba en el Código Procesal Penal	248
<b>4. Situaciones frecuentes de vulneraciones en la búsqueda de la prueba</b>	<b>248</b>
4.1. Caso de sembrado de drogas, armas o municiones	248
4.2. Caso de modificatoria de actas por la Policía	250
4.3. Caso de sembrado de objetos para agravar el delito	250
4.4. Caso de Cámara Gesell	251
<b>5. Conclusiones:</b>	<b>251</b>
<b>6. Bibliografía</b>	<b>252</b>



## PRESENTACIÓN

---

En el año 2004 iniciamos la apuesta por la instauración del modelo acusatorio que rige en casi todos los países de la región –salvo Brasil y Cuba–, con la finalidad de adecuar el proceso penal de nuestro país a los estándares mínimos de los Tratados Internacionales (Declaración Universal de Derechos Humanos, Convención Americana de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos)<sup>1</sup>, así como a las normas contenidas en nuestra Constitución Política. Esta transformación del sistema de justicia penal ha constituido un verdadero desafío para sus instituciones, las mismas que debieron reorganizarse y adecuar sus objetivos a las nuevas reglas que dicho modelo exige.

La implementación del Código Procesal Penal en el país, recoge una variada experiencia en cada distrito judicial donde fue aplicada, que se enriquece con el aporte de los diversos instrumentos de carácter interinstitucional elaborados bajo la conducción de la Secretaría Técnica de la Comisión Especial de Implementación del Código Procesal Penal, entre los cuales destacan: los Protocolos de Actuación Interinstitucional Específicos para la aplicación del Código Procesal Penal, la Guía Operativa de Litigación Oral con el Código Procesal Penal, así como los programas de capacitación dirigidos a estandarizar y fortalecer las capacidades de los operadores jurídicos para una mejor aplicación del Código Procesal Penal a nivel nacional.

La reforma emprendida responde al fenómeno de la constitucionalización del proceso penal, por lo que constituye una obligación para el Estado Peruano la promoción efectiva de derechos y garantías, en virtud de los cuales los ciudadanos —sobre todo víctimas e imputados— cambien positivamente su percepción sobre el sistema de justicia penal.

Asimismo, con la finalidad de fortalecer la generación de una nueva cultura legal acorde a las reglas del nuevo proceso penal, se vienen realizando permanentemente los concursos interuniversitarios de litigación oral; espacios académicos que permiten reconocer en nuestra sociedad que las reformas al sistema de justicia criminal son complejas y no se agotan con la sola aprobación de nueva normativa procesal penal, sino que requieren la participación activa de sus actores.

Cabe resaltar que, luego de la provisión de herramientas jurídicas y programas de capacitación sobre el nuevo modelo instaurado, deberemos avanzar hacia la consolidación de la reforma procesal penal; desafío que compromete aún más a las entidades y operadores jurídicos que conforman el sistema de justicia penal.

En ese sentido, consideramos que la apuesta por esta nueva forma de administrar justicia debe consolidarse sobre la base de estrategias de acción institucional conjunta dirigidas al fortalecimiento del conocimiento de herramientas, técnicas y programas de capacitación en favor de los operadores jurídicos, así como a la formación de profesionales del derecho con un nuevo perfil que resulte acorde al modelo actual.

---

1 Exposición de Motivos del anteproyecto del Código Procesal Penal de 2004.

En esta oportunidad, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos se complace en presentar la “Guía de Litigación para Audiencias Preliminares”, una obra que aborda diversos tópicos de interés para nuestra comunidad jurídica, promueve el correcto desenvolvimiento de los operadores en las audiencias y algunas diligencias preliminares, así como contribuye a la formación de aquellos que empiezan a involucrarse con el sistema.

La presente herramienta integra el conjunto de buenas prácticas que deben regir la actuación de los jueces y demás operadores del sistema de justicia, por tanto, resultará de gran utilidad en el análisis y comprensión de las nuevas reglas del proceso penal, así como en su correcta aplicación.

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

## INTRODUCCIÓN

---

El 15 de junio de 2022 entró en vigencia el Código Procesal Penal en el distrito judicial de Lima, concluyendo la fase de reforma procesal progresiva emprendida hace 15 años e iniciando una fase consecutiva dirigida a la consolidación de dicha reforma, la misma que, por su naturaleza, implica nuevos desafíos para las instituciones y operadores jurídicos.

En dicho marco, la Secretaría Técnica de la Comisión Especial de Implementación del Código Procesal Penal, a través del equipo del área de seguimiento, monitoreo y adecuación normativa, ha elaborado la presente “Guía de Litigación en Audiencias Preliminares”, con la finalidad de seguir fortaleciendo las capacidades de los operadores jurídicos y estandarizar los criterios de aplicación del Código Procesal Penal. Asimismo, la Guía tiene como objetivo contribuir en la preparación y formación de los estudiantes de derecho.

La Guía contiene materias desarrolladas por especialistas nacionales e internacionales, seleccionadas luego de un proceso de revisión del registro de audiencias a nivel nacional. Este es el inicio de la producción de otras herramientas jurídicas sobre audiencias preliminares que acompañaran el proceso de formación de operadores jurídicos y estudiantes en la fase de la consolidación de la reforma procesal penal.

El documento inicia con la participación de Leonardo Moreno Holman, director académico de la facultad de derecho de la Universidad Alberto Hurtado (Chile), quien desarrolla un estudio sobre “El Rol de los Jueces de Control de la Investigación Preparatoria”, artículo en el que aborda las particularidades que presenta un sistema acusatorio adversarial y la intervención de los jueces en el contexto de la etapa preliminar al juicio, destacando sus roles y funciones en la aplicación y cumplimiento de la ley, como también en su indispensable función cautelar, en resguardo de los derechos de todos aquellos que pueden verse afectados por un proceso penal. El texto del artículo también aborda la dinámica del conocimiento que debe promoverse por los jueces en estas audiencias previas al Juicio Oral, y la manera en que los jueces deben asumir su tarea proactivamente, tanto en la dirección de las audiencias, como en el recaudo de la información necesaria para resolver las distintas cuestiones que sean planteadas por las partes.

Leonel González Postigo, director académico del Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), escribe sobre “Lineamientos prácticos para jueces y juezas en la conducción de las audiencias previas al juicio”. En este texto, el autor establece lineamientos prácticos para fortalecer la posición del/a juez/a en sus roles de conductores de las audiencias previas al juicio. El autor sostiene que, en un nuevo sistema de justicia penal adversarial, los jueces y las juezas que intervienen en las audiencias preliminares deben ser los custodios de las reglas del litigio y, por tanto, se vuelve necesario construir un conjunto de reglas propias que estén direccionadas exclusivamente a la función de dirección y toma de decisiones en las audiencias orales.

José Luis Pecina Alcalá, profesor de la Universidad de Monterrey y juez de juicio oral (México), presenta un trabajo sobre “La actuación del juez de la investigación preparatoria en el modelo acusatorio”, en el que realiza un análisis de la actuación del juez de investigación preparatoria en el Derecho Procesal Penal Peruano, realizando una comparación con las características de un Sistema Penal Acusatorio de corte adversarial, así como de cada uno de los principios que rigen este Sistema. Asimismo, para alcanzar dicha finalidad, considera que será necesario desglosar cada una de las actividades que realiza el juez de investigación, cotejando sus actividades y facultades con los lineamientos internacionales que, para tal efecto, sean suscritos por el Perú y la comunidad internacional. Dicho análisis es necesario para ubicar vestigios del sistema inquisitivo en el tránsito al nuevo sistema Penal Acusatorio.

Nicolás Omar Vargas, Profesor de la Universidad de Buenos Aires (Argentina), se ocupa de “Las medidas de coerción en el Código Procesal Penal, análisis normativo y pautas para su litigación con especial foco en la prisión preventiva”. El autor desarrolla los principales aspectos del porqué la regulación de las detenciones debe tener una perspectiva de Derechos Humanos. Presta especial atención a la prisión preventiva por su alto grado de incidencia en nuestra región, lo que implica que, en no pocos casos, funcione como una pena anticipada. Desde ese diagnóstico de la realidad intenta aportar algunas herramientas teórico prácticas que son de utilidad para el litigio en materia de encierro cautelar. Asimismo, teniendo en cuenta los estándares de la jurisprudencia interamericana, sostiene que el Código Procesal Penal, brinda las pautas adecuadas para marchar hacia un uso más racional y limitado del encierro cautelar y rompe la importante brecha que existe entre los estándares interamericanos y las prácticas cotidianas del sistema judicial. Sobre esa base considera que se trata, a fin de cuentas, de construir un sistema de justicia que investigue para detener y no detenga para investigar.

José Luis Eloy Morales Brand, profesor investigador de la Universidad de Aguascalientes (México), quien tiene amplia experiencia en el sistema acusatorio, escribe sobre “Detención policial y arresto ciudadano”. Sostiene que, en el procedimiento penal acusatorio adversarial, se garantiza al máximo la libertad de la persona, al obligar que su detención sea excepcional, mas no una regla general. La libertad personal se protege al máximo, constituyéndose una regla general que los involucrados enfrenten el procedimiento en libertad, y solo en casos mínimos, como la detención policial y el arresto ciudadano, “deban” ser privados de ella. Asimismo, sostiene que resulta importante cumplir con los requisitos constitucionales, procesales e internacionales en los casos de detención pues, de lo contrario, pueden llegar a convertirse en una privación ilegal de la libertad que tendrá efectos no sólo en el detenido, sino en la validez de la evidencia y actividades de investigación realizadas conforme a esa detención.

Marco M. Macklis, director ejecutivo de la Alianza Interamericana de Abogacía Oral y ex integrante del proyecto ACCESO con sede en California Western School Of Law (San Diego, Estados Unidos), con amplia experiencia en la organización de cursos básicos y avanzados en litigación oral en EEUU y diversos países de América Latina, desarrolla el capítulo referido a “La Ingeniería en la Enseñanza de la Litigación Oral”, en este texto, el autor sostiene que no hay mejor forma de poner en práctica el talento de los abogados, que mediante un programa que utilice la metodología del aprender haciendo, donde

expertos instructores ayuden a los estudiantes a comprender y, luego, a desglosar las habilidades que le son enseñadas. No importa si el abogado litiga o no, si se dedica a la mediación, o simplemente se reúne cara a cara con sus clientes para darles consejo. Asimismo, sostiene que poseer confianza en la capacidad para tener éxito, si una disputa llega a juicio, permitirá ser un abogado más influyente dentro y fuera del tribunal. El desempeño exitoso en un juicio oral depende de una buena preparación en las destrezas, habilidades y conocimientos indispensables para la práctica jurídica actual.

En el ámbito nacional, Jefferson G. Moreno Nieves, profesor universitario y abogado litigante, elabora dos capítulos; “Guía de litigación en audiencia de Prisión Preventiva” y “Guía de litigación en audiencia de Tutela de Derechos”. En el primero de ellos, el autor analiza la prisión preventiva, ingresando a identificar su base legal y jurisprudencial, posteriormente, identifica los presupuestos materiales con los graves y fundados elementos de convicción, la prognosis de la pena y el peligro procesal; presupuestos que serán debatidos en audiencia. Aunado a ello, analiza la proporcionalidad y duración de la medida, aspectos desarrollados en la Casación N° 626-2013 Moquegua. Luego, ingresa netamente al debate de la audiencia, desarrollándose la convocatoria efectiva de las partes a la audiencia de prisión preventiva como expresión del derecho de defensa y el debido proceso. Después de ello, se analiza la duración de la audiencia de prisión preventiva, así como el debate de licitud y eficacia de los elementos de convicción y el debate sobre la imputación necesaria. El segundo capítulo tiene como finalidad representar una estructura o guía básica que contiene lo esencial de la Tutela de Derechos para su estudio, pero principalmente para su práctica en la audiencia de tutela. Es por ello que se desarrollan conceptos y características fundamentales de este instituto procesal, pero el análisis no termina ahí, sino que también se intenta dar respuesta a las problemáticas que surgen de la tutela de derechos como, por ejemplo, si solo los derechos informativos son aquellos abarcados dentro de su manto protector. Asimismo, este capítulo se complementa con un estudio del derecho comparado, a fin de verificar la aplicación de la tutela de derechos en otros ordenamientos jurídicos.

Frank Carlos Valle Odar, abogado litigante y destacado compilador de jurisprudencias en materia penal y procesal penal desarrolla el capítulo “Litigación en audiencias de control de plazos. ¿Qué se debe sustentar y cuánto debe durar?”. Este texto, trata de un estudio reflexivo de la audiencia de control de plazos desde la perspectiva del abogado defensor. En el texto, el autor evidencia que existe una distorsión sobre la finalidad de las diligencias preliminares y la investigación preparatoria propiamente dicha. Luego, se precisan algunas pautas para la redacción del escrito y su oralización en la audiencia respectiva, considerando los aspectos necesarios para lograr su fundabilidad. Asimismo, se brinda respuesta a algunas cuestiones problemáticas que suelen surgir en este tipo de pedidos. Finalmente, se ofrecen algunas recomendaciones o sugerencias para una mejor actuación del abogado litigante.

Rafael Elmer Cancho Alarcón, Juez de Investigación Preparatoria Supraprovincial en Delitos de Corrupción de funcionarios, desarrolla el capítulo sobre “Litigación oral en los medios de defensa técnica en el Código Procesal Penal”, en el cual se ocupa de los lineamientos del procedimiento y el desenvolvimiento del litigio, los cuales deben seguirse para la resolución de los medios de defensa técnica, conforme a las exigencias

previstas en el Código Procesal Penal. Con dicho propósito el autor genera un esquema de discusión práctico, a fin de contribuir con todos los operadores del sistema de justicia en la instrumentalización de los medios de defensa técnica, resaltando situaciones problemáticas que se han observado en su aplicación y estableciendo recomendaciones sobre su adecuado desarrollo bajo la metodología del case management, pues dicha metodología permite concebir, a su vez, a la audiencia como un instrumento estratégico para la resolución del conflicto.

Dante Heredia Obregón, desarrolla el capítulo denominado “Litigación en las audiencias del proceso de seguridad”, en el cual desarrolla los aspectos prácticos más relevantes en torno al litigio penal en el proceso de seguridad. La verificación de la culpabilidad, implica la prueba de muchos aspectos difícilmente condensables —por su propia naturaleza— como por ejemplo la peligrosidad del sujeto, la personalidad futura, la proporcionalidad suficiente para la imposición de una medida, por lo que el autor expondrá los criterios dogmáticos que se presentan como más acertados. Habiendo desarrollado los fundamentos sustantivos, los adecua a las reglas adjetivas del nuevo proceso penal, tanto desde la incoación del proceso de seguridad hasta la imposición de la medida de seguridad en la sentencia, ahondando en los puntos medulares que tienen que ser abordados en cada estadio, para que así, tanto juzgador, como persecutor, defensa y víctima tengan claro lo que se deba discutir en cada audiencia.

Diego Jesús Valderrama Macera, capacitador en técnicas de litigación oral acreditado por (ABA ROLI) American Bar Association Rule of Law Initiative, desarrolla el capítulo sobre “Lineamientos sobre el reconocimiento en rueda de personas del Código Procesal Penal”, donde se aborda el procedimiento de reconocimiento en rueda de personas, así como el desarrollo de pautas de litigio durante la realización del procedimiento y de forma ex post. Para alcanzar este objetivo el autor ha tomado en cuenta la normativa institucional de la Policía Nacional del Perú en consonancia con el Código Procesal Penal. En ese sentido, se presenta un trabajo que servirá como herramienta para evitar, desde el litigio, la indebida ejecución de los reconocimientos en rueda, más aún, cuando las irregularidades advertidas generan individualizaciones que terminan en condenas erradas. De esta forma, el lector podrá reaccionar para que este tipo de prueba se valore con el rigor formal que requiere y, en caso dicho reconocimiento se haya dado conforme a derecho, el litigante pueda debatir su contenido desde la óptica de la psicología del testimonio con miras al juicio oral. Finalmente, a partir del derecho comparado y la jurisprudencia nacional existente, el autor brinda recomendaciones para mejorar nuestras políticas institucionales vigentes.

Miguel Ángel Vásquez Rodríguez, Juez Superior Provisional, desarrolla el capítulo sobre “Consejos prácticos para la gestión y dirección de audiencias: Control de Acusación”. En este capítulo, el autor, sobre la base de su experiencia como juez de investigación preparatoria y juez superior, sostiene que la etapa de control de acusación en el proceso penal termina conectando la etapa de investigación - que conduce el fiscal - con la de juzgamiento - que dirige el juez. Ello implica un importante cambio de roles e incluso de naturaleza de acción, pues el fiscal pasa de liderar la investigación a ser un sujeto procesal con pretensiones usualmente contrapuestas a las de su contrincante en el mismo plano, que es el defensor. Es por ello que resulta importante desarrollar, desde la

experiencia, cómo es que la audiencia de control de acusación puede y debe ser llevada, a partir de las prácticas que se han observado en los últimos años de vigencia del Código Procesal Penal. Se han escogido temas específicos, que suelen ser los más comunes, a fin de guiar a los magistrados del país a los que les toque realizar esta especial labor.

Paul Antonio Ruiz Cervera, abogado litigante, desarrolla el capítulo sobre “Litigación en audiencias de proceso inmediato”. El cual tiene como finalidad desarrollar las pautas procesales de cada una de las audiencias relacionadas con el proceso inmediato, es decir, se realiza un pequeño análisis de su marco de aplicación, la participación de las partes interesadas, el ámbito del debate y las exigencias orales, según las reglas del Código Procesal Penal. También se destaca el respaldo constitucional que tiene el proceso inmediato en nuestro país, así como la interacción que tiene dicho proceso con algunos de los principios que rigen nuestro sistema jurídico. Es un artículo que, además, trata de aportar ideas básicas sobre las instituciones inherentes y esenciales para al proceso inmediato, por lo que el autor hace un análisis sobre: la acumulación indiciaria, flagrancia y confesión delictiva, la participación del agraviado y su oportunidad para su constitución en actor civil, la necesidad de un saneamiento procesal de la acusación inmediata en el marco de la imputación precisa y la convención probatoria, entre otros temas relevantes que traen consigo soluciones a los posibles problemas que puedan darse durante la incoación y tramitación del proceso inmediato. Sin duda, es un aporte jurídico que permitirá a los litigantes una visión más clara y completa del proceso inmediato.

Nelvin Espinoza Guzmán, Fiscal Adjunto Provincial, desarrolla el capítulo sobre “Nulidad de actos de investigación policial y fiscal frente a la búsqueda de la prueba”. El presente trabajo tiene por objeto analizar los cuestionamientos que se realizan al modo y forma que se obtiene las pruebas a través de forma ilícita e irregular por algunos funcionarios encargados del marco de la investigación fiscal. Trayendo como consecuencia que muchas de ellas, se vean excluidas por adolecer de nulidades absolutas o relativas, es decir, por tratarse de obtenciones de medios probatorios que afectan derechos fundamentales o, en algunos casos por haber sido obtenidos de manera irregular (por medio de pruebas ilícitas o irregulares). El autor, sostiene que esto constituye una mala práctica en el desempeño de funciones por muchos funcionarios o servidores públicos que en muchas ocasiones los derechos de los detenidos, investigados o imputados, se ven resquebrajados y como consecuencia imposibilita un castigo a quien cometió el ilícito penal.

Esta Guía ha considerado tópicos trascendentes, y sostiene el compromiso de continuar desarrollando un espacio académico, reflexivo y práctico que permita optimizar los conocimientos de los operadores jurídicos sobre las audiencias preliminares.



## ROL DE LOS JUECES DE CONTROL DE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA

**Autor: Leonardo Moreno Holman<sup>2</sup> (Chile)**

### I. Introducción:

#### A. Separación de funciones en el proceso penal

Una de las características centrales que han tenido los procesos de reforma a los sistemas de enjuiciamiento criminal en Latinoamérica es el escindir la función de investigar y acusar de aquella destinada a la resolución del conflicto jurídico, para ello se ha encomendado la tarea de investigar y de acusar a un órgano administrativo como es el Ministerio Público, y la facultad de resolver a los tribunales de justicia<sup>3</sup>. En efecto, los sistemas reformados han establecido como base de su operatividad la adscripción al principio acusatorio formal, que permite compatibilizar el principio de oficialidad en la investigación radicado en el Estado a través del Ministerio Público y la facultad de decidir, también radicado en el Estado, pero que se ejerce a través de los tribunales de justicia<sup>4</sup>. Esta separación de funciones también impacta y garantiza una efectiva independencia e imparcialidad del juzgador, al consagrar que las labores de investigación oficial y con potestades públicas queda radicada, de manera exclusiva, en los fiscales del Ministerio Público, relevando de manera absoluta al tribunal de tal función<sup>5</sup>. Surge, entonces, la interesante y compleja cuestión de intentar delimitar el ámbito de injerencia de los jueces en el proceso penal entre la debida función adjudicataria y cautelar que de suyo les corresponde ejercer, y una viciosa intervención que afecta la mencionada separación funcional<sup>6</sup>.

2 Abogado, director del Departamento de Derecho Procesal y docente de Derecho Procesal Penal y Litigación Oral de la Facultad de derecho de la Universidad Alberto Hurtado de Chile; LLM, en Juicios Orales y Sistemas Alternativo de Resolución de conflictos por la Universidad Interamericana de Puerto Rico.

3 Sobre el particular ver Horwitz Lennon, María Inés; López Masle, Julián; Derecho Procesal Penal Chileno; Tomo I; Editorial Jurídica de Chile; Santiago; año 2002; pp. 43-46, a propósito del principio acusatorio.

4 Se consagra los que se ha denominado principio acusatorio formal, por el cual como señalan Horwitz y López, *Ibidem*; p. 62, el estado procede a desdoblarse su competencia de acusación y decisión en dos órdenes de funcionarios, pertenecientes al mismo estado, pero distintos entre sí. P.62.

5 Ello no impide la existencia de otras investigaciones llevadas adelante por otros intervinientes del proceso penal, como las víctimas y su representación legal, y en particular por el imputado y su defensa. Ellos también pueden realizar actividad investigativa durante el proceso penal, sin embargo, esa investigación se caracteriza por ser privada y por carecer de las potestades públicas que posee la investigación oficial del Ministerio Público.

6 VVAA; El Modelo Adversarial en Chile, ponencias sobre su implementación en la reforma procesal penal; Thomson Reuters; año 2013, Santiago; p. 99.

## B. Tribunales que intervienen en el desarrollo de un proceso penal y sus funciones fundamentales<sup>7</sup>

En lo referente a los tribunales vinculados a la impartición de justicia en materia del proceso penal, encontramos básicamente dos categorías, los denominados Jueces de Control<sup>8</sup> y los Jueces o tribunal de Juicio Oral o enjuiciamiento, como una forma de materializar la garantía de imparcialidad del tribunal encargado del juzgamiento y decisión del conflicto jurídico penal, reservando esa labor al Tribunal de Juicio Oral<sup>9</sup>, y otorgando la facultad de intervenir durante la etapa investigativa al Juez de Control de la investigación preparatoria para controlar la actividad investigativa y garantizar los derechos y garantías de los ciudadanos afectados por tal investigación. La razón de esta función conservadora o cautelar del Juez de Control en esta etapa del proceso se justifica porque cuando el Estado pone en ejercicio sus atribuciones sancionatorias, cumpliendo con la inexcusable misión de asegurar la pacífica convivencia social, inevitablemente vulnera los derechos y garantías individuales de quienes son sometidos a la actividad persecutora<sup>10</sup>. Esta afectación también se puede producir respecto de otras personas vinculadas directa o indirectamente a un proceso penal, como la víctima<sup>11</sup>.

En esta tarea de proteger y cautelar los derechos de los involucrados en el proceso penal, destaca la cautela de los derechos constitucionales y materiales de quien en el proceso penal figure como imputado, quien puede verse afectado en diversos grados por el ejercicio de la actividad investigativa de la fiscalía. En ningún caso, esta intervención del juez tiene por propósito otorgar ámbitos de protección de carácter procesal diferenciados al imputado<sup>12</sup>. Se trata de cautelar los derechos y garantías constitucionales de un ciudadano que enfrenta el proceso penal y por ende el poder punitivo estatal, amparado por la regla de trato de inocente y por la presunción de inocencia. Su situación dentro del proceso penal no es equiparable a la de otros intervinientes, por ello no es admisible exigir al juez idénticas o superiores protecciones de garantías constitucionales y materiales respecto de otros sujetos, como en numerosas ocasiones se demanda para la víctima<sup>13</sup>.

7 Nos referimos básicamente a la intervención de los jueces en las distintas etapas del procedimiento penal. No desconocemos, que a nivel recursivo o jerárquico pueden intervenir otros tribunales del poder judicial, como claramente se explicita en el artículo 16 del C.P.P.

8 En otras latitudes denominados jueces de garantía y conocidos en Perú como Juegados de la Investigación Preparatoria.

9 En el caso de Perú, son los denominados Juegados Penales, unipersonales o colegiados.

10 VVAA; Reforma Procesal Penal, Acerca de los Juegados de Garantía; Cuadernos judiciales; Profase; Chile; 2001; P. 10; más adelante, en igual página, se señala: Se produce así la situación de los contrastes: las personas piden protección al Estado en contra de atentados que el propio Estado comete.

11 González Postigo, Leonel; Juegas y Jueces de Garantías en la litigación penal; Colección Litigación y enjuiciamiento penal adversarial; Ediciones Didot; Argentina; año 2021; p.31 quien juzgue debe asumir un rol proactivo en las audiencias preliminares en tanto su preocupación central reside en la preservación del proceso y litigio como mecanismo para resolver el conflicto primario.

12 De hecho, procesalmente lo que impera en un proceso penal es el principio de igualdad de armas.

13 VVAA; Reforma Procesal Penal, Acerca de los Juegados de Garantía; Ob. Cit.; p.14; nota al pie 15; " ... por una parte, no se divisa cómo asegurar a los imputados –aún no declarados culpables del delito\_ el cabal ejercicio de sus derechos, pueda resultar agravante o disminuyente de los derechos de las víctimas, y por otra, demandar de un juez penal que confiera mayores derechos a la víctima que al imputado, importaría, sin más, echar por tierra la garantía de juzgamiento por juez imparcial, integrante de la exigencia básica de un debido proceso.

Lo que se pretende con esta diferenciación de funciones y tribunales que intervienen en el proceso penal es garantizar que el tribunal que conocerá del juicio oral, no haya intervenido en las etapas previas al juicio, en las cuales se ha debatido cuestiones que tiene que ver con el fondo del asunto a resolver como ocurre en el debate de medidas cautelares y el establecimiento del presupuesto material de las mismas<sup>14</sup>, o en los debates sobre la admisibilidad de los antecedentes reunidos durante la investigación y que se proponen como prueba para el juicio. En definitiva, se quiere evitar la contaminación del ente adjudicador con información que puede afectar su imparcialidad a la hora de conocer y resolver el conflicto en juicio oral, en que sólo puede basar su decisión en aquella evidencia o medios de prueba que se haya producido o actuado ante él en condiciones de intermediación, oralidad, contradicción y publicidad<sup>15</sup>.

### **C. Las audiencias orales, como metodología de conocimiento, que permite aproximarse razonablemente a la verdad**

Uno de los rasgos distintivos de los sistemas acusatorios adversariales es la relevancia que se da a la forma en que el juez se impone del conocimiento de los antecedentes de un caso y de la información necesaria y pertinente para resolver los diversos planteamientos que le formulen los intervinientes<sup>16</sup>. En efecto, el paradigma que impera es el de “la oralidad”, y por ello la metodología de conocimiento del juez se basa en la realización de audiencias orales, en la que el juez en contacto directo con los intervinientes y la prueba, recoge la información necesaria para resolver<sup>17</sup>.

En la etapa preliminar del proceso penal también debe operar esta forma de conocimiento y resolución judicial, mediante la práctica, en la mayoría de las cuestiones que deba resolver el tribunal de control de la investigación de audiencias orales, en las que el juez en condiciones de intermediación con los intervinientes, de manera pública y con un ejercicio intenso del principio de contradicción<sup>18</sup>, dirige y promueve el debate con la finalidad de que se le provea, fundamentalmente de

14 Nos referimos a la exigencia de acreditar ante el juez la existencia del delito y la participación en el mismo del imputado.

15 Las únicas excepciones que se contemplan, al efecto, en los sistemas acusatorios adversariales, se vinculan con las hipótesis de prueba anticipada, la cual se origina materialmente en una etapa previa al juicio, pero bajo las condiciones y principios propios de la producción probatorio del juicio oral (intermediación, oralidad y contradicción), y cuyo registro (escrito, video u audio) será reproducido en la audiencia de juicio oral; y Aquellas hipótesis de acuerdo de las partes con autorización judicial, o cuando la no comparecencia de testigos, peritos, o coimputados fuere claramente imputable al acusado. En lo demás debe primar sin restricciones aquel principio destinado a proteger la audiencia de juicio oral como la etapa central del proceso constituido por el principio de prohibición de sustitución de una declaración por un registro previo.

16 Moreno Holman, Leonardo; Teoría del Caso; Colección litigación y enjuiciamiento penal adversarial; Ediciones Didot; Argentina, año 2012; p. 22 la dinámica adversarial del proceso penal significa que el mejor modo de acercarnos a la verdad está dado por la promoción de un ejercicio intenso del principio contradictorio en el marco de las audiencias.

17 Lorenzo, Leticia; Ob. Cit.; p. 35 acertadamente señala que la audiencia es una metodología de trabajo. ...en la audiencia las partes transmiten información relevante al juez para que este tome una decisión que tenga la mayor calidad posible.

18 Lorenzo, Leticia; Ob. Cit.; p. 35, las partes realizan un control de la información de su contraparte, no sólo sobre la relevancia, sino sobre la veracidad de esa información.

manera argumentativa con base en los antecedentes de la investigación fiscal, los datos fácticos necesarios, útiles y pertinente para adoptar una decisión<sup>19</sup>.

En los modelos acusatorios adversariales en las etapas previas al juicio, se descarta, como método de conocimiento y resolución un debate llevado a efecto por escrito<sup>20</sup>. Se sostiene que la información generada a partir del conocimiento verbal u oral de los planteamientos de las partes, sus argumentaciones y el control de la contraparte, permitirán obtener al juez una información que siempre tendrá epistémicamente una calidad superior<sup>21</sup> a aquella que obtendría mediante un mecanismo de comunicación unilateral con los intervinientes, el cual es propio de los sistemas escritos, y en materia penal de los sistemas inquisitivos o mixtos.

Dentro de esta metodología de conocimiento que constituye la audiencia, la oralidad adquiere todo su valor<sup>22</sup>, es precisamente la comunicación oral entre el juez directamente con los litigantes, la víctima, el imputado u otro partícipe en la audiencia, la que permite, por un lado, la intermediación del juzgador en el conocimientos de los hechos, argumentaciones y elementos de corroboración de los argumentos y planteamientos de las partes<sup>23</sup>, y el ejercicio del control de esa información a través de la utilización de sus facultades o potestades de dirección y disciplina, administrando el uso del tiempos, traslados y control sobre la pertinencia de la información que se produce ante él, y por otro lado, permite, cuando es procedente, la práctica del control cruzado u horizontal entre los litigantes, haciendo uso de las distintas facultades procesales que les permiten actualizar el principio de contradicción<sup>24</sup>.

De la virtuosidad de la oralidad entendida como proceso de comunicación y debate,

- 
- 19 Esta forma de concebir un debate dirigido por el Juez de control supone necesariamente que los litigantes asuman un nuevo rol en los procesos acusatorios adversariales, que supone el tener una teoría del caso desde las audiencias preliminares y ser capaz de presentar sus argumentos y evidencias de manera persuasiva. Entonces la tarea de conocer el caso, planificar, preparar sus actuaciones, fijar objetivos y desplegar sus argumentaciones y evidencias ante el juez. Sobre el punto recomendamos ver VVAA; Litigación Penal Estratégica en Juicios Orales; Tirant Lo Blanch; Valencia; 2021; pp. 42-52. Moreno plantea que la teoría del caso se construye desde el primer contacto del litigante con el caso y los hechos que lo conforman (p.29), y que debe ser formulada respecto de todo caso que asuma un litigante. (p.31).
- 20 Lorenzo, Leticia; Ob. Cit.; p.28, señala en términos de diseño (se refiere a la reforma procesal penal) ha profundizado la opción por la oralidad: no solo el juicio debe desarrollarse en forma oral, sino que en la etapa preparatorias todas las decisiones que modifiquen derechos o extingan la acción deben tomarse utilizando la metodología de la audiencia.
- 21 En igual sentido Alliaud p.36 resalta la importancia de la oralidad no solo para producir información destinada al juzgador, sino también la resolución y fundamentación sobre esa información.
- 22 Alliaud, Alejandra M.; Audiencias Preliminares; Colección de Litigación y Enjuiciamiento penal adversarial; Ediciones Didot; Argentina; año 2016, p. 34, explica que a través de la oralidad aparece como un medio de expresión que supera al modo de manifestarse por escrito. A través de la oralidad uno puede distinguir acentos específicos, timbres de voz, pausas, tonos, que se refiere a condiciones especiales de quien se expresa o bien al contenido de lo que quiere expresarse, y que nos permite comunicarnos de manera diferente a cuando lo hacemos por escrito.
- 23 Alliaud, Alejandra M.; Ob. Cit.; p. 34 en el lenguaje oral existe una necesaria interacción entre el emisor y el receptor. y más adelante expresa, esa interacción entre emisor y receptor que se da con la palabra hablada permite observar en la comunicación oral un feedback entre el emisor y el receptor, que no se da con otras comunicaciones.
- 24 Moreno Holman, Leonardo; Teoría del Caso; Ob. Cit.; p. 21, a propósito del juicio oral, pero que resulta del todo aplicable a las audiencias preliminares, que en la medida que la información que cada litigante ingresa al juicio es objeto de un control horizontal, radicado en su contraparte, los datos fácticos que surgen de ese proceso de contradicción son de una calidad muy superior a lo que se obtiene cuando ella ingresa de forma unilateral al juicio, sin que la contraparte pueda en el momento del ingreso filtrarla o controlarla.

es que es posible sostener que la metodología de audiencias orales permite de una mejor forma al juzgador aproximarse a lo que efectivamente o verdaderamente ha acontecido en el pasado<sup>25</sup>, dotando así de mejor calidad y legitimación social a las decisiones que adopte. Como expresa Binder, desde la dinámica adversarial se contribuye a la construcción de la verdad, se presenta el caso de un modo tal que no oculta la gestión de los intereses en juego. Esta presentación estratégica de la verdad... no es un menoscabo, sino una condición de fortalecimiento del principio acusatorio y la existencia del principio acusatorio es lo que nos permite que exista verdadera imparcialidad: vemos pues que se trata de las bases del sistema de garantías<sup>26</sup>.

Podemos señalar, entonces, que el verdadero valor de la oralidad se verifica cuando da contenido y permite, de manera instrumental, que los principios de inmediación y contradicción se verifiquen en la audiencia<sup>27</sup>. A esta triada de principios que iluminan la forma en que deben concebirse las audiencias judiciales debemos agregar los de publicidad, continuidad y concentración de las mismas<sup>28</sup>.

Las audiencias previas al juicio deben ser, por regla general, públicas, como una manera de garantizar la transparencia de la audiencia<sup>29</sup>, la imparcialidad en el ejercicio de la función judicial y, la posibilidad de que se ejerza un control ciudadano sobre la actividad de la jurisdicción penal<sup>30</sup>; además en ellas debe imperar el cumplimiento de los principios de continuidad de la audiencia y de concentración de la misma, como una forma de permitir una efectiva inmediación del tribunal en el conocimiento y resolución de los planteos formulados en la audiencia preliminar<sup>31</sup>.

Cómo dice González, una vez que ese conflicto (primario) ha sido formalizado pacíficamente a través de la justicia penal, el juez o la jueza asumen una función primordial en tanto se constituyen en el principal custodio de la herramienta para redefinir ese conflicto: la oralidad<sup>32</sup>.

25 Sobre la oralidad como camino hacia la verdad, ver Alliaud, Alejandra M.; Ob. Cit.; pp. 38-41.

26 Moreno Holman, Leonardo; Teoría del Caso; Ob. Cit.; p.15, así lo plantea Binder en el prólogo de este texto.

27 González Postigo, Leonel; Ob. Cit.; p. 100 se trata de promover discusiones específicas sobre las controversias del caso. ... y más adelante, que el principio de contradicción permita que la audiencia se convierta en un espacio de argumentación y confrontación real, en donde el papel del juez o la jueza se centre, en la explicitación de aquellos puntos que no hayan sido claros o pedir que él o la contraparte se manifieste sobre aquello que haya sido afirmado por la contraparte.

28 Resulta de relevancia que los propios jueces tengan la convicción que la información que requieren para adoptar sus decisiones se les puede transmitir, sin necesidad de que se les exhiban o tengan a la vista los documentos o registros investigativos en que consta esa información. El control horizontal que permite el sistema será suficiente, en principio, para garantizar al juez contar con información de calidad, y complementariamente utilizará sus facultades de dirección de la audiencia para recabar de los litigantes la información que ellos no le provean directamente o solo de manera incompleta.

29 No debe olvidarse que en muchos casos la presencia del Estado es triple, a través del juez, del Fiscal del Ministerio Público y de un Defensor Público, que muchas veces pertenece a un servicio público estatal.

30 En igual sentido González Postigo, Leonel; Ob. Cit.; pp.54 y 55, menciona que al juez corresponde velar por la publicidad de la audiencia garantizando que no existan obstáculos infundados para el acceso al público... también deben custodiar la intimidad o seguridad de las personas que interviengan en la audiencia.

31 Roxín, Claus, Derecho Procesal Penal; Editores del Puerto; Buenos Aires; año 2000; p. 394, destaca, además, refiriéndose al juicio oral, pero que consideramos aplicable a las audiencias preliminares que el principio de continuidad permite no afectar la capacidad de concentración y memoria del tribunal, ni incentivar la lectura de actas.

32 González Postigo, Leonel; Ob. Cit.; p.31.

De lo referido previamente surge necesariamente una crítica severa a aquellas prácticas judiciales, amparadas o no en la regulación procesal penal concreta, que promueven o amparan prácticas como: —las de la lectura textual e íntegra de actos de investigación durante el curso de una audiencia preliminar;<sup>33</sup>— o el que el juez de la audiencia haya tomado conocimiento de los antecedentes que sirven de apoyo a los debates o planteamiento que deberá resolver en la audiencia, de manera previa, por ponerlos a su disposición, por ejemplo, la fiscalía; la utilización de cualquier forma de conocimiento privado del juez, como ocurriría si se entrevista de manera previa a una con alguna de las partes<sup>34</sup>. Como hemos insistido, es la audiencia oral el escenario donde el juez debe imponerse de los argumentos y antecedentes justificativos que pretenden hacer valer los litigantes, y sólo con esos antecedentes generados en la audiencia<sup>35</sup>, el juez puede decidir y fundar sus resoluciones, sin que esté permitido al juez que ejerza facultades oficiosas sean estas investigativas o probatorias<sup>36 37</sup>.

#### **D. Particularidades de los asuntos o debates que se conocen en las audiencias preliminares**

Una cuestión más parece indispensable de considerar, a modo introductorio, que tiene que ver con la naturaleza de los debates que enfrenta la judicatura en las etapas previas o preliminares al juicio y sus características.

1. Los debates que deben ser conocidos y resueltos por los jueces en la etapa de investigación preparatoria, son de la más variada índole y naturaleza, algunos asociados al control de legalidad de los actos de investigación del Ministerio Público o su brazo operativo la policía; otros referidos a la tutela o resguardo de los derechos y garantías de las personas involucradas directa o indirectamente en una investigación; otros vinculados con la aplicación de medidas de coerción o afectación de la libertad ambulatoria del imputado; también referidos a la denominadas salidas alternas o alternativas; o la preparación de juicio oral, entre otros<sup>38</sup>.

33 Por ejemplo, para el debate de legalidad de una detención o para justificar el presupuesto material (hecho punible y participación) de una medida cautelar como la prisión preventiva.

34 Por entrevistas sostenidas previamente con los litigantes, partes, o interesados o por haber adquirido conocimiento de cualquier antecedente relevante para decidir de manera personal y privada.

35 Con esta exigencia se asegura que no se infrinja la prohibición de sorpresa y con ello la posibilidad de una defensa informada y efectiva.

36 A modo simplemente ejemplar, en el Código Procesal Peruano es posible encontrar una serie de disposiciones que vulneran abiertamente lo que se propone en el texto, entre ellas los artículos: 8, referido a los trámites de defensa; 48, respecto de la acumulación de oficio; 135, referido a los requerimientos del Fiscal; 155, a propósito de la posibilidad de admitir prueba de oficio del tribunal; 166, respecto de la actuación de oficio a propósito de los testigos de referencia u oídas 181 respecto de la posibilidad de decretar de oficio el debate pericial entre peritos discrepantes; 192 sobre la Inspección judicial y reconstrucción, al ser decretada por el juez, 255, 256, 258 a propósito de las medidas de coerción procesal; 261 a propósito de la detención preliminar judicial; 271, en especial el n°4; 447 sobre el proceso inmediato, que establece que junto al requerimiento del fiscal se acompañará el expediente fiscal.

37 González Postigo, Leonel; Ob. Cit.; p. 78 señala que el principio acusatorio y la imparcialidad constituyen a su juicio, dos caras de una misma moneda, que se traduce en la imposibilidad de que los jueces y las juezas de garantías se impliquen en el caso con su propia teoría y que en cambio le exijan al acusador que demuestre la verdad de los hechos que intenta probar.

38 Lorenzo, Leticia; Ob. Cit.; p. 130, señala que en la etapa preparatoria el juez conoce y se pronuncia sobre discusiones puntuales sobre temas específicos.

Estos diversos debates que pueden originar la realización de una audiencia destinada a su conocimiento específico, permiten también, independientemente de la regulación legal específica del código procesal penal, que se originen audiencias multipropósito o también denominada multipuertas<sup>39</sup>, en efecto, para muchos de los supuestos de audiencias, las legislaciones se refieren a que se convocará o a que se podrá peticionar una audiencia con ese exclusivo propósito; sin embargo, se deja abierta la posibilidad de tratar esa cuestión y otras que surjan durante el desarrollo concreto de esa audiencia, sin tener que citar a una audiencia específica para abordar esa temática. Esto permite una mayor agilidad y dinámica del procedimiento, acortando su duración y favoreciendo el que en una audiencia puedan ser conocidas y resueltas las cuestiones que sean de interés para las partes, sin tener que atenerse a una ritualidad o secuencia formal de actos que entorpezca y retarde la tramitación de una causa<sup>40</sup>.

2. En el conocimiento de las solicitudes o debates planteados por las partes, los jueces de la etapa preparatoria requieren para resolver correctamente, contar con información de la mejor calidad posible. Para ello es indispensable que el juez proactivamente promueva que las partes, por un lado, le proporcionen la información fáctica o de hechos referida al debate jurídico que el juez debe resolver<sup>41</sup>, por ejemplo, las circunstancias de una detención o los presupuestos de aplicación de una necesidad de cautela en un debate de prisión preventiva, y, por otro lado, que ejerzan un control activo sobre la información proporcionada al juez la parte contraria<sup>42</sup>. Por tratarse de audiencias fundamentalmente argumentativas, el énfasis de los litigantes y la demanda de información del juzgador debe centrarse, prioritariamente, en los hechos o aspectos fácticos, y no, salvo que fuere estrictamente necesario, en categorías, elementos o referencias jurídicas<sup>43</sup>.

Una de las reglas fundamentales de la oralidad argumentativa es que el debate se centre en los hechos del caso y son los y las juezas de garantías quienes deben proteger y asegurar esta regla de juego<sup>44</sup>.

39 Alliaud, Alejandra M.; Audiencias Preliminares; Ediciones Didot; Argentina; 2016; p. 79.

40 Lorenzo, Leticia; Ob. Cit.; p. 130, habla de la flexibilidad de la audiencia, esto es que una audiencia citada con una determinada finalidad u objetivo derive en otra distinta, citando como ejemplo una audiencia citada para proceder a la formalización de una investigación, que se transforman en una audiencia donde se debate y aprueba una salida alternativa.

41 Lorenzo, Leticia; Ob. Cit.; p. 130-131, señala que en la medida que los jueces de la etapa previa permitan a las partes cumplir sus roles y no se conviertan en sus reemplazantes, si tienen una posibilidad amplia de indagar en la existencia o no de información que les permita tomar una decisión de mayor calidad.

42 Lorenzo; Leticia; Ob. Cit.; p.130 como explica la autora las diversas finalidades de los momentos procesales, entonces generarán, diferenciaciones en la forma de las audiencias: mientras la finalidad de la etapa previa será constatar desde la acusación si existe el elemento suficiente para proceder a un juicio, las audiencias de discusión se darán con un formato adaptable a las diversas discusiones que las partes deban dar para verificar la posibilidad o no de ir adelante con el caso; en cambio, dado que la finalidad del momento de juicio es determinar la existencia o no de la responsabilidad penal de la persona imputada, la “cancha de juego” estará mucho más delimitada en este momento del proceso penal.

43 González Postigo, Leonel; Ob. Cit.; p. 80, todo el proceso de construcción de la verdad judicial está determinado de manera exclusivamente por la actividad de las partes. En ese ejercicio el juez o la jueza de garantías tienen la responsabilidad de proteger y promover las reglas del litigio para fortalecer el trabajo de las partes.

44 Ibidem; p. 97.

3. Para que el juez de la investigación preparatoria cuente con la información pertinente, suficiente y de calidad para adoptar sus decisiones, se le confieren, como se señaló y justificó más arriba, facultades proactivas en la demanda o requerimiento de esa información fáctica a las partes que intervienen en la audiencia<sup>45</sup>, todo ello sin subsidiar o suplir la labor y rol propio de las partes en la gestión de los intereses que ellos representan, ni tampoco abocándose a la resolución de cuestiones que no hayan sido planteadas o puestas en su conocimiento por las partes<sup>46</sup>.

Básicamente, lo que se plantea es que como el juez muchas veces debe verificar el cumplimiento de diversos estatutos legales, sus estándares o requisitos, si la información proporcionada por los litigantes es insuficiente, o proporcionada de manera deficiente, puede proactivamente, entre otras cosas, ordenar la secuencia de los debates, o requerir directamente información al litigante para poder adoptar una decisión<sup>47</sup>. Por ejemplo, preguntar sobre la hora, lugar de detención o hipótesis legal justificativa<sup>48</sup>, solicitar precisiones sobre la hipótesis de flagrancia invocada, ordenar el debate sobre medidas de coerción, requiriendo que las argumentaciones se focalicen primero en el presupuesto material y luego en la necesidad de cautela, requerir de antecedentes justificativos cuando se le solicite unilateralmente una medida intrusiva, esto es aquellas medidas de investigación que significan afectación de garantías individuales, proponer a los litigantes convenciones probatorias, declarar la ilegalidad de una detención si surge de los antecedentes conocidos en la audiencia, aún a falta de solicitud expresa de la demanda, excluir prueba por ilicitud independientemente de los requerimientos de la defensa al respecto, entre otros ejemplos<sup>49</sup>.

4. Otro tema de relevancia, tiene que ver con el nivel de exigencia y estándares a acreditar por los litigantes en los debates generados durante las audiencias preliminares.

Para la resolución de los debates que se promueven, por regla general, durante la etapa preparatoria, el estándar de exigencia hacia los litigantes que debe demandar el juez es inferior al estándar propio del juicio oral<sup>50</sup>, y la razón de ello radica en que algunas de las cuestiones que se resuelven durante esta etapa son de carácter provisional y no producen cosa juzgada, como ocurre con la declaración de ilegalidad de una detención o la decisión sobre una medida de coerción como la prisión preventiva u otras de menor intensidad, o se pronuncian

45 VVAA; El Modelo Adversarial en Chile; Ob. Cit.; p. 100, donde señalábamos que estos ámbitos el juez no solo puede, sino que debe actuar de oficio. ... y más adelante señalamos límites de esta labor, como por ejemplo la búsqueda de antecedentes probatorios por el propio tribunal para fundar una resolución (p.p. 101-102, la adopción de resoluciones judiciales que exceden la solicitud efectuada por el órgano persecutor, (p.p. 106-107).

46 Alliaud, Alejandra M.; Ob. Cit.; 68, lo plantea como un imperativo del hecho que el juez no represente y no gestione ningún interés.

47 Como Señala Lorenzo, Leticia; Ob. Cit.; p. 52, la intervención de los jueces realizando preguntas aclaratorias, consultando sobre el respaldo de información que las partes tienen, impidiendo que las discusiones se desvíen del (o los) objetivos que motivaron la audiencia, es esencial para lograr una decisión de calidad.

48 Control de identidad, orden judicial de detención, hipótesis de flagrancia.

49 Alliaud, Alejandra M.; Ob. Cit.; p. 68, los magistrados que intervienen en este tipo de audiencias pueden ser más proactivos, desde que no van a resolver sobre el fondo de la cuestión.

50 Más allá de toda duda razonable.

sobre la base de acuerdos o procedimientos que suponen la libre e informada aceptación del imputado, lo que hace decrecer de manera relevante las exigencias de acreditación, no siendo necesario la producción de prueba<sup>51</sup>.

Las audiencias de la etapa preparatoria son fundamentalmente argumentativas y el estándar de acreditación de los argumentos planteados, supone en general la referencia al contenido de los registros investigativos<sup>52</sup> llevados adelante por el Ministerio Público o la presentación de antecedentes, ordinariamente, documentales por parte de la defensa<sup>53</sup>. Como señala Lorenzo, la regla de estas audiencias es que no se produce prueba: la prueba es una necesidad del juicio, no de las audiencias de la etapa preparatoria, ya que está vinculada a la necesidad de acreditar la existencia del hecho que se está juzgando, la participación y grado de la persona imputada. Y la necesidad y posibilidad en específico de aplicación de una pena concreta<sup>54</sup>.

En estas audiencias preliminares no sólo no se produce prueba, por regla general<sup>55</sup>, sino que también el estándar que se debe acreditar ante el juzgador para que éste adopte sus decisiones, es inferior al de condena en juicio, toda vez que en muchos casos media la voluntad y consentimiento de los interesados, estamos aún en una etapa de investigación que no se encuentra totalmente afinada, que lo decidido en ciertos casos es provisional, y que por regla general no se refiere al juicio de culpabilidad del imputado y la pena que se le impondrá<sup>56</sup>.

## II. Los Juzgados de la investigación preparatoria<sup>57</sup>

En adelante nos avocaremos a señalar algunos de los rasgos y características más distinguidas de la actuación de los jueces en la etapa de la investigación preparatoria o previa al juicio oral en un modelo acusatorio adversarial<sup>58</sup>. Desde ya advertimos

51 En igual sentido Lorenzo; Leticia; Ob. Cit. P. 50.

52 VVAA; El Modelo Adversarial en Chile, Ponencias sobre su implementación en la reforma procesal penal; Thomson Reuters; 2013, Santiago; p.81, donde señalábamos a propósito de los deberes de la fiscalía la obligación de registrar todas y cada una de las actuaciones realizadas por el ente persecutor, sea que las efectuó directamente o a través de sus auxiliares en la investigación. El referido registro no sólo ha de ser fiel e íntegro, sino también oportuno. Resulta paradójico que para el efectivo funcionamiento de un modelo de audiencias preliminares orales es indispensable que se cumpla con esta obligación de registro por parte del Ministerio Público y la Policía Nacional, pues ello es lo que permitirá llevar adelante y controlar los debates planteados al juez de control.

53 González Postigo, Leonel; Ob. Cit.; p. 56 señala que en las audiencias previas al juicio el litigio se produce a través de una oralidad argumentativa, es decir, que las partes litigan sobre la base de los antecedentes de que disponen, al articular argumentos en favor de sus posiciones. ... y más adelante agrega, los jueces y las juegas de garantías tienen la necesidad y el deber de conocer la teoría del caso de quienes litigan sin que ello suponga cruzar el límite de la imparcialidad, esto es, gestionarles intereses a las partes.

54 Lorenzo, Leticia; manual de litigación; Ediciones Didot; Argentina; 2014; p. 49.

55 Constituiría una excepción razonable, por ejemplo, que la defensa esté en condiciones de presentar una prueba de tal relevancia y credibilidad que pueda establecer indubitadamente la inocencia de su defendido.

56 González Postigo; Leonel; Ob. Cit.; p. 33; ... la judicatura de garantías debe permitir que el Ministerio Público lleve adelante y ejecute su legítima función de persecución penal de un modo razonable y eficaz. Para ello deberá ser consciente de que habrá ciertas audiencias en las que no podrá exigir en toda su magnitud determinados detalles que el órgano de persecución aún está recolectando.

57 Ibidem; p. 24, señala que el debate central sobre la figura del juez o jueza debe orientarse hacia el fortalecimiento de sus prácticas, más que a un análisis exclusivamente reducido a la corrección o identificación de los defectos de la regulación legal del Código Procesal Penal que corresponda.

58 Ibidem; p.32; Señala que la actividad de los jueces y juegas de garantías en un sistema adversarial se funda en tres nociones: (a) la sala de audiencias como único espacio de trabajo; (b) la política de gestión de la conflictividad como marco de actuación y la aplicación de poder punitivo como último nivel de intervención; y

que nuestros planteamientos, pese a obedecer a un consenso relevante entre autores y legislaciones de Latinoamérica, no necesariamente se recogen adecuadamente en las disposiciones del Código Procesal Penal Peruano.

## 1. La conducción y dirección de las audiencias preliminares

Los jueces que intervienen en las audiencias previas al juicio, como ya hemos señalado, si bien carecen de facultades investigativas o probatorias de oficio, en los sistemas acusatorios adversariales más consolidados, y con ello se asemejan al rasgo de pasividad que se atribuye con toda claridad a los jueces de juicio<sup>59</sup>, como una forma de garantizar su efectiva imparcialidad y el hecho de no tener un interés propio comprometido en el conflicto penal que ha originado el procedimiento que deba gestionar<sup>60</sup>, si deben actuar de manera más activa en el ejercicio de su función cautelar de los derechos y garantías de los ciudadanos y de correcta aplicación de la ley<sup>61</sup>.

La conducción y dirección de las audiencias debe ser realizada por el juez desde la perspectiva y los principios de un sistema acusatorio adversarial, esto es promoviendo interpretaciones normativas y prácticas compatibles y coherentes con las lógicas subyacentes a un sistema de audiencias orales adversariales<sup>62</sup>.

Para que el juez pueda identificar correctamente las cuestiones controvertidas o en ciertos casos consensuadas sobre las cuales debe pronunciarse en las audiencias preliminares<sup>63</sup>, es indispensable que las partes le ilustren con claridad

---

(c) la identificación del conflicto primario como norma general para orientar el debate en las audiencias hacia las vulnerabilidades de la víctima y del imputado. A ello el autor agrega una cuarta tarea: limitar el uso arbitrario o abusivo del poder penal.

59 González, Leonel y Rúa Gonzalo; El rol del juez en un sistema adversarial. Fundamentos y técnicas de conducción de audiencia; Sistemas Judiciales; CEJA- INECIP; año 19; número 21; p. 100, El rol de los jueces en la audiencia de juicio oral es opuesto al que cumplen en las audiencias previas. Debido a que en el juicio oral se está sustanciando la prueba (ya no son audiencias puramente argumentativas sobre el contenido de la información recolectada por las partes), el juez debe tener un rol pasivo a efectos de mantener su imparcialidad. No debe entrometarse en la producción de pruebas y su actuación debe estar ceñida a resolver las objeciones de las partes frente a preguntas que consideran inadecuadas por ser impertinentes. Su única relación con la prueba está centrada en poder realizar preguntas aclaratorias, entendiéndose por tales a las que están orientadas a interrogar sobre una respuesta dada por el testigo, la que no fue escuchada o comprendido su alcance.

60 Alliaud, Alejandra M.; Ob. Cit.; p 68.

61 González Postigo, Leonel; Ob. Cit.; p. 56 desde la perspectiva de la judicatura de garantía, podríamos asumir la teoría del caso como el método que a los jueces y a las juezas les permite descomponer el relato de las partes y analizar sus argumentos para la toma de una decisión. Esta comprensión es la que justifica la importancia del papel activo de la judicatura de garantías en la conducción de las audiencias previas al juicio oral: la única fuente de información de la cual disponen son las partes y, por ello, deben realizar aquellas preguntas que les permitan conocer el caso que le traen.

62 González, Leonel y Rúa Gonzalo; El rol del juez en un sistema adversarial. Fundamentos y técnicas de conducción de audiencia; Ob. Cit.; p., 84, expresan que en muchas ocasiones algunos pasajes de los códigos procesales penales remiten a la tradición inquisitiva y allí el juez tiene un papel preponderante: aplicarlos sin analizar su contexto o reinterpretarlo en relación con los valores y el sentido que tiene el sistema procesal acusatorio que se está introduciendo. En este ejercicio, el conjunto de principios generales del sistema (como la oralidad, inmediación, publicidad, imparcialidad o resolución del conflicto) se convierte en una herramienta muy potente para su correcto entendimiento.

63 Alliaud, Alejandra M.; Ob. Cit.; p.78, formula esta distinción entre las audiencias que conoce el juez de la audiencia preparatoria, según ellas vayan a generar una controversia entre los litigantes o aquellas en que las partes actúan materializando ante el juez negociaciones y acuerdos previos, en que de ordinario entonces, ambas partes promoverán ante el juez la convalidación judicial de sus acuerdos.

sobre los hechos del caso<sup>64</sup>, los presupuestos legales aplicables y los antecedentes justificativos de su posición. Esto demuestra la necesidad desde la perspectiva de los litigantes de contar con una teoría del caso, no solo para los debates propios del juicio oral, sino también para las audiencias preliminares y sus debates específicos<sup>65</sup>.

Así entonces, como señala González, la teoría del caso desde la función jurisdiccional no debe ser más que un ángulo desde el cual observar y analizar la información que aporten las partes y eventualmente, señalamos nosotros, utilizar de guía para determinar los ámbitos o materias en las que puede formular preguntas o promover formas alternativas de resolución del conflicto. En ningún caso significa que el juez o la jueza formen una hipótesis propia sobre el modo en que han ocurrido los hechos<sup>66</sup>.

En la dirección y conducción de la audiencia el juez debe, respetando y cautelando el derecho a que los litigantes puedan ejercer el control horizontal de la información, como expresión del ejercicio del principio contradictorio<sup>67</sup>, guiar y focalizar los argumentos y la referencia a sus antecedentes justificativos, a las cuestiones que resulten pertinente y útiles para la resolución de la cuestión planteada<sup>68</sup>. Lo que ordinariamente se manifestará en que la primera intervención de cada litigante será más libre, planteando su posición, y luego el juez deberá administrar los traslados de manera tal que, al evacuarlos oralmente los litigantes, satisfagan los requerimientos de información que el juez demanda<sup>69</sup>.

En algunas materias, como debates sobre medidas cautelares personales; sobre

- 
- 64 Se trata de antecedentes fácticos concretos y específicos, no de la mera referencia a títulos o slogans legales. González Postigo; Leonel; Ob. Cit.; p 109- 111, explica la diferencia entre lo que denomina slogans normativos vs información de calidad.
- 65 Sobre Teoría del caso recomendamos ver: Moreno Holman, Leonardo; Teoría del caso; Ob. Cit.; y lo planteado en litigación penal estratégica en juicios orales; VVAA; Editorial Tirant Lo Blanch; Valencia; año 2021; pp. 17-127, donde se destaca la necesidad de elaborar una teoría del caso, aun provisional, desde que se toma primer contacto con la causa penal (p.20, 25); y su utilidad e importancia, para las etapas preliminares (pp.37-49) y su metodología de elaboración (pp.52 y siguientes).
- 66 González Postigo, Leonel; Ob. Cit.; p. 62, que adicionalmente señala que quien conduzca la audiencia debe evitar "leer" la información desde su creencia u opinión inicial del caso.
- 67 VVAA; El Modelo Adversarial en Chile; Ob. Cit.; p.110, indicábamos que existe una clara vinculación entre el principio contradictorio y el acusatorio. El carácter acusatorio de nuestro proceso penal nos habla de la estricta separación entre investigación y acusación... Con todo, la existencia de esta separación funcional carecerá de relevancia sino existe la posibilidad real de contrastar procesalmente la información reunida por el ente persecutor al momento de ser esgrimida ante la instancia institucional de decisión... Dicho de otro modo, la imparcialidad del juez que supone el principio acusatorio al relevarle de la tarea de investigación y acusación, se verá irremediadamente afectada sino existe un contradictor del persecutor dotados de herramientas y garantías judiciales que le permitan plantear un punto de vista estratégico diverso respecto de los hechos del caso, la evidencia que los sostiene o las consecuencias jurídicas aplicables.
- 68 González Postigo; Leonel; Ob. Cit.; p.108 señala como ejemplo de proactividad en la dirección de una audiencia el dar fin a las intervenciones que sean superfluas o redundantes. A lo que podríamos agregar nosotros, el solicitar que el traslado sea evacuado en el sentido en que ha sido conferido, por ejemplo, si la defensa ha planteado que no se ha señalado la hipótesis de flagrancia concurrente o si un detenido esta ante el juez por una hipótesis de control de identidad o por flagrancia, el juez puede conferir traslado requiriendo específicamente esa información al fiscal, ello es importante de conocer pues determinará el estatuto normativo a aplicar a los argumentos y antecedentes referidos por los litigantes.
- 69 González Postigo, Leonel; Ob. Cit.; p.109 se pregunta ¿podría el juez exigir esa información? (refiriéndose a la necesaria para tomar una decisión) peciera que la respuesta depende de si lo que el juez requiere son argumentos de la parte o información sobre la que la parte ha apoyado su argumento, inclinándose por señalar que el juez no podría requerir la mejora de un argumento, pero si formular requerimientos a la parte sobre los antecedentes en que funda su argumento.

exclusiones probatorias, en casos con ofrecimientos significativos de prueba; o audiencias de naturaleza compleja y variada en los debates que se pueden sostener en ella, como ocurre con la audiencia de preparatoria o de preparación de juicio oral, el juez deberá además antes de concederles palabra a los litigantes, definir la forma y orden en que habrá de desenvolverse el debate<sup>70</sup>.

No debemos perder de vista que son los litigantes la única fuente de información con la que contará el juez en esas audiencias, que como hemos señalado son esencialmente argumentativas y no probatorias<sup>71</sup>. Así entonces el juez puede tener una labor más proactiva, exigiendo de esos litigantes la información que requiere para resolver correctamente, sin comprometerse con la estrategia de alguno de los litigantes<sup>72</sup>. Por otro lado, es importante, como señala González, recordar que las audiencias preliminares son la única instancia en la cual los jueces y juezas de garantías toman conocimiento del caso pues no cuentan (agregamos nosotros por el caso peruano, ni debieran contar) con información de forma previa a su realización<sup>73</sup>. Por ello, la realización de preguntas dirigidas a los litigantes es el único mecanismo válido del cual dispone el juzgador para conocer el caso y obtener información que le permita tomar una decisión<sup>74</sup>.

Como acertadamente señala Lorenzo<sup>75</sup>, la función de un juez en una audiencia es casi pedagógico, ya que al dirigir la audiencia está también conduciendo a las partes; en este sentido, es importante que el juzgador asuma la responsabilidad de lograr audiencias de calidad, exigiendo preparación de los litigantes e impidiendo la improvisación en el tribunal. Para el logro de ese objetivo resulta prioritario que el juez, defina antes de iniciar una audiencia preliminar en particular aquellas más complejas, como la de debate de medidas cautelares personales o de preparación de juicio, cuáles serán las reglas por las cuales deberá regirse el debate e intervención de los intervinientes durante el curso de la misma, predefiniendo por ejemplo las etapas o momentos que tendrá la audiencia<sup>76</sup>, el orden o secuencia en que se deberán abordar

70 Por ejemplo, requiriendo que, en el debate de cautelares personales, se argumente en primer lugar sobre el denominado presupuesto material y luego sobre la necesidad de cautela; o en materia de exclusiones probatorias, que ellas vayan siendo planteadas y eventualmente resueltas, por medio de prueba, por ejemplo, plantear primero las exclusiones referidas a prueba material, luego testimonial y con posterioridad pericial. También constituye un ejemplo el que las posibles convenciones probatorias se debatan previamente a las exclusiones.

71 Ello es así incluso en el caso que los litigantes en sus debates dejarán en evidencia que existe una discrepancia entre ellos sobre el contenido específico de una parte de los registros investigativo, como ocurriría si el fiscal señala que cuenta con una declaración de un testigo que expresa ciertos hechos, y la defensa en su traslado refiere que el testimonio no señala esa información o no de la forma explicitada por el fiscal. En tal caso el juez, no puede solicitar que se le entregue el registro en la audiencia para revisarlo, sino que debe solicitar al fiscal, que lea textualmente esa parte del registro para controlar y determinar que litigante plantea lo efectivamente señalado por el testigo.

72 González Postigo, Leonel; Ob. Cit.; p. 105 señala que el juez no debe comprometer su imparcialidad evitando actuar conforme a un sesgo de confirmación, esto es, “la tendencia a buscar apoyo probatorio para la hipótesis que el investigador ha formado e ignorar la evidencia o las explicaciones que socavan esta hipótesis.

73 No debe existir un conocimiento previo del juez de los antecedentes de la investigación; no puede utilizar su conocimiento privado sobre el caso, ni tampoco puede durante el desarrollo de la audiencia tomar contacto directo con los registros de la investigación.

74 González Postigo, Leonel; Ob. Cit.; p. 106.

75 Lorenzo; Leticia; Ob. Cit.; p. 75.

76 Establecer que se procederá por ejemplo a formalizar la investigación, luego a explorar la procedencia de una salida alternativa, luego un eventual debate del cautelares personales si es requerido por la persecución y

las temáticas en debate<sup>77</sup> y los límites a los mismos<sup>78</sup>, o incluso reglas esperables de trato entre los adversarios, entre otras<sup>79</sup>.

Sin perjuicio de lo dicho, debemos indicar que en esta labor de orientación o pedagógica, del juez estableciendo reglas y fijando estándares de demanda de información para resolver, no debe asumir una actitud autoritaria, que contribuya exclusivamente a la ritualización de la audiencia, privándola de la necesaria flexibilidad que es propia de las audiencias preliminares, en que pueden abordarse diversas temáticas e incluso algunas no consideradas explícitamente en la resolución que dio origen a la audiencia que se está desarrollando; que impide el ejercicio de los derechos y facultades de los litigantes; o que se entienda o aparezca, como la imposición de un juez a que se formulen determinados planteamientos, especialmente por el Ministerio Público<sup>80</sup>.

## 2. La administración de los tiempos de duración de las audiencias<sup>81</sup>

En modelos de audiencias orales es indispensable que todos los operadores del sistema de enjuiciamiento penal que intervengan en ellas, pero en particular el juez, tengan una labor activa en la administración eficiente del tiempo<sup>82</sup>, a fin de evitar que las audiencias se extiendan más allá de lo razonable y necesario atendida su naturaleza, el grado de complejidad, número de intervinientes, y nivel de controversia de los temas que se abordarán en ella<sup>83</sup>. Nunca debemos olvidar que se está ante un proceso de comunicación que debe ser eficiente para que el juez obtenga información de calidad para adoptar sus decisiones, lo que debe considerar entonces que dilatar en exceso una audiencia o entregar en ella información innecesaria o irrelevante para lo que se debe resolver, puede afectar la capacidad de concentración y retención de información del juez<sup>84</sup>.

En ningún caso, lo que se propone, es que el juez de manera impositiva fije lapsos de

---

finalmente plazo judicial de investigación.

- 77 Ordenar la forma en que deberá plantearse argumentativamente el debate de medidas cautelares personales o la forma de plantear las exclusiones probatorias, refiriéndose secuencialmente a los tipos de evidencias ofrecidas, por ejemplo.
- 78 Por ejemplo, advertir al imputado que respecto de la formalización de la investigación lo que importa es que entienda cuál es la conducta que le imputa el Ministerio Público y no si la comparte o discute; o limitar a través de traslados dirigidos la intervención de un litigante.
- 79 Lorenzo; Leticia; Ob. Cit.; p. 75, Señala como una buena práctica que desde un inicio el juzgador establezca “las reglas del juego”.
- 80 Por ejemplo, que luego de formalizada una investigación respecto de un imputado, el juez planteando previamente el posible orden o secuencia de la audiencia, en vez de señalar a los intervinientes si tienen alguna otra petición o tema que plantear, se dirigiera exclusivamente al Ministerio Público, señalando “señor fiscal va a solicitar prisión preventiva” o “qué medida cautelar personal va a solicitar”.
- 81 González Postigo, Leonel; Ob. Cit.; p. 104 quien señala que una máxima de trabajo del juez o jueza de garantías es que en todo momento mantenga el control de la audiencia.
- 82 En igual sentido Lorenzo p. 75, señala que, si bien el juez no puede establecer previamente tiempos de intervención, si tiene la potestad de interrumpir a la parte que está siendo redundante en su exposición o impertinente en su argumentación.
- 83 Alliaud, Alejandra M.; Ob. Cit.; p.72 señala que es posible una participación más activa del juez indicando a las partes cual es el objetivo de la audiencia, requiriendo más información de parte de estos, de modo de impedirse desgastes o mal uso de los tiempos.
- 84 Ibidem; p. 72, se refiere a el tiempo de atención limitado que tienen los jueces.

tiempo determinado para las intervenciones de las partes<sup>85</sup>, pues ello podría afectar seriamente el ejercicio de sus facultades procesales y la explicitación correcta de sus intereses, peticiones y sus fundamentos<sup>86</sup>, de lo que hablamos es del rol proactivo que debe asumir el juez que preside la audiencia para, permitiendo el ejercicio legítimo de las facultades y derechos de los intervinientes, administre y gestione de una manera eficiente el tiempo de duración de las audiencias haciendo uso de sus facultades de dirección y disciplina<sup>87</sup>.

### 3. La comunicación con los que participan en la audiencia

Dada la dinámica de las audiencias orales, que constituyen un proceso de comunicación entre los litigantes u otros como la víctima y el imputado en contacto directo con el juez, se hace indispensable que ese proceso de comunicación sea efectivo y fluido, para lo cual contribuyen, a nuestro juicio, dos cuestiones; en primer lugar que las audiencias no sean ritualistas o llenas de formulismos, sino que sean gestionadas y administradas por el juez como un diálogo con quienes participan en ellas<sup>88</sup>. Por otro lado es necesario que se asuma por quienes participan en la audiencia y en especial por el juez, que estas audiencias preliminares debieran ser en su mayoría, públicas, es decir, estarán presentes en ellas ciudadanos sin conocimientos técnicos en derecho, por ello será muy importante que se promueva que estas audiencias se utilice un lenguaje lo más llano y simple, que sea posible de ser entendido por todos los que están allí, no solo por el juez y los litigantes<sup>89</sup>, como una materialización del contenido de la garantía de acceso a la justicia<sup>90</sup>.

Los traslados que se confieran por el juez debieran ser dirigidos, en general, a la búsqueda de información específica o a abordar algún planteamiento de la contraparte, desechándose el traslado general sin ninguna guía o directriz que focalice el debate. Ello en particular debe exigirse en los traslados posteriores a haber escuchado los planteamientos de las partes, se trata de generar por el juez un efectivo control de la información y no una contradictoriedad vacía de contenido, manifestada en la sola concesión de traslados<sup>91</sup>.

85 Ello ocurre en numerosos códigos se permite limitar igualmente en juicio los tiempos de intervención de los litigantes. Ver 363 Número 1 del CPP.

86 Alliaud, Alejandra M.; Ob. Cit.; p.72 señala que, aunque no haya un tiempo máximo o mínimo establecido en la legislación, la audiencia tiene un tiempo de duración que surge de lo que necesitan las partes para hacer sus peticiones, y el juez para resolverlas.

87 González Postigo, Leonel; Ob. Cit.; p. 104, señala que el ahorro de tiempo debe darse de un manejo proactivo de la audiencia y en ningún caso por la fijación de tiempos rígidos para los intervinientes. Lo que se necesita es un juez o jueza que ordene el debate, lo dirija, detenga alegaciones impertinentes en lo general o respecto del tema específico y que tenga el grado de flexibilidad para reaccionar a discusiones inesperadas en la audiencia.

88 González Postigo, Leonel; Ob. Cit.; p. 100, alude al punto señalando que la desformalización de la audiencia es la que permite el dinamismo de la misma, permitiendo intercambios de puntos de vista, datos e información que el juez o jueza pueda corroborar con la contraparte.

89 Nos referimos por ejemplo a los imputados, víctimas o público, en general, todos los cuales no conocen, ni deben conocer el lenguaje técnico propio del derecho. Son los operadores del sistema de justicia quienes deben adaptar su forma de comunicación a aquellos que concurren al sistema de justicia.

90 González Postigo, Leonel; Ob. Cit.; p. 102 – 103, habla de la utilización de lenguaje claro y comprensible, citando las reglas de Basilea referentes al acceso a la justicia, que exigen la necesidad de comprensión de las actuaciones judiciales. Resalta también el autor el uso de lenguaje inclusivo y no sexista.

91 Ibidem; p. 100, solo de este modo se podrá depurar la información para tomar una decisión de alta calidad.

Particularmente relevante es la forma en que debe generarse la comunicación y diálogo entre el juez y el imputado y/o la víctima. González alude a tres dimensiones en esta comunicación: explicar lo que ocurrirá en la audiencia y quién es quién en ella; permitir que se expresen en caso de que deseen aportar información o simplemente sostener su posición; y comunicar la decisión de forma comprensible, asegurando que no existan confusiones o dudas y saldándolas inmediatamente en caso de que existan<sup>92</sup>.

Sin embargo, como señala Alliaud, el dejar de lado el ritualismo no significa perder el respeto ni la cortesía, en tanto la sala de audiencia es el lugar donde continúa administrándose justicia siendo este uno de los pilares propios de un sistema democrático con todas las implicancias que ello tiene. Más bien, de lo que se trata es de dejar de utilizar un lenguaje solemne y comenzar a utilizar un lenguaje llano, que permita a los presentes comprenderse y expresarse<sup>93</sup>.

#### 4. Necesidad del juez de tomar adecuadamente notas<sup>94</sup>

Una de las complejidades que se advierte en la gestión eficiente de una audiencia oral argumentativa de la etapa previa al juicio, es que ellas pueden abarcar varios debates y deben culminar con uno o más pronunciamientos del juez, en la misma audiencia de manera oral. Resulta imperativo entonces que el juez sea capaz, durante el desarrollo de la audiencia y de los debates entre los litigantes, de tomar notas breves<sup>95</sup> que le faciliten organizar sus argumentos a la hora de resolver o pronunciarse sobre las solicitudes o debates planteados por los intervinientes. Resoluciones que como sabemos, deben ser debidamente fundadas, no siendo suficiente para entender cumplida esta exigencia la mera o simple cita de disposiciones legales o referencias genéricas y abstractas a antecedentes de la investigación<sup>96</sup>.

#### 5. La dictación de sus resoluciones y su fundamentación<sup>97</sup>

Una vez formulados y conocidos los planteamientos de los intervinientes por el juez durante el desarrollo de las audiencias, y verificada la legalidad de sus solicitudes y planteamientos y habiéndose generado, si correspondiere el debate contradictorio entre ellas, el juez de control debe proceder, por regla general, en la misma audiencia a adoptar una decisión y explicitarla con sus fundamentos verbalmente<sup>98</sup>.

92 González Postigo, Leonel; Ob. Cit.; p. 96.

93 Alliaud, Alejandra M.; Ob. Cit.; p.71.

94 Sobre el punto y una propuesta sobre cómo proceder, ver González Postigo, Leonel; Ob. Cit.; pp. 106- 110.

95 Ibidem; p.106 señala como un error común el intentar anotar todo lo que ocurre en una audiencia, ello es inadecuado por un lado porque toda la concentración y atención del juez en cumplir esta tarea, y, en segundo lugar, porque no resulta necesariamente útil para la adopción de una buena decisión.

96 Un caso paradigmático de lo señalado, lo encontramos a propósito de los debates y resolución de las solicitudes de medidas de coerción y en especial de la prisión preventiva. Artículo 271 n° 2 y 3 del C.P.P.

97 VVAA; El Modelo Adversarial en Chile; Ob. Cit.; P.243, el autor citando a Couture señala que la fundamentación de las decisiones es la manera que tienen las partes de fiscalizar la actividad intelectual del juez frente al caso, con el objeto de comprobar que su decisión es un acto reflexivo, emanado de las circunstancias particulares, y no un acto discrecional de su voluntad autoritaria.

98 Alliaud, Alejandra M.; Ob. Cit.; p. 68 citando a Taruffo, indica que la decisión de un juez tiene al menos tres características relevante a) es una acto ilocucionario asertivo, pue está compuesta por un conjunto de enunciados que describen hechos, b) es neutral y supra partes: el juez no tiene un propósito particular que alcanzar, excepto

Es importante que el juez maneje o diseñe una estructura tipo de sus resoluciones que facilite la dictación de las mismas y además sea de fácil comprensión para los destinatarios de ellas y el público en general, por lo que nos remitimos a lo señalado a propósito del lenguaje que debe utilizar el juez al momento de resolver, esto es, uno simple y llano<sup>99</sup>.

Se propone siguiendo al juez Eric Ríos, la siguiente estructura: dividir la resolución en tres partes: Enunciar primero de un modo sucinto la cuestión debatida o controversia, luego comunicar inmediatamente la decisión y al final enumerar sus fundamentos<sup>100</sup>.

### III. La Preservación o control de la legalidad por parte del juez de control de la investigación preparatoria<sup>101</sup>

El juez que interviene en la etapa de investigación preparatoria está llamado a la tarea de preservar la legalidad en un sentido amplio, determinando en cada caso concretos la normativa legal aplicable, sea esta procesal, de derecho penal sustantivo o de rango constitucional; luego a verificar en la audiencia el cumplimiento de los presupuestos facticos indispensable para su aplicación y/o el cumplimiento de los requisitos y estándares legales que posibilitan su correcta utilización, y por otro lado, debe ejercer un control, incluso de oficio, respecto de la legalidad de las actuaciones del Ministerio Público, no sólo de aquellas que constituyan actos investigativos<sup>102</sup>.

Serían manifestaciones de este control, a modo simplemente ejemplar: La procedencia de aplicación del principio de oportunidad a que se refiere el artículo 2 del CPP; la procedencia de la prueba anticipada, regulada en los artículos 242 y siguientes; la calificación a que se refiere el artículo 334 del CPP; 336 número cinco respecto del control de las diligencias solicitadas por los intervinientes al fiscal, y negadas por éste; el control de plazo de la investigación preparatoria a que se refiere el artículo 343 del CPP; el control judicial respecto del requerimiento de sobreseimiento, reglado en los artículos 344 y siguientes del CPP; el control judicial sobre la procedencia del proceso inmediato, regulado en los artículos 446 y siguientes del CPP; la regulación sobre el proceso de terminación anticipada regulado en los artículos 468 y siguientes.

---

a que debe entregar una decisión cuidada y justa... c) esa historia es verdadera no solo en el sentido de que tiene la presentación de veracidad, sino porque es verdadera sobre la base del fundamento ofrecido por los elementos de prueba aportado y valorado. Agregamos nosotros que en el caso de las audiencias preliminares esos antecedentes, no son prueba propiamente tal, sino referencias argumentativas y concretas a los antecedentes de la investigación, por regla general.

99 VVAA; El Modelo Adversarial en Chile; Ob. Cit.; pp. 244, releva la importancia que lo resuelto sea comprensible para las partes del proceso penal, normalmente presentes en la audiencia en que se dictan.

100 González Postigo, Leonel; Ob. Cit.; p 109.

101 Obviamente el ejercicio de esta función también se vincula con una función de carácter cautelar, al relacionarse con el principio de culpabilidad.

102 La actividades de investigación en el proceso penal están radicadas en la dirección del Ministerio Público (art. 322 C.P.P.), y ellas en general serán de tres tipos: Actividades autónomas de la policía, esto es que no requieren de orden o instrucción expresa del Fiscal ( artículo 68 del C.P.P.); la regla general constituida por aquellos actos de investigación que el fiscal realiza directamente o encomienda su práctica a la Policía Nacional; y aquellos actos de investigación que requieren de autorización judicial previa, como son aquellos actos que afectan garantía individuales.

#### IV. El ejercicio de la función cautelar por los jueces de control de la investigación preliminar<sup>103</sup>

Como señala Sáez, nos referimos con ello al resguardo por parte del juez, durante todo el proceso, de las garantías y derechos de todos los intervinientes, y en particular las del imputado, lo que se justifica tanto porque es el único de los intervinientes que puede sufrir el peso de la potestad sancionatoria del Estado, como también por que durante el proceso debe enfrentarse contra todo el aparato estatal para defenderse de las imputaciones que se le hacen<sup>104</sup>.

La norma legal que consagra con carácter general este deber de tutela de los jueces de la etapa preliminar, es la del artículo 71 numeral cuatro, que dispone a propósito de la afectación de los derechos del imputado: “Cuando el imputado considere que durante las Diligencias Preliminares o en la Investigación Preparatoria no se ha dado cumplimiento a estas disposiciones, o que sus derechos no son respetados, o que es objeto de medidas limitativas de derechos indebidas o de requerimientos ilegales, puede acudir en vía de tutela al Juez de la Investigación Preparatoria para que subsane la omisión o dicte las medidas de 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”<sup>105</sup>.

Otras manifestaciones de esta función cautelar del juez de control, las encontramos a propósito de la regulación de:<sup>106</sup>

##### a. Control de los actos investigativos del Ministerio Público que puedan significar afectación de garantía individuales

Nos referimos aquí a aquellos actos de investigación regulados en la legislación procesal que constituyen “actos de molestia” o “medidas intrusivas”, tales como las incautaciones de bienes, exámenes corporales, entrada y registro de lugares cerrados, interceptaciones telefónicas y otras medidas que puedan significar un menoscabo de los derechos de las personas afectadas por ellas. Estas actuaciones investigativas, muchas veces de gran utilidad para la eficacia de la persecución penal, están

103 Lo importante, para efectos del presente artículo, es identificar y mencionar algunas de las cuestiones procesales vinculadas con la función cautelar del juez, en ningún caso se tratarán exhaustivamente, pues excedería el sentido de este trabajo.

104 VVAA; El Modelo Adversarial en Chile; Ob. Cit.; P.22.

105 Encontramos una regla similar en el artículo 10 del C.P.P. Chileno: “Cautela de garantías. En cualquiera etapa del procedimiento en que el juez de garantía estimare que el imputado no está en condiciones de ejercer los derechos que le otorgan las garantías judiciales consagradas en la Constitución Política, en las leyes o en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, adoptará, de oficio o a petición de parte, las medidas necesarias para permitir dicho ejercicio.

Si esas medidas no fueren suficientes para evitar que pudiere producirse una afectación sustancial de los derechos del imputado, el juez ordenará la suspensión del procedimiento por el menor tiempo posible y citará a los intervinientes a una audiencia que se celebrará con los que asistan. Con el mérito de los antecedentes reunidos y de lo que en dicha audiencia se expusiere, resolverá la continuación del procedimiento o decretará el sobroseimiento temporal del mismo.

Con todo, no podrá entenderse que existe afectación sustancial de los derechos del imputado cuando se acredite, por el Ministerio Público o el abogado querellante, que la suspensión del procedimiento solicitada por el imputado o su abogado sólo persigue dilatar el proceso.

106 Recomendamos ver VVAA; El Modelo Adversarial en Chile; ponencia de Jorge Sáez Martín; pp. 219-247.

sometidas a un régimen de autorización judicial previa, a fin de que un órgano imparcial como el tribunal, determine si el acto investigativo que pretende realizar el Ministerio Público es legal<sup>107</sup>, idóneo, necesario y proporcional<sup>108</sup>.

Al juez de control le corresponde en el caso concreto y frente a los requerimientos de actos intrusivos del juez efectuar una ponderación entre los intereses en juego, esto es la eficacia de la persecución penal y los derechos y garantías del afectado con la medida<sup>109</sup>. Podría entenderse además como un mecanismo de control del principio de objetividad del actuar del Ministerio Público, pues podrá hacer primar en sus solicitudes de actos intrusivos sus interés y pretensiones, no olvidemos que el Fiscal es una parte en el proceso<sup>110</sup>.

## b. Control de legalidad de la detención

Corresponde al juez de control de la investigación preliminar, corroborar el cumplimiento del denominado “estatuto de la detención” en una audiencia realizada con tal finalidad<sup>111</sup>. En ella el juez debe verificar, a través de la información proporcionada por la persecución penal verbalmente en la audiencia, la concurrencia de una hipótesis legal habilitante<sup>112</sup>, el cumplimiento del plazo en que el detenido debía ser puesto a disposición del tribunal; el cumplimiento de los deberes de información o lectura de derechos por parte de la Policía Nacional; la existencia de maltratos físicos en contra del detenido<sup>113</sup>.

La labor de los jueces en este punto es de mucha relevancia pues a través de sus decisiones en los casos concretos que les toque conocer, van estableciendo estándares que ilustran a la persecución penal, en especial a la policía sobre la forma de llevar a cabo su labor, como también un control estricto de este estatuto de detención disminuye considerablemente los casos de abuso policial.

El juez debe ejercer esta función de verificación de la legalidad de una detención,

107 Art. 202 del C.P.P.

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

109 Ver VVAA; El Modelo adversarial en Chile; Ob. Cit.; p. 224-225, donde se señala la necesidad del juez de ponderar el legítimo interés estatal en llevar adelante la persecución estatal de una manera eficaz y... debe tener el juez en consideración a la persona afectada, velando por que la afectación de derechos pretendida sea solicitada por el Ministerio Público (criterio de exclusividad del Ministerio Público en la dirección de la investigación penal); sea estrictamente necesaria para los fines de la investigación penal (Criterio de necesidad). Está permitida por la Ley (criterio de legalidad); sea proporcionada a la gravedad de los delitos que se investigan (criterio de proporcionalidad); y causen la menor afectación posible (criterio de mínima lesividad). Concurriendo tales exigencias es posible que otorgue su autorización que legitima la realización de la diligencia (criterio de jurisdiccionalidad).

110 Ibidem; p. 226.

111 En Ibidem; p. 228, Jorge Sáez, señala que aún presente el defensor, estimo que el Juez de Garantía debe siempre requerir del Fiscal los antecedentes necesarios para justificar legalmente la detención.

112 Por ejemplo, una hipótesis de flagrancia delictiva, o la existencia de una orden judicial de detención vigente.

113 Lo cual puede derivar en que se formule una denuncia en la audiencia que deba ser derivada al Ministerio Público para su investigación.

sea a petición de la defensa o de oficio, pues estamos ante una situación excepcional de comparecencia ante un tribunal, que supone la acreditación por parte del Ministerio Público los supuestos legales que habilitan esta comparecencia forzada del ciudadano ante un juez de control<sup>114</sup>.

### c. Control de la formalización de la investigación<sup>115</sup>

La formalización de la investigación, debe ser concebida desde la perspectiva del juez de control de la investigación preparatoria, como un acto de garantía por el cual se comunica por la persecución penal a un imputado los hechos por los cuales le está investigando<sup>116</sup>. En efecto, la formalización de la investigación si bien exige que se señalen los hechos y la tipificación o clasificación jurídica específica de los mismos<sup>117</sup>, debe entenderse como una “comunicación cargos”, esto es, fundamentalmente fáctica, pues su propósito es garantizar y hacer efectivo el derecho a una “defensa informada” por parte del imputado, y ello sólo ocurrirá cuando éste tome conocimiento de los hechos en que se manifiesta la imputación fiscal<sup>118</sup>. Para el efectivo ejercicio del derecho a defensa del imputado la formalización debe contestar fácticamente las preguntas naturales y obvias que nos haríamos frente a una imputación. ¿Qué se dice que hice? ¿Cómo? ¿Cuándo? ¿Dónde? ¿A Quién? La mera imputación normativa es insuficiente para garantizar el derecho a defensa<sup>119</sup>.

Será entonces labor del juez, a petición de la defensa o de oficio, verificar que este acto cumpla su función de garantía hacia la persona del justiciable, solicitando a petición de la defensa que la información fáctica expresada en el acto de la formalización cubra las preguntas señaladas más arriba, o que conceptos normativos utilizados en la misma se expresen en hechos<sup>120</sup>. No corresponde en cambio que, respecto de esta facultad exclusiva y excluyente del Ministerio Público, el juez proceda a hacer un control de mérito o de fondo sobre la corrección de la misma o la oportunidad en que se lleva a efecto<sup>121</sup>.

114 VVAA; el Modelo Aduersarial en Chile; Ob. Cit.; p. 229, el autor señala, que claramente nos encontramos en un escenario en que el legislador ha preferido la función cautelar, entregando al juez facultades oficiosas, por sobre el modelo aduersarial.

115 Recomendamos ver González Postigo, Leonel; Ob. Cit.; pp. 125 a 136.

116 VVAA; El Modelo Aduersarial en Chile; p. 232, se expresa: En el acto de formalización de la investigación o comunicación de cargos le corresponde al juez de garantía, velar por que este acto, que tiene por objeto satisfacer el derecho de información del imputado, cumpla esa finalidad.

117 Artículo 336 letra b del C.P.P.

118 González Postigo, Leonel; Ob. Cit.; p. 126, señala que la primera función de la formalización es posibilitar una manifestación concreta del derecho a defensa. En particular, busca advertir con suficiente anticipación al imputado sobre la existencia de una actividad formal del Estado, de tal modo que pueda preparar su defensa de forma efectiva.

119 Ibidem; p. 127 habla de una función adicional de la formalización, dar cumplimiento al principio de exterioridad. No hay crimen sin conducta.

120 No se debe olvidar que esta actuación procesal configura el primer peldaño de otra garantía, como es el principio de congruencia que debe existir entre los hechos que recaen en la formalización, los contenidos en la acusación y eventualmente con los referidos en la sentencia condenatoria. Ver VVAA; Litigación Estratégica en el Nuevo Proceso penal; Lexis Nexis; Santiago; año 2008; p.57-58. En igual sentido González Postigo, Leonel; Ob. Cit.; p. 128, señala que esa base fáctica sobre la cual deberán construir su estrategia de defensa y cualquier variación o aparición de hechos nuevos exigirá que la acusación vuelva a formalizar la investigación en el marco de una audiencia, a través de lo que comúnmente se conoce como una “re- formalización”, es decir, un ajuste a la primitiva formalización dentro de la misma causa.

121 VVAA; El Modelo Aduersarial en Chile; Ob. Cit.; p.133.

#### d. Control de las medidas cautelares personales<sup>122</sup>

Corresponde a los jueces de control de la investigación, conocer y resolver de los debates que se promuevan con el propósito de decretar, modificar o sustituir, o dejar sin efecto una medida cautelar de carácter personal, esto es una de aquellas medidas que significan afectación de la libertad ambulatoria de un ciudadano, y que abarcan un catálogo que va desde la más severa y atentatoria de la libertad ambulatoria como es la prisión preventiva, a otras de menor intensidad<sup>123</sup>, todo ello en el marco de un proceso penal en que el principio de inocencia en su variante de regla de trato, impone un nuevo paradigma, cual es la posibilidad de que un sujeto enfrente el proceso penal en libertad, y que de ser necesaria la afectación de su libertad ambulatoria ella debe ser excepcional y con un estricto cumplimiento del principio de proporcionalidad, que hace que la prisión preventiva deba ser utilizada con carácter excepcional<sup>124</sup>.

Corresponderá al juez de control dirigir y gestionar esta audiencia, utilizando sus facultades de dirección y disciplina, sin perder de vista que su objetivo no es la realización de un ante o mini juicio, destinado a discutir la responsabilidad penal del imputado, pues esa temática es propia de juicio oral. La audiencia de medidas cautelares personales tiene por finalidad determinar si en el caso concreto y respecto del imputado en la misma corresponde o no decretar una afectación de su libertad ambulatoria con el propósito de cautelar o asegurar una necesidad de procedimiento, como asegurar la realización de una investigación efectiva o la asegurar la realización del juicio oral<sup>125</sup>.

Se trata de una de las audiencias dónde se espera una mayor proactividad del juez<sup>126</sup> en la organización del debate, solicitando que las partes se refieran por separado y de manera fundada y con alusión argumentativa a los antecedentes de la investigación respecto del denominado supuesto material, esto es los antecedentes que establecen el hecho punible y la participación culpable del imputado; y luego que se plantee con claridad la o las necesidades de cautela o riesgos procesales invocados para justificar la afectación de la libertad ambulatoria del imputado<sup>127 128</sup>.

122 Recomendamos ver sobre el tema: *Ibidem*; pp. 137- 157.

123 Art. 287 del C.P.P.

124 *Ibidem*; p. 230, la prisión preventiva está prevista como una medida excepcional que solo se impondrá en la medida que se cumplan sus requisitos y en tanto las demás medidas cautelares sea insuficientes para cumplir los fines de procedimiento.

125 En igual sentido, González Postigo; Leonel; Ob. Cit.; p. 138.

126 VVAA; El Modelo Adversarial en Chile; Ob. Cit.; p. 231, donde se alude a que la justificación del estándar de procedencia de una medida cautelar personal, debe ser exigido por el juez, independientemente de la actitud de la defensa, que podría en ciertos casos allanarse a la medida solicitada por el Ministerio Público, en tal evento señala el autor lo que corresponde es que el juez verifique personalmente la concurrencia de los elementos que comprueban la existencia del supuesto material y de la necesidad de cautela.

127 No debe olvidarse que la jurisprudencia uniforme de la Corte Interamericana de justicia ha establecido que sólo son fundamentos válidos de invocar como justificativos de la necesidad de cautela, aquellos que tenga una finalidad procesal, como la obstaculización de la investigación, la protección de la víctima o el peligro de fuga. Recomendamos sobre el punto ver Hadwa Issa, Marcelo; La prisión preventiva y otras medidas cautelares personales; Editorial Jurídica de Chile; Santiago, año 2015.

128 Arts. 268 y siguientes del C.P.P.

Juegan aquí un rol preponderante para la gestión de la audiencia, los traslados dirigidos del juez a las partes y la toma de notas por el juzgado para luego resolver fundamentamente<sup>129</sup>.

No debe olvidarse que la facultad de solicitar las medidas cautelares personales corresponde al Ministerio Público, lo mismo ocurre con la medida cautelar específica que solicite, así entonces no corresponde una actividad oficiosa del juez más allá de lo solicitado expresamente por el Ministerio Público, como ocurriría: si frente a una solicitud del Ministerio Público de una cautelar menos intensa a la prisión preventiva el juez decretara la aplicación de una medida cautelar más gravosa que la solicitada o la prisión preventiva,<sup>130</sup> o que en el caso que el Ministerio Público no formule petición cautelar alguna, el juez decreta alguna<sup>131</sup> o promueva o induzca su solicitud por el Ministerio Público<sup>132</sup>.

En definitiva, el debate sobre las medidas cautelares y su objeto queda definido por la solicitud formulada por el Ministerio Público y lo debatido en la audiencia por los demás intervinientes. Por ejemplo, el caso en que, frente a una solicitud de prisión preventiva del Ministerio Público, la defensa plantee que la necesidad de cautela invocada se satisface con una de menor intensidad que propone expresamente en la audiencia, el juez en tal evento podrá resolver sobre cualquiera de las cautelares personales, que fueron debatidas en la audiencia.

#### **e. Control del plazo de investigación**

De ordinario, una vez formalizada la investigación comienza a correr un plazo legal para que la persecución penal proceda a cerrar la investigación y decidir si avanza o no hacia el juicio oral, deduciendo por escrito su acusación. Al juez le corresponde cautelar si el referido plazo legal es proporcional y ajustado a las características del caso en particular, y de no ser así puede determinar su reducción, mediante la fijación de un plazo judicial para la investigación<sup>133</sup>.

129 González Postigo; Leonel; Ob. Cit.; p. 139 señala que quien conduce la audiencia debe contar con método de recojo de la información que facilite la dirección del debate y la toma de decisiones.

130 En VVAA; EL Modelo Adversarial en Chile; Ob. Cit.; p. 231 se expresa, que, en aplicación de la lógica contradictoria, el juez no puede imponer una medida cautelar más gravosa que la solicitada por el Ministerio Público o el querellante en su caso.

131 Hipótesis de difícil ocurrencia, pues no solo por ser improcedente, sino también porque el juez carecería de antecedentes para fundamentar su resolución.

132 Que puede obedecer a criterios o fundamentos no necesariamente conocidos por el tribunal, como negociaciones o acuerdos con un imputado que favorezcan la efectividad de la persecución penal u otros objetivos político-criminales del Ministerio Público.

133 González Postigo; Leonel; Ob. Cit.; p. 137, señala que quien conduzca la audiencia deberá considerar un conjunto de criterios para determinar el plazo judicial: la existencia de una flagrancia, las diligencias pendientes, la existencia de medidas cautelares personales, la posible pérdida de evidencia, la latencia de los organismos auxiliares de la persecución y el tiempo de producción de las pericias.

## f. Mecanismo de cautela de los derechos de las víctimas

Corresponde al Juez de control verificar en la audiencia, que se han cumplido los derechos de información establecidos en favor de las víctimas, como también su “derecho a ser oído” en sede judicial<sup>134</sup>, frente a decisiones del fiscal que puedan significar el término anticipado de la causa o en aquellos casos en que se requiere de su voluntad libre e informada para que el juez acceda a una salida alternativa al proceso penal<sup>135</sup>.

Particular importancia presenta, en la práctica cotidiana del sistema, que el juez antes de iniciar una audiencia a la cual tenía derecho a asistir y participar la víctima, verifique que efectivamente fue citada y notificada al efecto, no siendo suficiente simplemente constatar que no se encuentra presente en la sala de audiencia; otra situación de ordinaria ocurrencia se refiere a que el juez antes de aprobar acuerdos de término anticipado de una causa en que estén involucradas acciones o prestaciones en favor o consideración de la víctima, verifique por un lado que ellas puedan ser razonablemente cumplidas y que se contemplen los mecanismos de control de las mismas, para así facilitar la solicitud de tutela judicial en caso de incumplimiento.

## V. Promoción y resolución de formas o procedimientos alternativos de resolución del conflicto penal

Consideramos que un juez no compromete su imparcialidad, cuando en el desarrollo de las audiencias previas al juicio, indaga con los litigantes o los intervinientes directamente, sobre si han discutido o visualizan la posibilidad de una terminación anticipada del conflicto penal que satisfaga los intereses de la víctima y del imputado, no sólo los intereses de la persecución penal.

Todas estas formas de término anticipado al proceso penal, suponen que quienes lo acuerdan lo hacen de manera libre e informada. Al juez le corresponde verificar ese consentimiento libre e informado, en particular el del imputado, quien al acceder a una salida de esta naturaleza debe saber que está renunciando a su derecho a un juicio oral, donde podría refutar la tesis fiscal o plantear una propia, pudiendo en consecuencia ser absuelto<sup>136</sup>. El juez debe verificar, en la audiencia, mediante una comunicación directa con el imputado, que su consentimiento lo presta de manera libre; debidamente informado de las consecuencias del mismo, entre ellas de su renuncia al juicio oral y la posibilidad de presentar prueba<sup>137</sup>; y que no ha

134 En la mayoría de las legislaciones el derecho de la víctima es precisamente a ser oído, no posee un derecho a veto de propuestas o decisiones de la fiscalía tendientes a poner término anticipado al proceso penal, será el juez el que en definitiva resolverá sobre esas proposiciones del Ministerio Público.

135 En Alliaud, Alejandra M; Ob. Cit.; p.135, se hace referencia a la declaración de la ONU de mil novecientos ochenta y cinco, sobre principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, que señala que se establecerán y reforzarán, cuando fuere necesario, mecanismos judiciales y administrativos que permitan a las víctimas obtener reparación mediante procedimientos oficiales u oficiosos que sea expeditos, justos, poco costosos y accesibles.

136 Para un ejemplo de que preguntas debiera hacer el juez, en un procedimiento abreviado, recomendamos ver VVAA; el Procedimiento Abreviado; editores del Puerto, Buenos Aires, año 2005; p. 459.

137 Lorenzo, Leticia; Ob. Cit.; p. 177, propone como forma de constatar que el imputado sabe cuáles son los derechos

sido objeto de presión indebida alguna, sea de la persecución penal o de su propio defensor<sup>138</sup>.

La función del juez de cautelar el derecho de información del imputado señala un autor, no supone alterar las reglas del sistema adversarial, en tanto no significa instruirle sobre una solución específica, decisión que le corresponde al enjuiciado. Solo dice relación con asegurarse que tenga la información necesaria para adoptar la decisión que corresponde<sup>139</sup>.

## VI. Preparar el Juicio oral

En el evento el desarrollo del caso durante la etapa investigativa o preparatoria nos lleve, sea por decisión fiscal o por falta de disposición de la defensa y el imputado, de adoptar una salida anticipada al proceso penal, a que la causa será conocida y resuelta en juicio oral, al juez de control le corresponde una labor prioritaria en la preparación de ese futuro juicio oral<sup>140</sup>.

En efecto corresponderá al juez en el ejercicio de su función cautelar, sea a petición expresa de las partes, o de oficio, si se aprecian de manera evidente de los antecedentes ventilados en la audiencia, proceder, entre otras cosas, a:

### a. Controlar formalmente la acusación deducida por el Ministerio Público

Corresponde al Juez de control de la etapa investigativa, efectuar el control formal del escrito de acusación presentado por el Ministerio Público a fin de verificar si el mismo cumple con los requisitos legales<sup>141</sup> y si presenta o no vicios de carácter formal, que hubieren sido observados por los demás sujetos procesales, solicitando su corrección. Los mismos debieran en principio ser resueltos en la misma audiencia preliminar, y si ello no fuere posible se devolverá la acusación al fiscal concediéndosele un plazo de cinco días para corregirla<sup>142</sup>.

---

a los que está renunciando y cuál es la responsabilidad que está asumiendo, es solicitarte que lo explique en sus propias palabras.

138 En igual sentido VVAA; EL Modelo Adversarial en Chile; Ob. Cit.; p. 236.

139 Ibidem; p. 237.

140 Esta audiencia como refiere Gonzales Postigo, Leonel; Ob. Cit.; pp157 y 158, tiene básicamente una triple finalidad: a.- para hacer un uso racional de los recursos y mejorar la eficiencia judicial. Diríamos nosotros delimitar el objeto del juicio habiéndose descartado otro mecanismo de resolución del conflicto; b.-Para centrar el debate y aumentar la calidad de la información en juicio oral. Que se traduce diríamos nosotros, en un control básicamente, de toda la actividad investigativa fiscal, que se caracteriza por ser preparatoria y no probatoria, lo que obliga a realizar aquí un filtro sobre los ofrecimientos de prueba que se hagan por las partes en general. El juicio debe centrarse no en la admisibilidad de las evidencias sino en su credibilidad. Este filtro en especial debe operar respecto de los ofrecimientos de prueba del Ministerio Público, a fin de evitar el ingreso al juicio de la denominada Prueba Ilícita; C.- Para dar mayor asertividad a las decisiones, evitando condenas o inocentes y absoluciones de culpables. De lo que se trata es de evitar factores de error judicial y sus causas, algunas de ellas vinculadas a un tratamiento laxo de los debates de admisibilidad probatoria. Sobre este punto recomendamos ver el artículo de Mauricio Duce, en VVAA; EL Modelo Adversarial en Chile; Ob. Cit.; 1-65.

141 El artículo 349 número 1, del CPP, señala los requisitos que debe contener la acusación.

142 Ver artículos 349, 350 número 1, letra a; 352 número 2 del C.P.P.

## **b. Verificar la debida congruencia<sup>143</sup> que debe existir entre la acusación y la formalización de la investigación<sup>144</sup>**

Es importante recalcar que el control del tribunal debe referirse a los hechos, personas y circunstancias esenciales del caso. No se trata de una correspondencia literal del contenido de la imputación manifestada en la formalización de la investigación y los hechos contenidos en la acusación. El objetivo de este control es de evitar una infracción del “principio de prohibición de sorpresa”, esto es que en la acusación la defensa tome conocimiento de hechos que se le imputan de los cuales no había tenido noticia hasta ese momento<sup>145</sup>. Si es posible que, entre la formalización de la investigación y la acusación, se produzca un cambio en la calificación jurídica que el ente persecutor haga de los hechos contenidos en la acusación<sup>146</sup>.

## **c. Controlar el descubrimiento de prueba y pronunciarse sobre la admisibilidad de la evidencia ofrecida, por las partes, para ser producida o actuada en el juicio oral<sup>147</sup>**

A fin de cautelar el derecho a una defensa informada y el establecimiento de las condiciones para la realización de un juicio legítimo, el juez debe abocarse a la tarea de verificar que se haya generado correctamente el descubrimiento probatorio por parte de los intervinientes y que los ofrecimientos probatorios de las partes sean admisibles<sup>148</sup>.

Una primera cuestión de interés para garantizar un juicio oral efectivo es que haya operado correctamente el ofrecimiento de prueba de los sujetos procesales, efectuada por escrito<sup>149</sup> de manera previa a la audiencia<sup>150</sup>.

La segunda cuestión de interés es el pronunciamiento del juez sobre los ofrecimientos de prueba efectuados por las partes, declarando su admisibilidad o inadmisibilidad para el juicio. Estos pronunciamientos serán gatillados por regla general a solicitud de las partes, sin embargo, particularmente a propósito de la exclusión de la

143 Hablamos del principio de congruencia o por otros referido como deber de correspondencia. El principio de congruencia tiene una doble manifestación en el proceso penal, en primer lugar, entre la formalización y la acusación; y luego, en segundo lugar, entre la acusación y el contenido de la sentencia condenatoria que eventualmente se pronuncie.

144 Artículo 349 número 2 del C.P.P., señala que la acusación sólo puede referirse a hechos y personas incluidos en la disposición de formalización de la investigación preparatoria, aunque se efectuare una distinta calificación jurídica.

145 El Juez está cautelando, en definitiva, el derecho a una defensa informada y la posibilidad de refutar esa imputación, contando con el tiempo y posibilidades reales de hacerlo.

146 En igual sentido en VVAA; El modelo adversarial en Chile; Ob. Cit.; p. 238, donde se señala que en los casos límites el parámetro del juez debe ser la afectación o no del derecho a defensa, esto es, si la modificación de hechos afecta de manera concreta a la defensa.

147 A la base de estos ofrecimientos encontramos el denominado descubrimiento probatorio o “Discovery”, cuya finalidad juzgamientos sorpresivos y garantizar la igualdad de las partes. Sobre el punto y su extensión ver Alliaud, Alejandra M; Ob. Cit.; pp. 160- 164.

148 En igual sentido VVAA; El Modelo Adversarial en Chile; pp. 238 y 239.

149 Artículos 349 y 350 del C.P.P.

150 En la legislación comparada latinoamericana, es usual distinguir entre los ofrecimientos de prueba de la Fiscalía, querellantes o actores civiles y la defensa del acusado; los primeros deben hacer sus ofrecimientos por escrito de forma previa a la audiencia preparatoria, y la defensa puede efectuarlos por escrito antes de la audiencia, o como ocurre en la práctica habitual, de manera verbal en la misma audiencia preparatoria.

denominada prueba ilícita, la exclusión puede ser efectuada de oficio por el juez en el ejercicio de su función cautelar<sup>151</sup>.

El punto de partida que debe tener el juez de la audiencia preparatoria para enfrentar estos debates, siempre debe ser el principio de admisibilidad probatoria, esto es que, por regla general, los ofrecimientos de las partes deben ser admitidos, conforme al principio de libertad probatoria que impera en los sistemas acusatorios adversariales.

Los debates sobre la admisibilidad probatoria de la prueba ofrecida<sup>152</sup>, pueden tener su fundamento, sea en la protección de valores y principios propios del juicio oral, como son los principios de continuidad y concentración de la audiencia como expresión de una garantía del derecho a ser juzgado en un plazo razonable y la intermediación del juzgador, lo que habilitaría a un juez para excluir por razones de impertinencia manifiesta<sup>153 154</sup>; sobreabundancia<sup>155</sup>, recaer sobre hechos públicos y notorios; o en razones extrínsecas al proceso penal, como la preservación de ciertos valores o ideas que son considerados valiosos y de interés para la sociedad<sup>156</sup>, y que habilitan al tribunal para excluir aquellas evidencias que se hubieren obtenido con vulneración de garantías constitucionales<sup>157</sup>.

Consideramos esencial la labor de los tribunales que conozcan del caso y los tribunales superiores, en el sentido de establecer con claridad el punto de partida o fundamentos desde el cual abordarán y resolverán los debates sobre prueba ilícita, de manera de orientar con claridad los planteamientos y argumentaciones de las partes sobre la materia. En efecto sin perjuicio de que se considera en general que no hay un fundamento único para basar la regla de exclusión probatoria, existen diferencias en su aplicación, si ello se hace a modo ejemplar, desde una perspectiva ética o de integridad judicial, o desde un fundamento pragmático de disuasión de las malas prácticas policiales<sup>158</sup>.

151 Alliaud, Alejandra M; Ob. Cit.; p. 159, justifica la mayor proactividad del juez en este estadio procesal, en el hecho que será otro tribunal el que intervendrá en la etapa de juicio.

152 Ver Artículos VIII, 155, en especial el número 2; 156 número 2 parte final referido a lo notorio; 157 número 3; 159; 352 número 5; 373 número 2.

153 La Impertinencia de la prueba ofrecida debe ser manifiesta, por lo que, si el punto no es claro, debe ser admitida, con forme a la regla general que supone la admisibilidad de los ofrecimientos probatorios. VVAA; El modelo Adversarial en Chile; Ob. Cit.; pp. 147.

154 La impertinencia de la prueba ofrecida puede no sólo ser apreciada desde un punto de vista tradicional, como es la impertinencia lógica de la prueba, sino también desde un punto de vista procesal o legal, como sostenemos en Ibidem; 137-143.

155 Se refiere a prueba testimonial, documental o pericial ofrecida en número que resulta excesivo por estar destinada a acreditar unos mismos hechos. Se trata más que de un criterio de exclusión probatoria, de uno de reducción probatoria, pues no se impide presentar prueba sobre los hechos, sino que ella debe ser inferior a la ofrecida.

156 Aquí encontramos los diversos fundamentos de la Exclusión probatoria por ilicitud, como son la integridad o ética judicial, o la disuasión de las malas prácticas policiales. Sobre el particular recomendamos ver: Hernández Basualto, Héctor; La exclusión de la Prueba ilícita en el nuevo proceso penal chileno; Santiago; gráfica Issa, año 2005; y Talavera Elguera, Pablo; La Prueba en el nuevo proceso penal, manual del derecho probatorio y de la valoración de las pruebas; Academia de la Magistratura; Editorial Ebra eirl; Lima; 2009.

157 En una situación intermedia queda la denominada prueba ilegal, que también puede generar un debate de exclusión probatoria, por haberse infringido una regla legal referida a la concesión de órdenes o autorizaciones judiciales. Ver en el C.P.P. los artículos VI; las reglas de nulidad procesal; se ha entendido como prueba ilegal aquella en la que en su obtención o práctica se incumplen los requisitos legales para su procedencia o ejecución. Ella supone una infracción de un requisito o formalidad esencial.

158 Por ejemplo, en la extensión de la aplicación de la regla de excepción a la exclusión probatoria conocida como la buena fe o buena fe del agente, o el contexto en que puede operar la exclusión sólo para el juicio oral, o también

Resulta relevante señalar algo aquí, sobre los ofrecimientos de prueba de las defensas y el juicio de pertinencia de las mismas, en efecto, existe una práctica muy acendrada en los defensores, de entender que no tienen en caso alguno el deber de explicitar su teoría del caso<sup>159</sup>, creemos que ello es un error, que no hace un distingo esencial, para resolver correctamente esta temática: El tipo de defensa que será planteada en juicio por el defensor<sup>160</sup>. Tal postura puede resultar razonable cuando los ofrecimientos de prueba de la defensa son fundamentalmente de refutación, propios en general de una defensa pasiva o negativa<sup>161</sup>, pues en tal evento la pertinencia lógica de las pruebas ofrecidas puede ser resuelto adecuadamente por el juzgador usando como referencia la acusación fiscal; sin embargo, la situación cambia drásticamente cuando la defensa es de carácter activa o positiva, esto es que en ella se sostiene un relato alternativo, distinto al planteado en la acusación, lo que exigiría para el juicio de pertinencia de la prueba ofrecida por la defensa para justificar ese relato alternativo, que el juez conozca la teoría del caso del Defensor, no necesariamente la integridad del relato fáctico que ella representa, pero si los hechos indispensables para que el juzgador pueda resolver correctamente la pertinencia de la prueba ofrecida<sup>162 163</sup>.

La idea que está detrás de los debates referido a la exclusión de la prueba ilícita, es que no ha parecido suficiente establecer, de manera más o menos inequívoca, que el tribunal de juicio oral no puede valorar dicho material probatorio, sino que se ha procurado que sencillamente no llegue a tener conocimiento de su existencia<sup>164</sup>. Así entonces, los debates sobre ilicitud probatoria y su exclusión, son propios y naturales de la etapa preparatoria como una forma de depuración de la prueba que podrá producirse o actuarse en juicio oral, sin perjuicio de ello es posible sostener que, de forma previa a esta etapa procesal, debieran ser admisibles los debates sobre inutilizabilidad, en especial a propósito de los debates de medidas cautelares personales<sup>165</sup>.

## VII. Otras consideraciones relevantes

### i. La coordinación interinstitucional para la realización de audiencias preliminares efectivas

Se trata de promover y establecer buenas prácticas entre los operadores del sistema de enjuiciamiento criminal<sup>166</sup> a través de reuniones y acuerdos de coordinación interinstitucional, donde la labor del poder judicial y de los jueces es primordial para

---

durante la etapa investigativa a través de la institución de la inutilizabilidad.

159 Específicamente la base fáctica de la misma, o relato.

160 Alliaud, Alejandra M; ob. Cit.; p. 160, plantea la necesidad del juez de conocer cuál es la teoría fáctica (versión de los hechos) de la parte que ofrece la prueba, para juzgar la pertinencia directa o indirecta del elemento probatorio.

161 Sobre los tipos de defensa ver Moreno Holman, Leonardo; Teoría del caso; Ob. Cit., pp. 56-59.

162 Así los sostenemos en VVAA; El Modelo Adversarial en Chile; ob. Cit.; pp. 144-147.

163 Alliaud, Alejandra M; ob. Cit.; 167. da otra razón para que las partes al menos brevemente expongan su teoría del caso, cual es la posibilidad que el juez puede apreciar la pertinencia o no de un acuerdo probatorio, o derechamente proponer a las partes alguno.

164 VVAA; El modelo Adversarial en Chile; ob. Cit.; p. 135.

165 Recomendamos ver sobre inutilizabilidad, Ibidem; p. 136; y el artículo del Juez de Garantía, Gallardo Frías, Eduardo; La inutilizabilidad; Instituto de Estudios judiciales, Santiago; año 2007.

166 Ministerio Público; Defensa Pública; poder Judicial, Policias, servicios penitenciarios, entre otros.

generar las mejores condiciones para el desarrollo de las audiencias preliminares<sup>167</sup>, en particular las de control de legalidad de la detención o de debate de medidas cautelares. Una breve revisión de lo que esta coordinación implica en materia de controles de detención, lleva a considerar, entre otros elementos, los siguientes: 1. Cómo se comunica y qué información debe contener la lista de personas detenidas que debe informar la Fiscalía al tribunal. 2. Formas y horarios de traslado de las personas detenidas a las dependencias del tribunal. 3. Horarios y condiciones en que la defensa se entrevistará con la persona detenida. 4. Acceso previo de la carpeta de investigación digitalizada para la defensa. 5. Coordinación del Poder Judicial con las policías y Gendarmería. La misma guía promueve la digitalización de la carpeta investigativa fiscal para favorecer el acceso oportuno de la misma a la defensa; o contar con un listado de instituciones que hagan posible el cumplimiento y seguimientos de las suspensiones condicionales del procedimiento<sup>168</sup>.

## ii. El control de convencionalidad<sup>169</sup>

Se trata de una temática que por su complejidad e importancia excede con mucho el propósito de este artículo, pero no podemos dejar de mencionar como una manifestación relevante de la función cautelar de un juez, la consideración del control de convencionalidad que debe ser realizado por todas las autoridades de aquellos estados que han suscrito la Convención Americana de Derechos Humanos, respecto de las normas o reglas legales contenidas en su legislación nacional y las materias reguladas en la Convención, lo que implica tener en consideración por los jueces de la etapa preparatoria, en la esfera de su competencia penal, no solo respecto del contenido específico de este tratado internacional, sino también b la interpretación que del mismo ha llevado adelante con sus pronunciamientos la Corte Interamericana de Justicia. Con base en el control de convencionalidad, es necesario que las interpretaciones judiciales y las diversas garantías judiciales se apliquen adecuándose a los principios establecido en la jurisprudencia de la Corte Interamericana<sup>170</sup>.

167 Por ejemplo, establecer bloques horarios para la realización de determinadas categorías de audiencias, como ocurre en otros países con bloques para los controles de detención.

168 Propuestas contenidas en la Guía de Apoyo Conducción de la Primera Audiencia del Proceso Penal, elaborada por la Academia Judicial de Chile.

169 Obligación que deriva de lo establecido en el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. "Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados parte se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades".

170 Mencionemos sólo a modo ejemplar, los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, respecto de las privaciones de libertad sin previa orden judicial, como la flagrancia, o los claros pronunciamientos sobre los fundamentos o necesidades de cautela que se consideran legítimas para decretar una medida cautelar personal como la prisión preventiva., el impacto que han de tener en la aplicación.

## LINEAMIENTOS PRÁCTICOS PARA JUECES Y JUEZAS EN LA CONDUCCIÓN DE LAS AUDIENCIAS PREVIAS AL JUICIO

**Leonel González Postigo<sup>171</sup> (Argentina)**

### I. Introducción

En la primera etapa de los procesos de reforma a la justicia penal en América Latina se priorizó la producción de materiales y la entrega de formación en materia de litigación en juicios orales. Esta fue una estrategia que permitió mostrar la nueva cara del sistema de justicia penal y exponer que se trataba de un cambio de paradigma respecto al modelo escrito y poco transparente que se estaba abandonando. En una segunda etapa, los esfuerzos se concentraron en la litigación en las audiencias preliminares, dado que se advirtió que allí se resolvían la mayor cantidad de casos que ingresaban al proceso.

Ahora bien, luego de treinta años desde la entrada en vigencia de los procesos acusatorios y adversariales, lo cierto es que se vuelve necesario concentrarnos en la posición del juez y la jueza en sus roles de conductores de las audiencias previas al juicio. Es decir, generar reglas propias que les permitan fortalecer su labor de directores de estas audiencias y en consecuencia aportar a la toma de decisiones de mejor calidad.

En el caso de Perú, en el mes de junio del 2021 se ha completado la implementación del Código Procesal Penal (Decreto Legislativo N° 957), que empezó a aplicarse de un modo progresivo a partir de julio del 2006. Se ha tratado de una entrada en vigencia paulatina que pretendió aprender de las lecciones aprendidas en la región como así también de avanzar de un modo incremental en donde los últimos distritos judiciales pudiesen observar los aprendizajes de aquellos que habían aplicado el Código tempranamente.

El objetivo de este texto consiste en dar cuenta de un conjunto de lineamientos muy prácticos orientados a los jueces y las juezas que intervienen en las audiencias previas al juicio en el sistema de justicia penal peruano. Se pretende otorgar ideas y nociones concretas que sirvan como una caja de herramientas al momento de conducir y tomar decisiones en las audiencias previas. Se trata de un área específica que no se ha explorado con profundidad y es por ello que este artículo pretende aportar en su debate, pero sobre todo en la construcción de reglas de actuación concretas.

---

171 Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado (Chile); y Director de Capacitación del Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA). Doctorando en Derecho por la Universidad de Buenos Aires (Argentina) y Master en Derecho Penal y Procesal Penal por la Universidad de York (Canadá).

## II. Diez reglas prácticas para la conducción de las audiencias previas al juicio<sup>172</sup>

### 1. Planificar la audiencia

La lógica del sistema adversarial hace que las audiencias sean la única instancia en la cual los jueces y las juezas de garantías conozcan el fundamento de las solicitudes. Por lo mismo, es muy importante que realicen una proyección de qué puede suceder en la audiencia al considerar la información de la que disponen previamente: quiénes son las partes, de qué tipo de caso se trata, cuáles son los antecedentes en este tipo de casos desde las decisiones jurisdiccionales a escala nacional e interamericano, qué puede llegar a plantearse y cuáles son los posibles caminos de resolución.

Así como se ha afirmado que quienes litigan no pueden improvisar su caso y que cada planteo que realicen debe circunscribirse a una estrategia o hipótesis que los contenga, quienes juzgan tampoco pueden improvisar la conducción de una audiencia y la toma de una decisión<sup>173</sup>. Ahora bien, esto no implica adoptar una resolución de forma anticipada a su realización, sino de analizar el margen de predictibilidad y proyectar los distintos escenarios que pueden darse en ella. Es deseable haber hecho un trabajo de reflexión previa sobre los posibles caminos a adoptar, que postergar las audiencias o decisiones para ordenar esos pensamientos. Más aún en el caso de las audiencias preliminares que, a diferencia del juicio oral, son mucho más numerosas.

La planificación de la audiencia no se agota en esta tarea previa, sino que también debe producirse en su desarrollo. Es muy relevante que quien la conduzca asuma una función pedagógica y ordenadora de los momentos de discusión. Es decir, que explicita las etapas que tendrá y el tipo de debate específico que debe darse en cada una de ellas. A su vez, debe dejar en claro que se trata de etapas progresivas, esto es, que solo se habilita la siguiente en tanto la anterior se haya acreditado.

Veamos un ejemplo: la audiencia de medidas cautelares. Si la acusación está planteando la existencia de un peligro procesal, ¿tiene sentido que a su vez solicite una prisión preventiva de 6 meses de duración? Como juez o jueza, se debería adoptar un rol muy activo en limitar el tipo de información y planteos que realizan las partes, en este supuesto el acusador, y exigir que se centren en el debate concreto que interesa dar. En este caso, requerir que exista un riesgo para el proceso y una vez acreditado habilitar la siguiente instancia: el tipo de medida y su tiempo de duración.

Un posible modelo de trabajo estaría dado por el siguiente ejemplo:

“Buenos días, damos comienzo a esta audiencia solicitada por la fiscalía a los efectos de plantear una formalización de la investigación y una medida cautelar. Se encuentran presentes, por la fiscalía, el fiscal Pablo Pérez, por la defensa, la defensora Juana González y su defendido el señor José Palomo.

172 Este capítulo está basado en la parte IV del libro: González Postigo, Leonel: *Jueces y juezas de garantías en la litigación penal*, Didot, Buenos Aires, 2021.

173 Quirós, Jenny, *Manual de oralidad para jueces y juezas durante las fases previas al debate*, CONAMAJ, San José, Costa Rica, 2006, p. 71.

Quiero resaltar que la audiencia se estructura en cuatro momentos: en primer lugar, el representante del Ministerio Público va a formalizar la investigación; una vez concluida, abriremos el debate sobre la petición de la medida cautelar y el fiscal deberá acreditar el supuesto material; seguidamente, configurar el supuesto procesal y luego deberá justificar el tiempo de duración de la medida y su modalidad de seguimiento y control, en caso de que se imponga alguna.

Les solicito que en cada uno de estos momentos se circunscriban al tipo de debate y se refieran exclusivamente al punto, sin adelantarse ni aludir a solicitudes que correspondan a otro momento”.

Esta dinámica adquiere especial importancia en audiencias muy contradictorias, como las de medidas cautelares o de control del mérito de la acusación, en las cuales se genera una diversidad de debates y solicitudes que le exigen al juez o jueza que estructure y segmente esas discusiones. A su vez, esta propuesta de trabajo es muy recomendable en aquellos países o provincias/estados en donde la implementación del sistema adversarial o la figura de la judicatura de garantías se encuentren en etapas iniciales. Se trata de un método que permitiría clarificar el sentido y objetivo de cada audiencia y convertirse en un ejercicio de carácter pedagógico hacia las partes.

Por último, es relevante mencionar que la estructuración de las discusiones favorece la producción de información de calidad y, en efecto, la toma de mejores decisiones. Si como juez o jueza plantean un debate específico en cada etapa de la audiencia, será mucho más sencillo extraer la información necesaria para resolver.

## 2. Dirigirse al imputado y la víctima

Una de las principales ventajas prácticas de la oralidad reside en la humanización y personificación de los conflictos en hombres y mujeres, personas acusadas y víctimas, que concurren al sistema de administración de justicia penal en búsqueda de ser oídos y de solicitar una solución judicial. La audiencia oral, entonces, será el único punto de contacto entre estos y el juzgador.

Sobre este punto, se ha sostenido que “al oír al sindicado el juez conoce a quien juzga, lo que no sucede en las decisiones escritas, en donde desconoce a la persona que se juzga y, en la mayoría de los casos, las resoluciones son respuesta de los simbolismos y prejuicios que el juez se forma de quien no conoce pero debe juzgar; además, al ser oído el sindicado conoce a quien le juzga, algo importante para legitimar la decisión y darle importancia a la decisión que se toma en torno del imputado”<sup>174</sup>. La audiencia oral se convierte así en un espacio de resignificación del conflicto en donde el juez o la jueza no solo toman conocimiento de este, sino que además tienen la posibilidad de entender el entorno en el cual se ha dado y el contexto social de sus protagonistas.

174 Juárez, Erick, *Las judicaturas gerenciales. Una perspectiva desde los derechos humanos*, disponible en: [www.cejamerica.org](http://www.cejamerica.org).

Por ello, es importante que quienes dirijan la audiencia adopten un rol activo en la comunicación directa con la víctima y la persona acusada, en al menos tres dimensiones puntuales: explicar lo que ocurrirá en la audiencia y quién es quién en ella; permitir que se expresen en caso de que deseen aportar información o simplemente sostener su posición (“¡Soy inocente Sr. Juez, yo no estaba en ese lugar el día de los hechos!”); y comunicar la decisión de forma comprensible, asegurando que no existan confusiones o dudas y saldándolas inmediatamente en caso de que estas existan.

Esta dinámica puntual refuerza a su vez la noción de la audiencia como ritual de pacificación a la que alude Binder, quien sostiene que “no solo debemos ver a la audiencia oral desde sus funciones prácticas vinculadas al sistema de garantías. La administración de justicia cumple una función eminente en la pacificación de la sociedad”. Y agrega que “en la audiencia todo es distinto. Juan, el agresor, que ahora será acusado, se encuentra allí, en presencia de carne y hueso; la víctima, también con su lenguaje y perspectiva. Los funcionarios estatales no son una ‘firma’, sino una presencia real y la comunidad (afectada también por el conflicto) tienen la posibilidad de hacerse presente en la Sala<sup>175</sup>. Los jueces y las juezas de garantías serán los principales responsables de encauzar los debates y las argumentaciones hacia el conflicto primario (el daño o dolor de la víctima) al cual nos hemos referido al comienzo de este libro. Para ello, se espera que quien juzgue pueda entablar un diálogo específico con los titulares de ese conflicto, es decir, la víctima y la persona imputada.

Una práctica muy habitual en las audiencias preliminares es que jueces y juezas de garantías se refieran a la víctima o la persona imputada en tercera persona, como si estas no estuviesen presentes físicamente en la sala. O peor aún, sin mencionar su nombre y hacerlo simplemente bajo las categorías procesales de “la víctima” o “el o la acusada”. Esta es una forma contraria al sentido de la oralidad y los principios del sistema adversarial, pues el comúnmente llamado principio de desformalización no implica más que la desburocratización de los actos procesales y, en lo que aquí importa, allanar y dirigir la comunicación hacia las partes presentes en las audiencias.

### 3. Priorizar el debate sobre hechos

Las audiencias preliminares son argumentativas. Es decir, los y las litigantes construyen y presentan sus planteos sobre la base de la información que consta en sus legajos de investigación y quien juzga tiene a su cargo generar un control horizontal para corroborar su veracidad y credibilidad. No se requiere la producción o presentación física de la prueba, pues ello ocurre en la instancia del juicio oral.

Una práctica muy común es que los énfasis de los argumentos se pongan en categorías o elementos jurídicos (la calificación legal del delito) de carácter abstracto, en desmedro de los hechos.

175 Binder, Alberto, *La implementación de la nueva justicia penal adversarial*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2012, pp. 232-233.

Una de las reglas fundamentales de la oralidad argumentativa es que el debate se centre en los hechos del caso y son los y las juegas de garantías quienes deben proteger y asegurar esta regla de juego. Esto es central desde dos puntos de vista: desde el litigio y desde las garantías.

Lo es desde el litigio pues la claridad en los hechos permitirá una mejor construcción de la teoría del caso de las partes. Solo a partir de allí podrán identificar la norma legal en la cual se subsumen esos hechos y los elementos de prueba que precisarán para acreditar que estos han ocurrido realmente. Además, tal como venimos sosteniendo, esta claridad redundará en que el debate oral sea de mayor calidad y, en efecto, quien juzgue esté en condiciones de adoptar una mejor decisión.

Desde el ámbito de las garantías, Binder explica que “la primera condición del ejercicio del poder penal es que a una persona la condenen solamente por lo que ha hecho. El principio del ‘hecho’ o ‘principio de exterioridad’ que obliga a los jueces a determinar la existencia de un hecho para fundar una reacción penal es la base de todo el sistema de garantías porque a partir de allí se organiza todo el litigio y la producción de la prueba”<sup>176</sup>. Veamos esta idea con un ejemplo concreto.

El fiscal construye el supuesto material de la medida cautelar en los siguientes términos:

“Para dar cumplimiento al art. 140, numeral b del Código Procesal Penal, entendemos que se configura un supuesto de autoría del señor Gonzalo Pérez por el delito consumado de incendio, en tanto el día 11 de enero en la noche habría ingresado violentamente al edificio de la Municipalidad. Hay dos testimonios de policías que, mientras hacían guardia en el edificio, indican que observaron a la distancia que el señor Pérez tomó un conjunto de papeles, los prendió fuego y los echó sobre un escritorio de madera que se encontraba en el sector de atención al público. Tras ello, el imputado se escapó corriendo y amenazando a los dos policías, que no pudieron atraparlo, pues se quedaron en la Municipalidad intentando controlar el incendio, lo cual se logró una vez que llegaron los bomberos”.

Analicemos los fragmentos del relato que debiesen ser cuestionados por el juez o la jueza:

- *En la noche.* ¿En qué horario concreto ingresó el imputado a la Municipalidad? ¿A las 20 horas, cuando aún había algo de luz natural? ¿O a las 23 horas cuando ya estaba totalmente oscuro? Son dos posibilidades que nos llevan a escenarios distintos.
- *Violentemente.* ¿Cómo fue el ingreso a la Municipalidad? ¿Rompió un ventanal e ingresó por allí? ¿Lo hizo forzando alguna puerta lateral? ¿Trepó e ingresó por los techos del edificio? La respuesta a estas preguntas me situará

176 Binder, Alberto: *La implementación de la nueva justicia penal adversarial*, op. cit., p. 168.

en el espacio físico y esto será determinante para darle mayor o menor peso a los testimonios de los testigos presenciales.

- *A la distancia.* ¿Desde qué lugar y cuál era la distancia exacta desde la que observaron los policías que el imputado prendía fuego la mesa de madera? ¿Estaban dentro de la misma sala? ¿Había luz artificial? ¿O lo hicieron desde el exterior del edificio? Al considerar que son los dos únicos testigos que identificaron al imputado, será fundamental contar con esta precisión para analizar la autoría que la fiscalía le endilga al imputado.
- *Amenazando.* ¿Qué dijo concretamente el imputado? “Amenazar” es un término jurídico susceptible de diversas interpretaciones. Si el fiscal no le da un contenido cierto, es muy posible que quien juzgue lo rellene con información de baja calidad.

Esta descripción es insuficiente para conocer las acciones concretas que se están imputando. Claramente, hay información abstracta, como las nociones de “violencia” o “amenaza” que no pueden considerarse dentro del concepto de hecho. Por ello, quien conduzca la audiencia está autorizado a encauzar la presentación y exigir que se describa el hecho y no se refiera a meras categorías abstractas o adverbios de afirmación que arrojan información de baja calidad.

#### **4. Promover la contradicción. Ojo con el modelo de “traslados”**

Es sabido que la justicia penal es un campo de disputa entre las prácticas del sistema inquisitorial que se busca abandonar y las nuevas reglas del proceso adversarial que se busca implementar. En el ámbito específico de las audiencias preliminares, dinámicas que debiesen ser propias del nuevo modelo se reconvierten y transforman en lógicas del sistema anterior. Un caso concreto está dado por la comprensión práctica y desde el litigio del tradicional principio de contradicción.

Es muy común observar que las presentaciones de quienes litigan se realizan en bloque. Es decir, cada parte hace su alegación por separado y al cabo de ellas el juez o la jueza toma una decisión. Si bien esto se realiza en un entorno de oralidad y en una sala de audiencias, lo cierto es que no se produce una verdadera interacción entre los y las litigantes. A esto lo llamamos la ficción de contradicción, en tanto este principio se convierte en una mera dualidad de partes en donde cada una de ellas sostiene una postura distinta en el marco del proceso penal, pero sin que se interrelacionen. Esta forma de comprensión del principio puede encontrar asidero tanto en el modelo escrito, con el conocido sistema de traslado de los textos presentados por las partes, como en el proceso por audiencias, lo que permite la expresión oral de esas mismas presentaciones.

Ahora bien, la lógica de la adversarialidad y del litigio exige una nueva manera de entender este principio: la necesidad de promover discusiones específicas sobre las controversias del caso. Y para ello es esencial que quien conduzca la audiencia intervenga activamente y genere esa discusión. Recordemos lo enunciado en el

apartado sobre el sistema de garantías: los principales custodios de la oralidad son los jueces y las juezas y no hay oralidad frente a ellos y ellas si no hay un buen litigio. El rol del juez y la jueza es empujar una nueva tradición y no desconocer que todas las prácticas que impulsen se darán en el marco de una fuerte y sobreviviente tradición inquisitorial.

Se ha dicho que “los jueces deben asumir un rol importante en la dirección del debate, el que debe transformarse en un intercambio efectivo de información relevante entre los distintos involucrados y no en una sucesión de discursos formales de cada uno de ellos, discursos o ‘alegatos’ que no se hacen cargo de los puntos debatidos o que no lo entregan al juez elementos que le ayuden a decidir lo solicitado”<sup>177</sup>. Lo que se busca con esta dinámica es que el principio de contradicción permita que la audiencia se convierta en un espacio de argumentación y confrontación real, en donde el papel del juez o la jueza se centre en solicitar la explicación de aquellos puntos que no hayan sido claros o pedir que él o la litigante se manifieste sobre aquello que haya sido afirmado por la contraparte.

Además, todo esto debe darse en un marco de desformalización. Las audiencias preliminares debiesen ser instancias muy dinámicas en las cuales en todo momento se producen intercambios de puntos de vista, datos e información que el juez o la jueza puede corroborar con la contraparte. Es importante insistir en la idea de la audiencia como instancia de control horizontal entre las partes: si existe alguna duda respecto a una afirmación realizada por un litigante, el juez o la jueza debe generar un punto de discusión solicitando un pronunciamiento específico a la contraparte; solo de este modo se podrá depurar la información para tomar una decisión de alta calidad.

## 5. Tomar pequeñas decisiones. No dejar todo para el final

Las audiencias preliminares pueden adoptar una dinámica consensual o controvertida dependiendo del tipo de planteo que realicen las partes. Por ello, los jueces y las juezas de garantías podrán tomar todo tipo de decisiones, desde decretar la legalidad de una detención, aprobar una suspensión condicional del proceso, hasta autorizar la apertura de un juicio oral y público. En todos los supuestos, más aún en las audiencias controvertidas como las de medidas cautelares o control de la acusación, la sustanciación del debate atraviesa distintos momentos que exigen una posición del juzgador para saber si es posible avanzar hacia la siguiente etapa de la audiencia o si esta adopta una forma distinta a la inicial (por ejemplo, comienza como un debate de medida cautelar y se convierte en una discusión de salida alternativa porque las partes arriban a un acuerdo).

Tradicionalmente, la toma de decisión se ha concebido como un acto conclusivo de la audiencia. Es decir, como el último momento, en el cual el juez o la jueza comunican su resolución tras haber recibido toda la información que aportan las partes. Si bien esto es correcto, no debemos caer en la visión rígida en la cual el juez o la jueza “dejan todo para el final”. Sería deseable que, al término de cada momento de discusión o

177 Duce, Mauricio y Riego, Cristian, *Proceso penal*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, p. 238.

etapa de la audiencia, quien la conduzca vaya comunicando las pequeñas decisiones que va adoptando, para clausurar ese debate y avanzar hacia el siguiente.

Situémonos en la discusión de medidas cautelares. En el punto sobre planificación de la audiencia sugeríamos que este debate se estructure en cuatro grandes momentos. Por ejemplo, que solo se autorice la discusión sobre el supuesto procesal de la medida cautelar siempre y cuando la acusación haya acreditado la existencia de la materialidad. Será el juez o la jueza quien lo debe comunicar y, en efecto, habilitar la sustanciación de la siguiente instancia de la audiencia o modificar la forma de continuidad de esta. Si del debate de la materialidad resulta que el acusador no logra configurar un caso sólido para solicitar una medida de cautela, probablemente la defensa plantee la posibilidad de negociar un acuerdo y será el juez o la jueza quien deba tomar una decisión, comunicarla y, en consecuencia, encauzar el debate hacia la nueva forma que adquiere la audiencia.

Ahora bien, es importante aclarar que las pequeñas decisiones no reemplazan la resolución que debe comunicarse al finalizar la audiencia. De lo que se trata es de desarrollar una buena práctica que permite segmentar los momentos de discusión y evitar dejar para el final todo el trabajo de decidir. Esto se vuelve muy relevante en aquellas audiencias en donde se produce una gran cantidad de debates y es conveniente ir resolviendo los puntos uno a uno.

## 6. Hablar en lenguaje claro y comprensible. Evitar formalidades

El acceso a la justicia es un término utilizado con mucha frecuencia en el ámbito judicial. De hecho, se ha traducido en diversos programas de trabajo y cambios organizacionales que han redundado en instrumentos efectivos para la defensa de las personas en condición de vulnerabilidad. En lo que atañe a la labor jurisdiccional en las audiencias preliminares, es importante recordar la existencia y obligatoriedad que suponen las reglas de Brasilia relativas al acceso a la justicia, entre cuyas exigencias se encuentra la necesidad de comprensión de las actuaciones judiciales<sup>178</sup>.

Es muy usual que en la dinámica de las audiencias preliminares se empleen términos jurídicos crípticos que dificultan la comprensión por parte de los usuarios del sistema (“corro traslado”; “el encausado”; “la vindicta pública”, entre otros) o latinismos que en el mejor de los casos solo son conocidos por la comunidad jurídica. Una nueva justicia penal adversarial, marcada por la necesidad de humanizar el proceso, debiese asumir como un derecho fundamental de las partes y la sociedad en general, el comprender el lenguaje jurídico y tener un adecuado acceso comunicacional.

Esta obligación se expresa en la regla de Brasilia 28, en los siguientes términos:

“Se adoptarán las medidas necesarias para reducir las dificultades de comunicación que afecten a la comprensión del acto judicial en el que participe una persona en condición de vulnerabilidad, garantizando que esta pueda comprender su alcance y significado”.

178 Regla 28, “Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad”, adoptadas en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, Brasilia, 4 a 6 de marzo de 2008.

Como directriz concreta a jueces y juezas, implica que en las audiencias se utilicen estructuras gramaticales sencillas, con la finalidad principal de hacer comprensibles las intervenciones judiciales y, sobre todo, las decisiones que se adopten. De lo que se trata es de resolver las cuestiones de un modo simple y no aprovechar esa instancia para muestras de erudición o citas de autoridad. Muchas de ellas no solo son innecesarias, sino que no guardan relación con la cuestión a decidir.

Un ejemplo puntual está dado por la explicación de las reglas de conducta a la cual debe someterse la persona acusada una vez acordada una suspensión condicional del procedimiento o un acuerdo reparatorio. Debiesen ser comunicadas de una manera simple y llana, pues ello redundará en que el o la acusada las comprenda y sea más probable que las pueda cumplir.

Por otra parte, también es importante resaltar la necesidad de emplear un lenguaje inclusivo y no sexista. En términos generales, los poderes judiciales aún están marcados por un fuerte androcentrismo que, entre otras manifestaciones, se traduce en el uso de un lenguaje que no reconoce la diversidad social. Por este motivo, una alternativa posible sería que, en el marco de las audiencias preliminares, quienes las conducen utilicen términos genéricos universales y abstractos.

Habrà quien plantee que este uso del lenguaje atenta contra la calidad jurídica y el rigor técnico. Lo que esta afirmación desconoce es que un elemento fundamental de la calidad del servicio de justicia que se presta está dado por sus niveles de comprensión y cercanía con la comunidad; no hay que desconocer que las decisiones que se tomen impactan en la vida de los y las usuarios cuyas vulnerabilidades y contexto social debiesen ser del conocimiento del juzgador.

## **7. Administrar el tiempo**

Las audiencias preliminares son programadas y agendadas por la oficina judicial sobre la base de criterios administrativos relativos a la disponibilidad del juez o la jueza, la sala de audiencias, la complejidad del caso a resolver y del tipo de audiencia de la que se trate. En función a ello, se le asignará un bloque de tiempo máximo de duración y su cumplimiento será determinante para que la agenda de las audiencias subsiguientes pueda realizarse en los horarios inicialmente previstos.

Por ello, es muy importante que quien conduzca la audiencia garantice que los debates se produzcan dentro de los tiempos asignados. Por esta razón, su rol activo en la planificación previa y la estructuración de momentos de discusión será central para que la audiencia se destine exclusivamente a discutir sobre los puntos controvertidos u homologar el acuerdo de las partes.

Es relevante recordar que, si bien la audiencia se convoca al efecto solicitado por la parte, es posible que en su desarrollo cambie su finalidad y adquiera una nueva modalidad. Incluso en estos supuestos será fundamental que quien la conduzca preserve el tiempo asignado originalmente.

Una máxima de trabajo del juez y la jueza de garantías es que en todo momento mantengan el control de la audiencia. Esto no implica que interviengan en la estrategia y contenido de los casos de los y las litigantes, sino que resguarden y promuevan las reglas de juego del litigio. Se ha sostenido que “el juez no puede establecer previamente tiempos de duración, pero sí tiene la potestad de interrumpir a la parte que está siendo redundante en su exposición o impertinente en su argumentación” y que, además, tiene “la responsabilidad de lograr audiencias de calidad, exigiendo preparación de parte de los litigantes e impidiendo la improvisación en el tribunal”<sup>179</sup>. Son quienes deben garantizar que la instancia de la audiencia sirva para su cometido, esto es, que se produzca información para tomar una decisión que resuelva el conflicto de origen. Y para ello es necesario que marquen el ritmo de trabajo y ejerzan su función de dirección del debate de forma activa.

El ahorro de tiempo debe darse por un manejo proactivo de la audiencia y en ningún caso por la fijación de tiempos rígidos para las intervenciones. Lo que se necesita es un juez o jueza que ordene el debate, lo dirija, detenga alegaciones impertinentes en lo general o respecto del tema específico y que tenga el grado de flexibilidad para reaccionar a discusiones inesperadas en una audiencia.

La administración del tiempo también está vinculada a la gestión del caso y del proceso. Así como previamente afirmamos que una vez que la acusación decide judicializar el caso, los plazos pasan a ser de la judicatura, es importante resaltar que la función de los jueces y las juezas de garantías consiste en poner atención y analizar el modo en que se está llevando adelante la investigación. Esto no implica inmiscuirse en la estrategia de la acusación, sino ejercer un control sobre los tiempos que está insumiendo el proceso, cuánto está demorando el fiscal y cuán razonable es esa demora.

## 8. Solicitar información. Los litigantes son su única fuente

Suele existir una carga negativa sobre la posibilidad de que los jueces y las juezas de garantías tengan un rol muy activo y realicen preguntas a los litigantes en el desarrollo de las audiencias preliminares. Se aduce que esta práctica afecta el deber de imparcialidad del juzgador pues su función solo debiese ceñirse a otorgar la palabra a las partes y tomar una decisión en función de lo que cada una exponga, pero sin cuestionar la información que le brindan ni inquirirlos acerca del caso.

Hay dos razones principales para rebatir esta idea. Por un lado, tal como venimos sosteniendo, lo que la imparcialidad impide es que quien juzga gestione intereses de los litigantes. Dicho de otro modo, busca evitar que tenga un sesgo de confirmación, esto es, “la tendencia a buscar apoyo probatorio para la hipótesis que el investigador ha formado e ignorar la evidencia o las explicaciones que socavan esta hipótesis”. Además, “si un juez determinara qué evidencia se debe buscar y presentar, todo el proceso se llevará a cabo siendo susceptible de ser distorsionado por sesgo de confirmación”<sup>180</sup>. La imparcialidad, entonces, implica que el juez o la jueza no se

179 Lorenzo, Leticia, *Manual de litigación*, Didot, Buenos Aires, 2012, p. 75.

180 Zuckerman, Adrián, *Truth finding and the mirage of inquisitorial process*, Congreso Mundial de Razonamiento

comprometan con la estrategia de alguno de los litigantes. Lo que no impide es que solicite mayores antecedentes sobre el caso de las partes. Por otro lado, es importante recordar que las audiencias preliminares son la única instancia en la cual los jueces y las juezas de garantías toman conocimiento del caso pues no cuentan con información de forma previa a su realización. Por ello, la realización de preguntas es el único mecanismo del cual dispone el juzgador para conocer el caso y obtener información que le permita tomar una decisión. ¿Tiene sentido que un juez o una jueza dicte una sentencia con información de baja calidad por el solo hecho de no realizar preguntas? No solo no tiene sentido, sino que se trata de una incompreensión de la lógica del modelo adversarial, que pone a la audiencia oral en el centro del proceso y como un espacio de interacción activa entre todos los intervinientes.

En lo relativo a la formulación de preguntas, es importante recordar que a través de ellas no se busca que el juzgador cree su propia teoría del caso y mire desde allí lo que las partes hacen, sino que se trata de entender cuál es la teoría del caso de cada parte y a partir de allí ver cuál es su margen de movimiento para promover un acuerdo o resolver la cuestión controvertida.

Tampoco debemos olvidar el carácter desformalizado de las audiencias preliminares. Son instancias informales, equiparables a un diálogo entre los participantes, en donde circula mucha información y quien juzga interviene, cuestiona y ordena ese intercambio. Sostener ritualismos o formas procesales burocráticas, como la intervención en bloque y en solitario de cada parte sin intromisión del juez o la jueza, no es más que una práctica nostálgica del sistema escriturario.

## 9. Tomar notas para adoptar y comunicar la decisión

Es sumamente importante que los jueces y las juezas de garantías desarrollen algún método para el recojo eficiente de la información que le aportan los y las litigantes en función a lo que se tiene que decidir. Tener un instrumento en el que se recojan esas notas y faciliten no solo la toma, sino también la transmisión de la decisión, es una práctica muy relevante en las audiencias preliminares.

Un error muy común es que el juez o la jueza intenten anotar todo lo que ocurre en la audiencia. Se ha identificado que esto tiene, como mínimo, dos consecuencias negativas: “primero, que el juez esté más atento de realizar su propio registro que respecto de lo que está sucediendo en la audiencia; ante el vértigo de esta, lo más probable es que la jueza o el juez fracase en su intento por capturar íntegramente lo que acontece” y “segundo, aun en el evento que logre su cometido, es decir, producir un registro de prácticamente todo lo que las partes expusieron, ello tampoco resultará muy útil a los fines de adoptar una buena decisión de forma inmediata”<sup>181</sup>. Lo que debiese ocurrir, entonces, es que las y los juzgadores cuenten con estructuras de trabajo específicas para las audiencias, diferenciando el tipo de información que van a precisar para tomar una decisión.

---

181 Probatório, organizado por la Cátedra de Cultura Jurídica de la Universidad de Girona, Girona, 6 de junio de 2018. Ríos, Erick, *Manual de dirección de audiencias civiles*, CEJA, Santiago, 2017, p. 29.

Ahora bien, ¿cuál sería un posible método? Si bien no existe una única fórmula, proponemos una forma de registro adaptable a la dinámica y finalidad de cada tipo de audiencia preliminar. Veamos, como ejemplo, una metodología de registro de información de la audiencia de medidas cautelares.

La acusación del Ministerio Público es la siguiente:

“El día 5 de abril a las 23.30 horas, Juan Pérez forzó la puerta lateral del Supermercado ‘Sol’ y al ingresar sustrajo dinero en efectivo y cinco celulares que estaban en las cajas registradoras. Colocó esto en dos bolsos y cuando estaba saliendo por la puerta escuchó los gritos de dos vecinos del edificio que está ubicado en la esquina del supermercado. Ante esto, soltó los bolsos, les gritó ‘no abran la boca porque si no los voy a buscar’ y salió corriendo en la dirección opuesta al edificio. Los vecinos llamaron a la policía y describieron al imputado. Dos agentes que estaban patrullando lo encontraron a cinco cuadras, e iba caminando, pero transpirado y nervioso. Juan Pérez arguyó estar allí porque es cuida coche en esa cuadra y dijo que un vecino lo conoce porque sabe que él trabaja ahí. La fiscalía solicita la medida de arresto domiciliario por configurarse los peligros de fuga (porque el imputado tiene dos penas anteriores por delitos de robo y se intentó escapar el día de los hechos) y entorpecimiento de la investigación (porque amenazó a los únicos dos testigos que lo identificaron)”.

Este es un caso tipificado como robo simple en grado de tentativa. A continuación, veamos un posible modo de registro de la información discutida en la audiencia.

MOMENTOS DE LA AUDIENCIA	ACUSACIÓN	DEFENSA
<b>1. Materialidad</b> ¿Acredita los elementos del tipo?		
Apoderamiento	En la puerta del supermercado “Sol” se encontraron 2 bolsos.	No se opone.
Cosa mueble ajena	Los bolsos contenían dinero en efectivo y 5 celulares.	
Sin consentimiento y ejerciendo fuerza	Se forzó la puerta de entrada lateral del supermercado.	
Autoría y dolo	Dos vecinos lo vieron a 20 metros y describieron su físico y ropa. Mientras se escapaba corriendo, el imputado gritó “no abran la boca porque si no los voy a buscar”.  Dos policías lo detuvieron a cinco cuadras del supermercado.	Los vecinos vieron a esa persona de espalda y en la noche. No lo pudieron identificar fehacientemente.  Al imputado no le encontraron especies ajenas en su poder.  El imputado se encontraba allí porque es cuida coche.

<b>2. Riesgo procesal</b> ¿Peligro de fuga? ¿Peligro de entorpecimiento?	Invoca peligros de fuga y entorpecimiento.  Podría fugarse porque el imputado tiene dos penas anteriores por delitos de robo. Además, se intentó escapar el día de los hechos.  Podría entorpecer la investigación porque amenazó a dos testigos.	Las condenas anteriores son de 1999 y 2003. Ambas las cumplió.  Su único trabajo es de cuida coche. Es sostén de sus dos hijos.
<b>3. Medida cautelar</b>	Arresto domiciliario	Medida desproporcionada. Propone prohibición de acercamiento.
<b>4. Tiempo de duración de la medida</b>	3 meses. Falta entrevistar a los dos vecinos que lo identificaron.	No se opone.
<b>5. Modalidad de seguimiento</b>	Fiscal del caso	No se opone.

Como consecuencia de la ausencia de este tipo de métodos, también suele ocurrir que la decisión del juez o la jueza intente contener todo aquello que se dijo durante la audiencia. Por este motivo, la resolución se convierte en un resumen del debate y soslaya la explicación de los fundamentos reales que llevaron al juzgador a tomar esa decisión. Es muy frecuente observar audiencias en donde quien la conduce sintetiza lo ocurrido y, tras ello, se limita a comunicar directamente la solución del caso.

En cuanto a la estructura y comunicación de una decisión estándar en el marco de una audiencia, en este libro seguiremos la propuesta de Erick Ríos, quien plantea dividirla en tres partes: “enunciar primero y de un modo sucinto la cuestión debatida, luego comunicar inmediatamente la decisión y al final enumerar los fundamentos”<sup>182</sup>.

Veámosla en acción siguiendo el ejemplo anterior:

1°. *Indicar la controversia.* Lo discutido es la procedencia de una medida cautelar personal de arresto domiciliario por un hecho tipificado como robo simple en grado de tentativa.

2°. *La decisión.* Se resuelve rechazar la medida cautelar solicitada y dictar la prohibición de Juan Pérez (el imputado) de acercarse a un radio de cinco cuerdas del edificio en donde viven los dos testigos que lo identificaron la noche en que ocurrieron los hechos, por un período de tres meses.

3°. *Los fundamentos.* La decisión se adopta sobre la base de los siguientes fundamentos:

182 Ríos, Erick, *Manual de dirección de audiencias civiles, op. cit.*, p. 32 y siguientes.

La existencia del hecho no está en discusión. Lo controvertido es la autoría. En este momento procesal, se acredita la autoría de Juan Pérez en tanto resulta probable el planteo del Ministerio Público, que está respaldado por los testimonios de dos testigos oculares (los vecinos del edificio situado en la esquina del supermercado), que a pesar de la distancia y la oscuridad describieron los rasgos físicos y la ropa que usaba el imputado y lo observaron salir de la puerta lateral del supermercado con dos bolsos en sus manos y escapar en dirección a la calle donde finalmente fue detenido; el secuestro de un bolso con objetos pertenecientes al supermercado, que fueron hallados en la puerta lateral de ingreso; y los testimonios de los dos policías que realizaron la detención, que encontraron a Juan Pérez en un tiempo inmediato a la ocurrencia del hecho y en un lugar cercano al supermercado.

No se acredita la existencia de un riesgo de fuga para autorizar la medida cautelar solicitada. Las condenas anteriores son muy antiguas y no pueden operar como agravantes. Además, en caso de ser penado en este caso, igualmente cumpliría una condena condicional. Por otro lado, el hecho de que huyera el día de los acontecimientos no constituye en sí un riesgo para el proceso. El único riesgo que se ha configurado es el de posible entorpecimiento de las entrevistas pendientes del Ministerio Público con los dos vecinos que lo identificaron, dado que Juan Pérez concretamente los amenazó en caso de que estos testificaran en su contra. Ahora bien, el imputado es el único sostén de sus dos hijos y además su único trabajo es de cuida coches, lo que se vería impedido en caso de autorizar la medida requerida. En función a ello, se acoge la propuesta de la defensa dada la baja intensidad de la medida y su proporcionalidad con el riesgo. Se resuelve dictar la prohibición de acercamiento de Juan Pérez a un radio de cinco cuadras del edificio en donde viven los dos testigos, por un período de tres meses, en cuyo plazo la fiscalía debe concretar las entrevistas pendientes.

Por último, este tribunal resuelve que la responsabilidad del seguimiento y control de esta medida cautelar quedará a cargo de la fiscalía. Será la responsable de monitorear que Juan Pérez no se acerque a un radio de cinco cuadras del edificio. En caso de vulnerar esta medida, podrá solicitar una nueva audiencia y se evaluará una medida de mayor intensidad.

## **10. Desprenderse de estereotipos y prejuicios**

El ejercicio de la función judicial implica relacionarse con una gran cantidad de personas imputadas y víctimas acerca de las cuales poco sabemos. En esta vinculación, como en toda relación humana, existen prejuicios o encuadres sociales para intentar entender los comportamientos o los hechos de un caso particular. Cuanta menor información se tenga sobre esa persona o su contexto de vulnerabilidad, mayores serán las categorías o etiquetas sociales que les endosaremos. En el ámbito concreto de la función jurisdiccional, se ha sostenido que “suele exigirse a los jueces que prevengan o contrasten los efectos perjudiciales de la categorización social. En

particular los jueces deberían estar atentos a un tipo problemático de categorización social, a saber, los estereotipos<sup>183</sup>.

Ahora bien, ¿qué es un estereotipo y cómo se expresa en el marco de una audiencia? Cook y Cusack indican que un estereotipo es una generalización o preconcepción sobre los atributos o características de los miembros de un grupo o los roles que las personas de tales grupos deben cumplir<sup>184</sup>. Y el estereotipo conlleva prejuicio, que no es solo la atribución de ciertas características, sino además de jerarquías, construye “al otro” como un distinto al “nosotros” del grupo dominante<sup>185</sup>. Una muestra muy habitual de la realidad es la de los estereotipos y roles de género, que en las audiencias se expresan, por ejemplo, en la subordinación histórica que sufren las mujeres, particularmente, al prescribir qué deben hacer y cómo deben comportarse<sup>186</sup>.

Sobre esta base, es muy usual observar decisiones en las que subyace un modo específico de concebir a la mujer y, en efecto, se colocan sobre ella una carga de expectativas y comportamientos. Un claro ejemplo es el concepto de “mujer mentazg”, que convierte a la mujer denunciante en la persona investigada<sup>187</sup>. O “la creencia de que existe consentimiento si no se verifica una resistencia activa o un abandono del lugar teniendo posibilidad de hacerlo, o aquel que indica que no es posible incurrir en el delito de violación si no hay ejercicio de violencia física por parte del perpetrador, o el peso determinante que se le da al hecho de que la denunciante y el imputado se conozcan a la hora de evaluar la credibilidad del relato de la primera, o el mito de que las mujeres cultas, que saben expresarse bien, decentes y casadas, no pueden ser víctimas de violación”<sup>188</sup>, entre varios ejemplos.

La jurisprudencia de la Corte IDH ha sostenido que la existencia de este tipo de estereotipos se agrava cuando estos “se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades (...). La creación y uso de estereotipos se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer”<sup>189</sup>.

Si bien esta exigencia es transversal a todo el sistema judicial, desde quien toma la denuncia, hasta las preguntas que se hace la defensa o la policía al momento de recibir a la persona, la existencia de estereotipos en lo jurisdiccional también se puede traducir en un temor de parcialidad.

183 Arena, Federico José, “Los estereotipos normativos en la decisión judicial. Una exploración conceptual”, *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, vol. 29, n° 1, Valdivia, Chile, 2016.

184 Cook, Rebecca y Cusack, Simone, *Estereotipos de género. Perspectivas legales transnacionales*, University of Pennsylvania Press, Estados Unidos, 2010, p. 9.

185 Casas, Lidia y González, Juan Pablo, “Estereotipos de género en sentencias del Tribunal Constitucional”, en *Anuario de Derecho Público de la Universidad Diego Portales*, vol. 1, Santiago, Chile, 2012, p. 257.

186 Cardoso, Emanuela, “Mujeres y estereotipos de género en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista Eunomía*, n° 9, octubre 2015-marzo 2016, Madrid, p. 35.

187 Asensio, Raquel *et al.*, *Discriminación de género en las decisiones judiciales: Justicia penal y violencia de género*, 1° ed., Defensoría General de la Nación, Buenos Aires, 2010, pp. 98 y siguientes.

188 Piqué, María Luisa y Fernández Valle, Mariano, “La garantía de imparcialidad judicial desde la perspectiva de género”, en Hopp, Cecilia (coord.), *Género, Justicia y Sistema Penal*, colección *Géneros, Derecho y Justicia*, Herrera, Marisa, De la Torre, Natalia y Fernández, Silvia (comps.), Rubingal Culzoni, Argentina, 2020.

189 Corte IDH, *Caso González y otras, “Campo Algodonero” vs. México*, sentencia de 16 de noviembre de 2009, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 401.

Los jueces y juezas de garantías deben extremar los recaudos para impedir estereotipar o prejujuar a las personas imputadas y víctimas en el marco de las audiencias preliminares. Para ello, es fundamental que sean conscientes de esos prejuicios personales para poder neutralizarlos y al mismo tiempo aumentar el nivel de conocimiento de los contextos sociales, barreras de acceso a la justicia o desigualdades de los usuarios y las usuarias que acuden al sistema judicial<sup>190</sup>.

Tal como lo hemos dicho, si bien debiese ser una misión central de los poderes judiciales como política institucional, también se expresa en una responsabilidad individual de cada juez y jueza. A su vez, insistimos en que esta no es una idea antojadiza o una moda, sino que se encuentra recogida en mandatos internacionales que nuestros Estados han suscrito y a los que se han sometido.

### III. Palabras finales

El rol del juez y la jueza en un sistema acusatorio y adversarial es empujar una nueva tradición y no desconocer que todas las prácticas que impulse se van a dar en el marco de una tradición inquisitorial. Son los jueces y las juezas quienes deben erigirse como los custodios irrestrictos de la oralidad dado que, a mejor calidad del litigio, mejor calidad tendrá su decisión judicial. Es por ello que deben adoptar un rol proactivo en las audiencias preliminares y generar instancias de depuración de la información que aporten las partes.

En la sala de audiencias, el trabajo de los jueces y las juezas y los litigantes puede orientarse hacia la búsqueda y concreción de acuerdos pacíficos entre las partes o bien hacia la aplicación de poder punitivo. En cualquier caso, no debe soslayarse que quienes juzgan son el último recurso estatal con el que cuentan las partes para intentar encontrar una solución definitiva a su controversia. Por lo mismo, deben intervenir de un modo activo para identificar el conflicto de origen y propender a encauzarlo y resolverlo.

En este texto se ha pretendido entregar herramientas prácticas que orienten el trabajo de los jueces y las juezas al interior de las audiencias preliminares. Esperamos que se puedan ir fortaleciendo y mejorando a partir de nuevas acciones y roles de la judicatura.

### IV. Referencias bibliográficas

- Arena, Federico José, “Los estereotipos normativos en la decisión judicial. Una exploración conceptual”, *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, vol. 29, N° 1, Valdivia, Chile, 2016.
- Asensio, Raquel et al., *Discriminación de género en las decisiones judiciales: Justicia penal y violencia de género*, 1° ed., Defensoría General de la Nación, Buenos Aires, 2010.
- Binder, Alberto, *La implementación de la nueva justicia penal adversarial*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2012.

190 Comisión Judicial de Nueva Gales del Sur, *Equality before the Law Bench Book*, Sydney, 2001.

- Cardoso, Emanuela, "Mujeres y estereotipos de género en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Revista Eunomía*, N° 9, octubre 2015-marzo 2016, Madrid.
- Casas, Lidia y González, Juan Pablo, "Estereotipos de género en sentencias del Tribunal Constitucional", en *Anuario de Derecho Público de la Universidad Diego Portales*, vol. 1, Santiago, Chile, 2012.
- Comisión Judicial de Nueva Gales del Sur, *Equality before the Law Bench Book*, Sydney, 2001.
- Cook, Rebecca y Cusack, Simone, *Estereotipos de género. Perspectivas legales transnacionales*, University of Pennsylvania Press, Estados Unidos, 2010.
- Corte IDH, *Caso González y otras, "Campo Algodonero" vs. México*, sentencia de 16 de noviembre de 2009, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.
- Duce, Mauricio y Riego, Cristian, *Proceso penal*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007.
- Juárez, Erick, *Las judicaturas gerenciales. Una perspectiva desde los derechos humanos*, disponible en: [www.cejamericas.org](http://www.cejamericas.org).
- Lorenzo, Leticia, *Manual de litigación*, Didot, Buenos Aires, 2012.
- Piqué, María Luisa y Fernández Valle, Mariano, "La garantía de imparcialidad judicial desde la perspectiva de género", en Hopp, Cecilia (coord.), *Género, Justicia y Sistema Penal, colección Géneros, Derecho y Justicia*, Herrera, Marisa, De la Torre, Natalia y Fernández, Silvia (comps.), Rubinzal Culzoni, Argentina, 2020.
- Quirós, Jenny, *Manual de oralidad para jueces y juezas durante las fases previas al debate*, CONAMAJ, San José, Costa Rica, 2006.
- Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, adoptadas en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, Brasilia, 4 a 6 de marzo de 2008.
- Ríos, Erick, *Manual de dirección de audiencias civiles*, CEJA, Santiago, 2017.
- Zuckerman, Adrián, *Truth finding and the mirage of inquisitorial process*, Congreso Mundial de Razonamiento Probatorio, organizado por la Cátedra de Cultura Jurídica de la Universidad de Girona, Girona, 6 de junio de 2018.

## LA ACTUACIÓN DEL JUEZ DE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA EN EL MODELO ACUSATORIO

José Luis Pecina Alcalá<sup>191</sup> (México)

### 1. Antecedentes

QUIEN NO SABE DE DÓNDE VIENE NO SABE EN DONDE SE ENCUENTRA NI A DÓNDE VA. PASADO, PRESENTE Y FUTURO, con lo cual el ser humano siempre estará conviviendo. Referente al tema que nos interesa es determinante el ser sabedores de la pretensión de la pluralidad de las personas que tienen el honor de realizar las funciones del Estado, pues se advierte unanimidad de realizar acciones tendientes a brindar al ciudadano una mejor procuración y administración de justicia de la que se ha tenido con la publicación del Código de Procedimientos Penales de 1940, en el cual se caracterizó por tener tintes inquisitivos, lo cual revela una insatisfacción en el gobernado en dicho tema; de ahí que conscientes que Perú ratificó tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles<sup>192</sup> y Políticos como la Convención Americana de Derechos Humanos<sup>193</sup> conforme a los cuales junto con otros tratados Internacionales tienen como finalidad la realización efectiva de los derechos con los cuales se administre la justicia penal, es decir conforme a un sistema de enjuiciamiento de corte acusatorio y es así que con la pretensión por una parte dar cumplimiento a los indicados instrumentos internacionales y por otra brindar a sus gobernados lo que se dijo: Dejar atrás un sistema de enjuiciamiento que no satisface a los intervinientes, es decir ni a víctimas ni a victimarios, por lo tanto se logró en 2004 la promulgación del nuevo Código Procesal Penal (en adelante CPP) en el que se establecen como partes en el proceso: el Ministerio Público (en adelante MPFN) que con el auxilio de la policía, investiga los hechos que se consideran delito con el contrapeso de la defensa del imputado, posteriormente aparece el Juez de la Investigación Preparatoria que conocerá del asunto para posteriormente quienes integran el Tribunal de Juicio Oral.

En el presente trabajo pondremos a su consideración la visión que tenemos referente a la actuación del Juez de la Investigación Preparatoria dentro de un contexto acusatorio.

### 2. Sistema Acusatorio

En la doctrina Ferrajoli<sup>194</sup>, uno de los doctrinarios con mayor autoridad sostiene que se puede llamar acusatorio a todo sistema procesal que concibe al juez como un sujeto pasivo rígidamente separado de las partes y al juicio como una contienda entre iguales iniciada por la acusación, a la que compete la carga de la prueba, enfrentada a la defensa en un juicio contradictorio, oral y público y resuelta por el juez según su libre convicción.

191 Profesor de la Escuela de Derecho de la Universidad de Monterrey y Juez de Control y Juicio Oral Penal en el Estado de Nuevo León, México.

192 Fecha de ratificación 23 de marzo de 1976.

193 Fecha de ratificación 9 de septiembre de 1980.

194 *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Editorial Trotta, 8ª edición, España, 2006, p. 564.

Es de estar conscientes que el ejercicio de la acción penal le corresponde al Ministerio Público, el cual ha de tener un contrapeso pues ineludiblemente lo mismo que las leyes que se pronuncien por el legislativo, de ahí que el aludido sistema tiene como característica elemental el establecer un control, de ahí la influencia de la división de poderes de Montesquieu<sup>195</sup> al sostener que no hay libertad si el poder de juzgar no está bien deslindado del legislativo y del poder ejecutivo. Pues bien, dicha teoría se encuentra inmersa en la Const. en el art. 43<sup>196</sup>.

Como se dijo, en el PIDCP y en la CADH se propone un sistema acusatorio, tales instrumentos Internacionales conforme al art. 55 de la Constitución<sup>197</sup> son de observancia obligatoria y que como se comentó, Perú se propone dar un cambio para procurar y administrar justicia acorde al respeto de los derechos fundamentales, de ahí que en la exposición de motivos del CPP de 2004 se señala que se ideó la estructura del nuevo proceso penal así como sus instituciones allí contenidas se edifican sobre la base del modelo acusatorio de proceso penal cuyas grandes líneas rectoras son: separación de funciones de investigación y de juzgamiento con lo cual se pretende erradicar prácticas de jueces inquisitivos (puede actuar por excepción de oficio<sup>198</sup>) ya que define los roles perfectamente, así observamos: Es al fiscal a quien le corresponde la carga de la

195 *Del Espíritu de la Leyes*, Editorial Porrúa, 17ª edición, México, 2007, p. 146.

196 "La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana.

El Estado es uno e indivisible.

Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de la separación de poderes".

197 "Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional".

198 Ejemplos vemos en el CPP: "Art.48.- Acumulación de oficio o a pedido de parte. 1. La acumulación puede ser decidida de oficio o a pedido de las partes, o como consecuencia de una contienda de competencia que conduzca hacia ella..."; "Artículo 75.- Inimputabilidad del procesado 1. Cuando exista fundada razón para considerar el estado de inimputabilidad del procesado al momento de los hechos, el Juez de la Investigación Preparatoria o el Juez Penal, colegiado o unipersonal, según el estado de la causa, dispondrá, de oficio o a pedido de parte, la práctica de un examen por un perito especializado"; "Artículo 150.- Nulidad absoluta No será necesaria la solicitud de nulidad de algún sujeto procesal y podrán ser declarados aun de oficio, los defectos concernientes..."; "Artículo 155.- Actividad probatoria..... 3. La Ley establecerá, por excepción, los casos en los cuales se admitan pruebas de oficio"; "Artículo 165.- Abstención para rendir testimonio... 3. Si la información requerida al testigo no se encuentra incurso en las excepciones previstas en la Ley de la materia, se dispondrá la continuación de la declaración. Si la información ha sido clasificada como secreta o reservada, el Juez, de oficio o a solicitud de parte, en tanto considere imprescindible la información, requerirá la información por escrito e inclusive podrá citar a declarar al o los funcionarios públicos que correspondan, incluso al testigo inicialmente emplazado, para los esclarecimientos correspondientes"; "Artículo 181.- Examen pericial...2. En el caso de informes periciales oficiales discrepantes se promoverá, de oficio inclusive, en el curso del acto oral un debate pericial"; "Artículo 248.- Medidas de protección. El Fiscal o el Juez, según el caso, apreciará las circunstancias previstas en el artículo anterior, de oficio o a instancia de las partes, adoptará según el grado de riesgo o peligro, las medidas necesarias para preservar la identidad del protegido, su domicilio, profesión y lugar de trabajo, sin perjuicio de la acción de contradicción que asista al imputado." "Artículo 273". - Libertad del imputado. Al vencimiento del plazo, sin haberse dictado sentencia de primera instancia, el Juez de oficio o a solicitud de las partes decretará la inmediata libertad del imputado, sin perjuicio de dictar concurrentemente las medidas necesarias para asegurar su presencia en las diligencias judiciales, incluso las restricciones a que se refieren los numerales 2) al 4) del artículo 288"; "Artículo 166". - Contenido de la declaración. .... 2. Si el conocimiento del testigo es indirecto o se trata de un testigo de referencia, debe señalar el momento, lugar, las personas y medios por los cuales lo obtuvo. Se insistirá, aun de oficio, en lograr la declaración de las personas indicadas por el testigo de referencia como fuente de conocimiento. Si dicho testigo se niega a proporcionar la identidad de esa persona, su testimonio no podrá ser utilizado".

prueba<sup>199</sup>, por ende es el que ha de llevar a cabo la investigación<sup>200</sup> con el apoyo de la policía<sup>201</sup> y cuando dicho órgano técnico considera que cuenta con pruebas la pondrá en conocimiento de un juez<sup>202</sup>.

La contraparte, es el imputado con la defensa<sup>203</sup>.

Se contiene la separación de funciones del Juez de la Investigación Preparatoria con el de enjuiciamiento<sup>204</sup> y de ejecución. Al respecto sostenemos que es fundamental el respondernos la interrogante del porqué aparece tal pluralidad de jueces. Si bien el principio de imparcialidad concebido en el orden jurídico como aquel conforme al cual todo servidor público ha de realizar sus funciones conforme a lo previsto en el ordenamiento jurídico aplicable sin animadversión o favoritismo a alguno de los gobernados que intervienen en cada caso que conoce; en el proceso acusatorio además de no estar subordinado a los poderes ejecutivo o legislativo o de cualquier otra circunstancia<sup>205</sup>; ha de entenderse como el presupuesto de la exigencia de que aquel llamado a resolver deba conocer los términos de la disputa en el momento en que las partes la presentan a su consideración, y sobre aquellas cuestiones planteadas exclusivamente por las partes<sup>206</sup>.

199 "Artículo IV.- Titular de la acción penal. 1. El Ministerio Público es titular del ejercicio público de la acción penal en los delitos y tiene el deber de la carga de la prueba. Asume la conducción de la investigación desde su inicio, decidida y proactivamente en defensa de la sociedad". Asimismo "Artículo 1°. - Acción penal. La acción penal es pública. 1. Su ejercicio en los delitos de persecución pública, corresponde al Ministerio Público. La ejercerá de oficio, a instancia del agraviado por el delito o por cualquier persona, natural o jurídica, mediante acción popular".

200 "Artículo 60°. - Funciones. 1. El Ministerio Público es el titular del ejercicio de la acción penal. Actúa de oficio, a instancia de la víctima, por acción popular o por noticia policial. 2. El Fiscal conduce desde su inicio la investigación del delito. Con tal propósito la Policía Nacional está obligada a cumplir los mandatos del Ministerio Público en el ámbito de su función"; "Artículo 61°. - Atribuciones y obligaciones. 1. El Fiscal actúa en el proceso penal con independencia de criterio. Adecua sus actos a un criterio objetivo, rigiéndose únicamente por la Constitución y la Ley, sin perjuicio de las directivas o instrucciones de carácter general que emita la Fiscalía de la Nación. 2. Conduce la Investigación Preparatoria. Practicará u ordenará practicar los actos de investigación que correspondan, indagando no solo las circunstancias que permitan comprobar la imputación, sino también las que sirvan para eximir o atenuar la responsabilidad del imputado. Solicitará al Juez las medidas que considere necesarias, cuando corresponda hacerlo".

201 "Artículo 67°. - Función de investigación de la Policía. 1. La Policía Nacional en cumplimiento de sus funciones debe, inclusive por propia iniciativa, tomar conocimiento de los delitos y dar cuenta inmediata al fiscal, sin perjuicio de realizar las diligencias de urgencia e imprescindibles para impedir sus consecuencias, individualizar a sus autores y partícipes, reunir y asegurar los elementos de prueba que puedan servir para la aplicación de la ley penal. Similar función desarrollará tratándose de delitos dependientes de instancia privada o sujetas a ejercicio privado de la acción penal. 2. Los policías que realicen funciones de investigación están obligados a apoyar al Ministerio Público para llevar a cabo la investigación preparatoria."

202 "Artículo 3°. - Comunicación al Juez de la continuación de la investigación. El Ministerio Público comunicará al Juez de la Investigación Preparatoria su decisión formal de continuar con las investigaciones preparatorias".

203 "Artículo IX.- Derecho de Defensa. 1. Toda persona tiene derecho inviolable e irrestricto a que se le informe de sus derechos, a que se le comunique de inmediato y detalladamente la imputación formulada en su contra, y a ser asistida por un Abogado Defensor de su elección o, en su caso, por un abogado de oficio, desde que es citada o detenida por la autoridad. También tiene derecho a que se le conceda un tiempo razonable para que prepare su defensa; a ejercer su autodefensa material; a intervenir, en plena igualdad, en la actividad probatoria; y, en las condiciones previstas por la Ley, a utilizar los medios de prueba pertinentes. El ejercicio del derecho de defensa se extiende a todo estado y grado del procedimiento, en la forma y oportunidad que la Ley señala". En el art. 2 inc. 24, letra e) se contempla la presunción de inocencia.

204 "Artículo V.- Competencia judicial. 1. Corresponde al órgano jurisdiccional la dirección de la etapa intermedia y, especialmente, del joggamiento, así como expedir las sentencias y demás resoluciones previstas en la Ley. 2. Nadie puede ser sometido a pena o medida de seguridad sino por resolución del órgano jurisdiccional determinado por la Ley".

205 Cfr. Binder, Alberto M. *Introducción al Derecho Procesal Penal*, Ad-Hoc, 2a Edición, P.149. Ferrajoli, p.580 y 584.

206 Cuadrado Salinas, Carmen, *La Investigación en el proceso penal*, Editorial La Ley, España, 2010, p. 169.

En el CPP en el título preliminar se establecen los principios rectores del sistema penal, que resultan congruentes con lo que hemos señalado como lo es: el de legalidad en virtud del cual solo se pueden limitar derechos fundamentales (con las excepciones conocidas) por la autoridad judicial, legalidad de la prueba conforme al cual solo se podrán incorporar aquellas que se obtengan en respeto a los derechos fundamentales, que es al Ministerio Público el titular de la acción penal y como contraparte la defensa como derecho inviolable de la persona imputada la cual tiene la presunción de inocencia.

Con esos caracteres esenciales es de tener presente que en la exposición de motivos de dicho código adjetivo se dijo: "... La estructura del nuevo proceso penal así como sus instituciones allí contenidas se edifican sobre la base del modelo acusatorio de proceso penal cuyas grandes líneas rectoras son: separación de funciones de investigación y de juzgamiento; el Juez no procede de oficio; el Juez no puede condenar ni a persona distinta de la acusada, ni por hechos distintos de los imputados; el proceso se desarrolla conforme a los principios de contradicción e igualdad; la garantía de la oralidad es la esencia misma del juzgamiento y; la libertad del imputado es la regla durante todo el proceso...".

Ya sostenido lo indicado, podemos concluir: en Perú se cuenta con un sistema de enjuiciamiento penal de corte acusatorio<sup>207</sup>.

### 3. El juez de la investigación preparatoria

Ya establecimos una de las razones del porqué la intervención plural de jueces en el procedimiento penal peruano, de ahí que sea conveniente mediante preguntas desentrañar el perfil que se idealiza por el legislador de este Juzgador:

Como antecedente a la intervención de éste es de estar conscientes que la preparación de la acción penal le corresponde al Ministerio Público de ahí que una vez que se comente un hecho que se considera delito se le pone en conocimiento (art. 65 CPP); dándose el supuesto en que el imputado se lo presentan detenido en cuyo caso tiene la facultad de retenerlo hasta por 48 cuarenta y ocho horas (art. 264 CPP y en la Const. art. 20. inc. 24, letra f). En el diverso supuesto en que el imputado respecto del cual se entabló una denuncia o querrela del que se ordenó la libertad por el fiscal o que no se le detuvo, se procederá a la investigación (arts. 61, 65 y 329), acudiendo ante el Juez de la Investigación Preparatoria cuando se afecte algún derecho fundamental (art. 323 CPP) o bien que tomó la decisión de formalizar su investigación (arts. 3 y 336 CPP).

Así, vemos cómo el legislador peruano establece nítidamente la garantía de jurisdicción, entendida ésta como aquella conforme a la cual, en el procedimiento penal, todo acto de autoridad que implique afectación de derechos fundamentales será sujeto de revisión por el juez.

De ahí que vemos que en la investigación del delito se advierte la fórmula conforme

207 Sin ser el caso de adentrarnos a la controversia relativa a la diferencia entre el sistema adversarial y el acusatorio formal europeo, Cfr. Gómez Colomer, Juan Luis, El Proceso penal adversarial. Una crítica constructiva sobre el llamado sistema acusatorio, Ubijus, Editorial, México, 2021, pp.22 y sig.

a la cual el fiscal con el auxilio de la policía puede investigar el hecho que se le puso a su consideración libremente, estando limitado a los supuestos en que se afecte un derecho fundamental en cuyo caso a pesar de que no ha terminado la investigación ha de acudir ante un juez de investigación preparatoria a poner a su consideración el caso para que se valore la necesidad de realizar ese acto que puede afectar el aludido derecho. En los supuestos que el Fiscal pone el asunto a consideración del aludido juez el cual continua con el asunto hasta la audiencia preliminar una vez presentados los escritos y requerimientos de las partes (art. 351 CPP) que es la que pone fin a su actuación pues posteriormente interviene el Juez penal una vez emitido el auto de citación a juicio (art. 355 CPP).

Así pues, previo a abordar la actuación del Juez de investigación preparatoria es de abordar el tópico asignado en este estudio:

#### 4. La actuación del juez de la investigación preparatoria ¿debe ser oral?

En principio es conveniente estar conscientes que se pretende erradicar un sistema de enjuiciamiento penal en el que ha dejado muchos sinsabores de los cuales, como se indicó se aspira a que el Juez constituya el contrapeso del ejercicio del poder. Para lo anterior es determinante estar conscientes que en Perú (al igual que los países llamados latinoamericanos) hemos sido víctimas de abuso de poder y como contención a éste se establece como garantía el de legalidad<sup>208</sup>, conforme al cual todo acto de autoridad debe contenerse en un ordenamiento jurídico y dar las razones que ameritan su aplicación a cada caso en concreto.

Por lo que hace al procedimiento penal también es de estar consciente que el juzgador no siempre encontrará en el ordenamiento jurídico adjetivo una disposición exacta aplicable al caso<sup>209</sup> que se le pone a su consideración, pero conforme a una interpretación sistemática teniendo consciente los principios rectores puede válidamente resolverlo. De ahí que como Dworkin señaló: Las normas jurídicas son algo más que el conjunto de reglas primarias que se pueden inferir de la aplicación de las “reglas de reconocimiento”, tanto los principios —“principales”— como las políticas —“policies”— forman parte del sistema jurídico. O parafraseando a Alexy<sup>210</sup>, los principios implican un ejercicio de ponderación no una simple subsunción.

Briseño<sup>211</sup> también sostuvo que los principios jurídicos son pensamientos directivos que sirven de base o fundamento a la organización legal de un determinado orden positivo: ideas fundamentales e informadoras de la organización jurídica de una nación.

208 En la Const. art. 2o. inc. 24, letra a) al establecer: “A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia: a. Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”.

209 Nos estamos refiriendo exclusivamente al procedimiento penal, pues es obvio que en materia penal el juzgador tiene no sólo la prohibición de imponer pena alguna que no esté exactamente decretada en una ley (*Nulla poena sine legge*); sino que, además, le indicó que para que una conducta humana sea punible, es preciso que la actividad desplegada por el sujeto activo, se subsuma, se adecue al tipo de delito previamente establecido por el legislador (*Nullum crimen sine legge*).

210 Cit. por Ovando Ramón, Ludwig, *Medidas cautelares en el Código Nacional de Procedimientos Penales*, Flores Editor y Distribuidor, México, 2015, p. 105.

211 Briseño Sierra, Humberto, *Los principios del derecho procesal*, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1980, pp. 3 a 27.

Así las cosas, es conveniente escribir sin eufemismos: el sistema de enjuiciamiento acusatorio al que nos hemos referido, se establece en la base de la desconfianza al actuar del Estado, pues tomando en cuenta el pasado se abusó del poder, pero hoy en día se le está confiando la confianza en el actuar de la autoridad judicial, quien como se dijo es el celoso uigilante del buen ejercicio del poder que los otros poderes realicen.

Conforme a lo anterior por lo que hace a la actuación del Juez de la Investigación Preparatoria es de analizar la forma de desarrollar su encomienda, para ello cabe preguntarse si es aceptable el que la forma de conocer el caso que se le está poniendo a su consideración sea como se realizaba en el sistema anterior, es decir leyendo el documento en el que el fiscal documenta su investigación.

Para responder lo anterior es de estar conscientes que como se dijo el legislador pudo contribuir a que se interprete a obrar así al establecer;

#### “Artículo 135°.- Requerimientos del Fiscal

1. Los requerimientos que el Fiscal formula al Juez de la Investigación Preparatoria deben acompañarse con el expediente original o con las copias certificadas correspondientes, según la investigación esté concluida o no, o en todo caso si la remisión del expediente original no producirá retraso grave o perjuicio a las partes y a la investigación.
2. El Fiscal de la Nación emitirá las directivas e instrucciones necesarias para garantizar y uniformizar la presentación de las actuaciones que deben acompañar los requerimientos fiscales al Juez de la Investigación Preparatoria, cuando la investigación no esté concluida”.

#### “Artículo 261°.- Detención Preliminar Judicial

1. El Juez de la Investigación Preparatoria, a requerimiento del Fiscal, sin tramite alguno y teniendo a la vista las actuaciones remitidas por aquél, dicta mandato de detención preliminar, cuando:  
....”

Ahora bien, también es de estar conscientes que el legislador fue omiso en establecer esa disposición sacramental en la que se estableciera la forma de llevarse a cabo la actuación del Juez de la Investigación Preparatoria<sup>212</sup>.

212 Situación distinta se ve en México que en su Const. estableció que el proceso penal es acusatorio y oral regido por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación y en su Código Nacional de Procedimientos Penales: “Artículo 44. Oralidad de las actuaciones procesales.

Las audiencias se desarrollarán de forma oral, pudiendo auxiliarse las partes con documentos o con cualquier otro medio. En la práctica de las actuaciones procesales se utilizarán los medios técnicos disponibles que permitan darle mayor agilidad, exactitud y autenticidad a las mismas, sin perjuicio de conservar registro de lo acontecido. El Órgano jurisdiccional propiciará que las partes se abstengan de leer documentos completos o apuntes de sus actuaciones que demuestren falta de argumentación y desconocimiento del asunto. Solo se podrán leer registros de la investigación para apoyo de memoria, así como para demostrar o superar contradicciones; la parte interesada en dar lectura a algún documento o registro, solicitará al juzgador que presida la audiencia, autorización para proceder a ello indicando específicamente el motivo de su solicitud conforme lo establece este

Así las cosas, consideramos inadmisibles el que previo a cada actuación judicial el fiscal le remita al juez copia u original de sus actuaciones, pues siendo congruentes con el sistema acusatorio sostenemos:

La contradicción, constituye un principio del sistema acusatorio en virtud del cual las partes antagónicas tienen la oportunidad de generar argumentos opuestos a los de su contrario, con lo cual el juzgador con ese choque como si fueran dos espadas que al chocar brindan la luz tendrá la oportunidad de tomar una decisión como consecuencia de esa pluralidad de visión respecto al mismo asunto. Circunstancia diversa acontece en el supuesto de que como antaño se estilaba que el fiscal le llevaba al juez la investigación que realizó unilateralmente, con lo cual como es sabido, tal juzgador como ser humano al introducir en su mente esa información ya le generó una idea preconcebida de los hechos, la cual si bien posteriormente será sujeta a contradicción, no menos cierto es que en la mente del juez tomó esa información como base de la veracidad de los hechos que se le pide juzgar, cuando en realidad solo es la visión unilateral de fiscal, pues como lo refiere Ferrajoli<sup>213</sup> al citar a Pagano: quien recibe declaraciones en la investigación es un testigo del dicho de otros.

Se está consciente que a toda regla hay una excepción, lo cual es perfectamente aplicable al aludido principio, mismo que es razonable en los supuestos en que la naturaleza del acto procesal te lo permite, ya que la secrecía es determinante para el éxito que se presente, como lo sería en las peticiones para allanar domicilios o ubicar a un imputado mediante orden de aprehensión o captura. Pues en estos casos como es sabido la defensa iniciará su encomienda ejerciendo la contradicción y la fiscalía pondrá de nueva cuenta en conocimiento del juzgador su caso y como se ha mencionado producto de esa contradicción se resolverá, de ahí que para esos casos debería contemplarse de forma expresa la garantía de exigir un juez prevenido.

En el procedimiento penal afortunada o desafortunadamente se presenta la verdad que cada parte se propone, aún en el sistema inquisitivo se decía: “lo que no existe en el proceso no existe en el mundo”. Siendo congruentes con el sistema acusatorio en el cual cada parte pondrá en conocimiento al juez su verdad, lo cual ineludiblemente acontecerá de forma similar pero ahora diremos: lo que no sucede en la audiencia no existió en el mundo, en consecuencia de esto insistimos se corre el riesgo de que de la investigación realizada por el Ministerio Público, éste por estrategia o por inobservancia omita invocar la información que consta en su expediente fiscal, pero el juez al haberla recibido y haberse impuesto de esta información de forma previa, no podrá de mutuo propio invocarla, pues obviamente pondría en estado de indefensión a la defensa, revelando con esto la invasión del rol asignado al fiscal.

Otro aspecto determinante que ha de tomarse en cuenta lo es que en la investigación se encuentran los registros de la prueba que la fiscalía ha considerado pertinentes

---

artículo, sin que ello sea motivo de que se reemplace la argumentación oral”.

213 Ob. cit., p. 85 al referir: “Suponiendo incorrupto e íntegro el actuario que recibe las declaraciones, la probabilidad de la prueba que nace de la fe de los testigos viene a ser en gran medida disminuida. Porque decrece cuanto más son los medios por los que pasa antes de que el juez intervenga. El actuario es un testigo sólo, que da fe de lo dicho por otros. Tenemos, pues, un dicho de dicho, una probabilidad, una sombra de prueba”.

elaborar o incluso que simplemente se le aportaron, los cuales se encuentran sujetos al valor probatorio que aún en este estadio procesal tienen, pero éstos por sí mismos no son determinantes para formar un criterio, sino que hay que hacer un juicio de valor entrelazándose y haciendo un razonamiento lógico-jurídico de cada uno, y derivado de éste juicio de valor se formará la teoría del caso de cada parte antagónica, que dicho sea de paso es valorada y razonada de forma diferente por cada parte procesal; de ahí la importancia de ejercer la contradicción en cuanto a estos elementos probatorios y poder hacer la argumentación que justifique cada teoría del caso y el juez en base en el análisis que cada parte realizó poder resolver de forma imparcial y objetiva, pero sobre todo atendiendo siempre al principio de legalidad, en consecuencia se insiste, resulta inadmisibles como se ha sostenido que el juez lea previo a cada audiencia la investigación de la fiscalía pues como se dijo cada sujeto procesal hace la interpretación de las pruebas<sup>214</sup> conforme al juicio de valoración otorgado de forma personal, concluyendo entonces que los registros con los que cuenta la fiscalía son necesarios únicamente para que en base a su análisis se forme la teoría del caso de cada parte.

Así conscientes de que se corre el riesgo de que el Ministerio Público no exprese completa o correctamente lo que contiene en su expediente y por ende el Juez de Investigación Preparatoria ponderar, en el siguiente apartado abordaremos la actuación de este Juggador para ir analizando la afirmación que hicimos con antelación.

#### **4.1. El juez de la investigación preparatoria en la investigación ministerial**

Una vez que el Fiscal tiene conocimiento del delito procederá a la investigación para lo cual abrirá un expediente (art. 134° CPP) teniendo como una limitación el respeto a los derechos fundamentales, de ahí que el legislador expresamente señala casos en los que para realizar tal investigación al implicar la afectación de tales derechos tendrá que acudir ante el Juez de Investigación preparatoria para ponerlo a su consideración, para ello es que abordaremos los supuestos que frecuente acontecen.

- A. El allanamiento (art. 214° CPP) Siempre que existan motivos razonables para considerar que ese oculta al imputado o a alguna persona evadida o que se encuentran bienes delictivos o cosas relevantes para la investigación, el fiscal solicitará el allanamiento y registro domiciliario de una casa habitación, casa de negocio, en sus dependencias cerradas o en un recinto habitado temporalmente, y de cualquier otro lugar cerrado, siempre que sea previsible que le sea negado el ingreso en acto de función a un determinado recinto.
- B. El levantamiento del secreto bancario (art. 235° CPP) El Juez de la Investigación Preparatoria, a solicitud del Fiscal, podrá ordenar, reservadamente y sin trámite alguno, el levantamiento del secreto bancario, cuando sea necesario y pertinente para el esclarecimiento del caso investigado.

---

214 Estando conscientes que el Juggador tiene a su cargo la valoración de la prueba observando las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia.

- C. La interceptación e incautación postal (art. 226° CPP) Las cartas, pliegos, valores, telegramas y otros de correspondencia o envío postal en las oficinas postales o telegráficas dirigidas al imputado o remitidos por el aún bajo nombre supuesto o de aquellos de los cuales se presumiere pudiere ser el destinatario.
- D. La intervención de comunicaciones y telecomunicaciones (art. 230° CPP) Cuando existan suficientes elementos de convicción para considerar la comisión de un delito sancionado con pena superior a los 4 años y la intervención sea absolutamente necesaria para proseguir las investigaciones.
- E. Clausura o vigilancia de locales (art. 238° CPP) El Juez, a pedido del Fiscal y cuando fuere indispensable para la investigación de un delito sancionado con pena superior a cuatro años de privación de libertad, podrá disponer la clausura o la vigilancia temporal de un local.
- F. Control de comunicaciones y documentos privados (art. 224° CPP) También puede ser objeto de exhibición forzosa o incautación las actuaciones y documentos que no tiene la calidad de privados. Cuando se trate de un secreto de Estado, el fiscal acudirá ante el juez de investigación preparatoria, cuando se invoque un secreto profesional; cuando se invoque secreto de Estado.

De estas actuaciones planteadas ante el citado Juez de Investigación Preparatoria podemos advertir como elementos:

- La necesidad del fiscal de realizar un acto de investigación que es altamente indispensable llevar a cabo para el éxito de la investigación;
- Que para lo anterior se necesita forzosamente la intervención de la autoridad judicial;
- Para obtener tal autorización es necesario que funde y motive su petición, pero sin que la parte investigada sea sabedora.
- En este panorama es ineludible el preguntarse la razón por la cual el fiscal realice el planteamiento sin la parte contraria, la respuesta es obvia ya que precisamente en el secreto de la actuación estará depositado el éxito de la investigación, por lo tanto podemos advertir que no es de impacto en el equilibrio procesal ni en la defensa técnica que no se encuentre presente en ese planteamiento para ejercer la contradicción, pues como comentamos es precisamente la secrecía en su ejecución que se requiere. En consecuencia, esas actuaciones consideramos si pueden plantearse por escrito, sin perjuicio de que también se puedan realizar en audiencia grabada entre el Juez y la Fiscalía. Estamos en el entendido de que al constituir una afectación a un derecho fundamental el resultado de lo anterior será forzosamente puesto de conocimiento del defensor para que en las etapas oportunas pueda hacer valer la contradicción respecto de estos actos y poder el juez realizar un control horizontal.

No obstante, si bien es cierto que la oralidad y contradicción como principios fundamentales del sistema acusatorio adversarial, de los actos de investigación señalados con antelación se puede advertir que su inobservancia no violenta en esencia dicho sistema puesto que como se dijo la actuación a pesar de que se realice por escrito es llevada a cabo por el Juezador velando por el respeto a la legalidad.

Ahora bien, consideramos que lo anterior no se puede sostener en los siguientes casos:

- a. La exhibición e incautación de bienes (art. 218° CPP) Cuando el propietario, poseedor, tenedor u otro requerido por el fiscal para que entregue o exhiba un bien que constituye cuerpo del delito y de las cosas que se relacionen con él o que sean necesarias para el esclarecimiento de los hechos investigados, se negará a hacerlo o cuando la ley así lo prescribiera, el fiscal solicitará al juez de investigación preparatoria ordene su incautación o exhibición forzosa.
- b. Impugnación por no devolución de bienes incautados (art. 222° CPP) El Fiscal y la Policía con conocimiento del primero podrá devolver al agraviado o a terceros los objetos incautados o entregar los incautados que ya fueron utilizados en la actividad investigadora, con conocimiento del Juez de la Investigación Preparatoria. Asimismo, podrá devolverlos al imputado si no tuvieran ninguna relación con el delito. La devolución podrá ordenarse provisionalmente y en calidad de depósito, pudiendo disponerse su exhibición cuando fuera necesario. Los bienes sustraídos serán entregados al agraviado. Si el Fiscal no accede a la devolución o entrega, el afectado podrá instar, dentro del tercer día, la decisión del Juez de la Investigación Preparatoria.
- c. Prueba anticipada (art. 245 CPP) La audiencia se desarrollará en acto público y con la necesaria participación del Fiscal y del abogado defensor del imputado. Si el defensor no comparece en ese acto se nombrará uno de oficio, salvo que por la naturaleza de la prueba pueda esperar su práctica. La audiencia, en este último caso, se señalará necesariamente dentro del quinto día siguiente, sin posibilidad de aplazamiento.
- d. Tutela de derechos (art. 71 CPP) Derechos del imputado. Cuando el imputado considere que durante las Diligencias Preliminares o en la Investigación Preparatoria no se ha dado cumplimiento a estas disposiciones, o que sus derechos no son respetados, o que es objeto de medidas limitativas de derechos indebidas o de requerimientos ilegales, puede acudir en vía de tutela al Juez de la Investigación Preparatoria para que subsane la omisión o dicte las medidas de 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.
- e. Intervención corporal (art. 202° CPP) Cuando resulte indispensable restringir un derecho fundamental para lograr los fines de esclarecimiento del proceso, debe procederse conforme a lo dispuesto por la Ley y ejecutarse con las debidas garantías para el afectado.

- f. Verificación de detención preliminar (art. 261° CPP) El Juez de la Investigación Preparatoria, a requerimiento del Fiscal, sin tramite alguno y teniendo a la vista las actuaciones remitidas por aquél, dicta mandato de detención preliminar.

Del muestreo de las actuaciones anteriores, se considera que no se podrá faltar al principio de oralidad ni de contradicción ya que a contrario sensu de las anteriores sí se verían afectados derechos humanos y de defensa, así como tampoco admisible el que el juez lea el expediente fiscal previo a resolver, pues precisamente su resolución tiene que emerger del planteamiento que realicen las partes que encontrándose en igualdad, ejerzan la contradicción como ya lo sostuvimos en anteriores párrafos.

#### **4.2. El juez de investigación preparatoria en la investigación formalizada**

Ya que el Fiscal valoró el material probatorio que cuenta con motivo de la denuncia o el informe policial que le permiten establecer que cuenta con indicios reveladores de la existencia de un delito, que la acción penal no ha prescrito, que ha identificado al imputado, acudirá ante el juez para formalizar la investigación, en donde consideramos que como se indicó en la parte final del anterior apartado deberá realizar sus actuaciones sin tener a la vista el expediente fiscal, en vía de ejemplo veremos las principales actuaciones.

- A. Control de detención (art. 266° CPP) El Juez, antes del vencimiento de las veinticuatro (48) horas de la detención, realiza la audiencia de carácter inaplazable con asistencia obligatoria del Fiscal, el imputado y su abogado defensor.
- B. Prolongación de la prisión preventiva (art. 274° CPP) Cuando concurren circunstancias que importen una especial dificultad o prolongación de la investigación o del proceso y que el imputado pudiera sustraerse a la acción de la justicia u obstaculizar la actividad probatoria, el plazo de la prisión preventiva podrá prolongarse.
- C. Cambio de comparecencia por prisión preventiva (art. 279° CPP) Si durante la investigación resultaren indicios delictivos fundados de que el imputado en situación de comparecencia está incurso en los supuestos del artículo 268°, el Juez a petición del Fiscal, podrá dictar auto de prisión preventiva.
- D. Medidas de protección (art. 248° CPP) El Fiscal o el Juez, según el caso, apreciadas las circunstancias previstas en el artículo anterior, de oficio o a instancia de las partes, adoptará según el grado de riesgo o peligro, las medidas necesarias para preservar la identidad del protegido, su domicilio, profesión y lugar de trabajo, sin perjuicio de la acción de contradicción que asista al imputado.

- E. Cesación de la Prisión preventiva (art. 283° CPP) El imputado podrá solicitar la cesación de la prisión preventiva y su sustitución por una medida de comparecencia las veces que lo considere pertinente.
- F. Audiencia preliminar (art. 351° CPP) Presentados los escritos y requerimientos de los sujetos procesales o vencido el plazo fijado en el artículo anterior, el Juez de la Investigación Preparatoria señalará día y hora para la realización de una audiencia preliminar, la que deberá fijarse dentro de un plazo no menor de cinco (5) días ni mayor de veinte (20) días. Para la instalación de la audiencia es obligatoria la presencia del Fiscal y el abogado defensor del acusado. No podrán actuarse diligencias de investigación o de prueba específicas, salvo el trámite de prueba anticipada y la presentación de prueba documental, para decidir cualquiera de las solicitudes señaladas en el artículo anterior.

Como se puede visualizar de cada una de las audiencias a que se refieren los párrafos anteriores es inadmisibles que el Juez que vaya atender el planteamiento de cada una de ellas previamente pueda tener acceso a los registros previos, pues como se ha sostenido su resolución no será imparcial.

## 5. Bibliografía

- Binder, Alberto M. Introducción al Derecho Procesal Penal, Ad-Hoc, 2a Edición.
- Briseño Sierra, Humberto, Los principios del derecho procesal, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1980.
- Cuadrado Salinas, Carmen, La Investigación en el proceso penal, Editorial La Ley, España, 2010.
- Gómez Colomer, Juan Luis, El Proceso penal adversarial. Una crítica constructiva sobre el llamado sistema acusatorio, Ubijus, Editorial, México, 2021.
- Luigi Ferrajoli, Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal, Editorial Trotta, 8ª edición, España, 2006.
- Montesquieu, Del Espíritu de la Leyes, Editorial Porrúa, 17ª edición, México, 2007.
- Ouando Ramón, Ludwig, Medidas cautelares en el Código Nacional de Procedimientos Penales, Flores Editor y Distribuidor, México, 2015.
- Legislación:
  - Código Procesal Penal de Perú.
  - Constitución Política del Perú.
  - Convención Americana de Derechos Humanos.
  - Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

## LAS MEDIDAS DE COERCIÓN EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL: ANÁLISIS NORMATIVO Y PAUTAS PARA SU LITIGACIÓN CON ESPECIAL FOCO EN LA PRISIÓN PREVENTIVA

**Nicolás Omar Vargas<sup>215</sup> (Argentina)**

*“Me ha conmovido la noticia que acabo de oír, de que a los infelices encarcelados no se les suministra sino una comida cada veinticuatro horas. La transmito a V. S. sin embargo del feriado, para que, penetrado de iguales sentimientos propios de su conmiseración, se sirva disponer se les proporcione cena a horas que no altere el régimen de la Cárcel. Aquel escaso alimento no puede conservar a unos hombres, que no dejan de serlo por considerarles delincuentes. Muchos de ellos sufren un arresto precautorio solo en clase de reos presuntos. Las Cárceles no son un castigo, sino el depósito que asegura al que deba recibirlo. Y ya que las nuestras, por la estúpida educación española, están muy lejos de equipararse a la policía admirable que brilla en las de los Países cultos, hagamos lo posible por llegar a imitarlas. Conozca el Mundo que el genio Americano abjura con horror las crueles actitudes de sus antiguos opresores y que el nuevo aire de libertad que empieza a respirarse extiende un benigno influjo a todas las clases del Estado”.*

*José de San Martín.*

### 1. Ideas introductorias

En este trabajo pretendo abordar las principales cuestiones que hacen a la realización de audiencias de medidas de coerción en el marco del Código Procesal Penal (en adelante, CPP). En la regulación del texto procesal se pueden encontrar dos clases de medidas. Por un lado, aquellas que limitan derechos personales del imputado, por lo general su libertad ambulatoria, y aquellas que son de carácter real, en tanto inciden sobre el patrimonio de la quien se encuentra sometido a proceso o de otra persona que responda por él. Por la importancia que tienen en clave de afectación de derechos, en estas líneas me ocuparé, en términos generales, de aquellas medidas que tienen como consecuencia la limitación de la libertad ambulatoria. En concreto, este artículo dará cuenta de los aspectos más salientes que hacen a la prisión preventiva, la prisión domiciliaria, la comparecencia, la comparecencia restrictiva, la detención y la caución, en el supuesto que es empleada para reemplazar a otra medida cautelar que limita derechos personales.

215 Abogado (Universidad Nacional de Lomas de Zamora). Magister en derechos humanos (Universidad Nacional de Lanús). Doctorando en derechos humanos (Universidad Nacional de Lanús), con tesis depositada pendiente de defensa. Docente de derecho penal y procesal penal en la facultad de derecho de la Universidad de Buenos Aires. Subdirector y docente de la diplomatura en derecho procesal penal de la Universidad Nacional de José C. Pag. Codirector del proyecto de investigación científica y tecnológica UNPAZ 2021-2023: “De un día en la Corte a juicios en cuotas, inercias del escriturismo y del secreto en la administración de justicia”. Defensor público coadyuvante de la Defensoría General de la Nación (Argentina), actuando como defensor ante los Tribunales Orales en lo Criminal y Correccional en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Como considero que la litigación sin un respaldo teórico se limita a ser una mera técnica que pierde de vista la función política del proceso penal, me interesa tratar los principales aspectos que hacen a la regulación y litigación de las medidas de coerción desde una perspectiva de derechos humanos que contemple, como corresponde, la mirada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como así también desde la regulación del texto constitucional y del Código Procesal Penal peruano.

Es innegable la centralidad que tienen las medidas de coerción en los sistemas de administración de justicia de América Latina, y particularmente dentro del menú de medidas, la prisión preventiva. Partiendo de ese inobjetable dato de la realidad no puedo dejar de advertir que este trabajo, si bien intenta comprender el estudio de todas las medidas mencionadas, pone especial énfasis en la prisión preventiva. No se trata, desde ya, de darle una centralidad al encierro cautelar que proponga su uso de modo indiscriminado o como primera opción, sino que más bien se trata de lo contrario en tanto se propone un uso excepcional, limitado y racionalizado de esa herramienta. Tengo la firme convicción de que el texto del Código Procesal Penal, leído según su mejor luz, les da a los operadores del sistema de justicia herramientas que permiten actuar en ese sentido.

Si bien se ha avanzado en algunos aspectos en lo que hace a la fundamentación de la prisión preventiva -quizás lo más destacable sea que los discursos sustancialistas de la prisión preventiva, es decir aquellos que la ven como un adelanto de pena, han sido felizmente descartados,<sup>216 217</sup> lo cierto y lo concreto es que aún el uso del encierro cautelar se encuentra por demás extendido en la región, y Perú no escapa a esa regla<sup>218</sup>. Se trata de una cuestión que, por la magnitud de los derechos en juego, ni más ni menos que la libertad ambulatoria, debe ser central a la hora de reflexionar sobre el sistema de administración de justicia y su devenir. Paradójicamente, si bien se encuentra censurada toda posibilidad de justificación del encierro cautelar bajo argumentos de prevención especial, en los hechos, al tratarse de un impedimento de la libertad ambulatoria la prisión preventiva equivale a una pena. Quizás esto

216 Sobre el punto, bien vale la pena traer a colación lo dicho por la Corte Interamericana de Derechos Humanos hace ya 25 años en el Caso Suárez Rosero vs. Ecuador, donde se afirmó que: “...*(E)n el principio de presunción de inocencia subyace el propósito de las garantías judiciales, al afirmar la idea de que una persona es inocente hasta que su culpabilidad sea demostrada. De lo dispuesto en el artículo 8.2 de la Convención se deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, pues la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva. Este concepto está expresado en múltiples instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos y, entre otros, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que dispone que la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general (art. 9.3). En caso contrario se estaría cometiendo una injusticia al privar de libertad, por un plazo desproporcionado respecto de la pena que correspondería al delito imputado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida. Sería lo mismo que anticipar una pena a la sentencia, lo cual está en contra de principios generales del derecho universalmente reconocidos.*” (Parr. 77, sentencia del 12 de noviembre de 1997).

217 Por cierto, que los discursos legitimantes de la prisión preventiva en clave sustantivista o neutralizante, hayan sido desterrados del ámbito académico como el hecho de que tampoco sean tolerados por los organismos encargados de aplicar el derecho internacional de los derechos humanos ni por los órganos judiciales no significa que hayan desaparecido. Existe en nuestros sistemas de administración de justicia un uso extendido de la prisión preventiva, como es bien sabido, y en no pocos casos se utilizan argumentos de tipo procesal para justificar su procedencia pero que en realidad encubren motivaciones de tipo sustancialista.

218 Por caso, el informe estadístico elaborado por el Instituto Nacional Penitenciario indica que a mayo del año 2021 había unas 86.812 personas detenidas en establecimientos penitenciarios, de las cuales unas 55.828 lo estaban en carácter de sentenciadas mientras que las restantes 30.984 estaban como procesadas.

pueda llevar a alguna confusión y por ello quiero ser claro en este punto. Se debe diferenciar la justificación legal de la prisión preventiva que encuentra su razón de ser en la finalidad cautelar, es decir que solo procede cuando existe riesgo de fuga y/o entorpecimiento del proceso y no existe otro medio menos lesivo para neutralizarlos, de los efectos de la prisión preventiva sobre la realidad dado que se trata del encierro de personas. A la hora de decidir sobre la aplicación de la prisión preventiva, estas dos cuestiones deben funcionar como diques de contención. Así, en primer lugar, se debe verificar la existencia de algún riesgo procesal y que no sea posible neutralizarlo por otra vía menos lesiva de los derechos de la persona acusada, y, en segundo lugar, y considerando los penosos efectos del encierro cautelar, se debe ser sumamente cauteloso tanto a la hora de decidir su aplicación como al momento de evaluar su extensión o renovación.

El derecho a transitar el proceso penal en libertad que ampara a toda persona sometida a un proceso tiene raigambre tanto constitucional como convencional. En ese sentido bien vale traer a colación las disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos<sup>219</sup>, como del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>220</sup> y el texto constitucional peruano<sup>221</sup>; como así también otros instrumentos del derecho

219 Es pertinente traer a colación el artículo séptimo de ese instrumento, en tanto establece: *“Derecho a la Libertad Personal. 1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. 2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas. 3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios. 4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada sin demora del cargo o cargos formulados contra ella. 5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe con el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio. 6. Toda persona privada de su libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que este decida, sin demora, sobre la legalidad de tal amenaza dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona. 7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios.”*

La Corte Interamericana ha dicho, en varias oportunidades, que el artículo séptimo de la Convención Americana tiene como contenido esencial la protección de la libertad individual contra toda interferencia arbitraria o ilegal por parte del Estado, y que esa norma prevé dos regulaciones, una de carácter general, que es la contenida en el primer inciso, que implica el respeto a la libertad y seguridad individuales, y en los siguientes incisos contiene protecciones de carácter específico: no ser sometido a una detención ilegal (Art. 7.2) o arbitraria (Art. 7.3); conocer las razones de la detención y los cargos formulados (Art. 7.4); el control judicial de la detención y la razonabilidad del plazo de la prisión preventiva (Art. 7.5.), el derecho a impugnar la detención (Art. 7.6); y, por último, la prohibición de detención por deudas dispuesta en el Art. 7.7 (Corte IDH, Caso Jenkins vs. Argentina, sentencia de 26 de noviembre de 2019, Parr. 71).

Asimismo, también es de utilidad mencionar al Artículo 8.2. de la Convención Americana que consagra el principio de inocencia al sostener que *“Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”*.

220 De este documento, corresponde citar el primer numeral del artículo noveno, *“Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en esta”*; como el tercer numeral del mismo artículo: *“Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.”*

221 Particularmente, el artículo 24, que establece el derecho a la libertad y la seguridad personales, y reconoce el principio de inocencia, el principio de legalidad en materia de detención y la exigencia de orden judicial para una detención, salvo en los casos de flagrancia.

internacional de los derechos humanos que pertenecen al campo del llamado *soft law* o derecho blando<sup>222</sup>.

Asimismo, y con la finalidad de darle a las y los operadores del sistema de justicia herramientas que puedan ser de utilidad para el desarrollo de las audiencias de litigación de medidas cautelares, teniendo en miras la oralidad que el CPP establece como ámbito para la realización de peticiones y la toma de decisiones, en este trabajo propongo algunas pautas que pueden ser de utilidad para la realización de audiencias.

## **2. La regulación de las medidas cautelares en el CPP: una lectura desde los estándares de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos**

El Código Procesal Penal, en su título preliminar establece una serie de normas con disposiciones que hacen a la regulación de los principios y garantías mínimos en el proceso penal. Habitualmente, o por lo general, esas normas suelen ser expresiones de garantismo formal o testimonial, pero, por fortuna, no es el caso del CPP ya que en el artículo X se establece, con una técnica legislativa digna de reconocimiento, que las normas que integran ese título prevalecen por sobre las otras disposiciones del Código y deben ser utilizadas como fundamento de interpretación de la norma.

Esta cuestión no es nada menor, porque además de rescatar el valor de los principios y garantías como pilares del sistema de justicia, involucra al tema bajo estudio, en tanto, y a tono con el texto constitucional y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se rescata al principio de inocencia, en el artículo II. Más allá de la significancia que tiene el estado de inocencia como salvaguarda para impedir pronunciamientos condenatorios injustos, también genera algunas obligaciones en lo que hace al tratamiento que se le debe dar al encierro cautelar.

Así, del principio de inocencia, “...*(S)e desprende que los elementos que acreditan la existencia de los fines legítimos tampoco se presumen, sino que el juez debe fundar su pretensión en circunstancias objetivas y serias del caso concreto, que corresponde acreditar al titular de la acusación y no al acusado, quien además debe tener la posibilidad de ejercer el derecho de contradicción y estar debidamente asistido por un abogado...*”<sup>223</sup>.

En esa línea, debe ser destacado que, en el artículo VI, se consagra que aquellas medidas que limitan derechos fundamentales solo pueden ser dictadas por una autoridad judicial de acuerdo al modo y la forma que la ley prevé; se deben imponer mediante una resolución fundada y solo a pedido de la parte procesal interesada. De ese modo, se consagra, en primer lugar, la reserva de ley, de acuerdo al cual solo mediante una ley puede afectarse el derecho a la libertad personal, y el principio de tipicidad según el cual es obligación de los Estados establecer, con antelación y con el

222 El artículo 39 del Conjunto de Principios para la Protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, que fuera aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas establece que la regla debe ser la libertad durante el transcurso del proceso penal. Las Reglas de Tokio, en su numeral 6.1, establecen que la prisión preventiva debe ser utilizada como último recurso.

223 Caso Hernández us. Argentina, sentencia de 22 de noviembre de 2019, Parr. 109.

mayor grado posible de concreción, cuáles son las causas y condiciones de la privación de la libertad física<sup>224</sup>.

Asimismo, y continuando en el artículo VI, se establece que las medidas judiciales que limiten derechos deben encontrar sustento en adecuados medios de convicción considerando tanto la naturaleza y la finalidad de la medida como el derecho fundamental que se limita; como así también debe ser respetado el principio de proporcionalidad.

La sección tercera del CPP, bajo el título medidas de coerción procesal, regula la cuestión bajo análisis.

En primer lugar, se plantean los preceptos generales de la materia.

De momento, me interesa remarcar que en el artículo 253 se establece, en su primer inciso y en modo concordante con los artículos antes mencionados del CPP, que los derechos reconocidos por la Constitución como por los instrumentos de derechos humanos ratificados por el Estado Peruano solo pueden ser restringidos en el marco del proceso penal cuando la ley así lo habilita y respetando las garantías que en ella se establecen. De ese modo, se dispone, que, en materia de medidas de coerción, rige el principio de legalidad.

Continuando con el artículo 253 allí también se dispone, en el segundo numeral, que al imponer una medida de coerción se los debe hacer solo cuando fuere indispensable y en la medida y el tiempo estrictamente necesario.

El último numeral de ese artículo, establece que las medidas cautelares pueden ser dispuestas para prevenir el riesgo de fuga, de entorpecimiento de la investigación o averiguación de la verdad, para impedir el ocultamiento de bienes o la insolvencia sobrevenida y para evitar el riesgo de reiteración delictiva. Así, las cosas no caben más que señalar que, de acuerdo a la definición que desde el sistema interamericano de derechos humanos se da con relación a la finalidad de las medidas cautelares, la posibilidad de que las medidas cautelares tengan una finalidad de neutralización no resulta aceptable. En rigor, y si se me permite apartarme por un momento del camino que vengo recorriendo, es inclusive inaceptable que las penas tengan finalidades de neutralización o de prevención especial negativa.

Volviendo al tema que nos ocupa, insisto en que debe primar la mirada, acorde a la jurisprudencia interamericana y al texto de las otras disposiciones del CPP, que veda la utilización de las medidas de coerción, y naturalmente de la prisión preventiva, con fines neutralizantes.

El artículo 254 ya se ocupa de los requisitos que se exigen para el dictado de una medida cautelar y que debe abastecer la resolución judicial que lo establece. Para empezar, se requiere, como una derivación del principio acusatorio, que sea a partir de la solicitud de quien ejerce la acusación y se disponga mediante una resolución debidamente

224 Caso Usón Ramírez vs. Venezuela, sentencia de 20 de noviembre de 2019, Parr. 145.

fundada. Y ese resolutorio no puede dejar de incluir la descripción del hecho y las normas transgredidas, la finalidad de la medida y el objeto de convicción que justifica la medida, y, por último, la fijación del plazo y los mecanismos de control.

Todas estas cuestiones deben ser materia de litigio, y por ello volveré a tratarlas en el siguiente apartado, aunque ahora me interesa detenerme en el principio acusatorio en materia de medidas cautelares y su adecuada realización. El artículo 255 CPP en su primer numeral ratifica esta idea, en tanto allí se dispone que las medidas solo pueden ser dispuestas por el juez a petición del fiscal, con excepción de las facultades que posee la fiscalía y la policía y aquellas medidas solicitadas por el actor civil. En el mismo artículo, el numeral segundo sostiene que las resoluciones que establezcan las medidas son modificables, aún de oficio, cuando varíen las circunstancias que motivaron su rechazo o imposición. Entiendo que una lectura aislada de este artículo puede llevar a pensar que la jurisdicción puede imponer una medida cautelar o modificar las condiciones de su ejecución en términos más gravosos para la persona acusada de modo oficioso. De ninguna manera, ello es posible. La única posibilidad que tienen los jueces y juezas de modificar las condiciones de ejecución de una medida cautelar se da cuando es en beneficio de la persona sometida a proceso penal. Lo propio sucede con la posibilidad de poner fin a la medida. Esta lectura no solo es compatible con el espíritu del Código Procesal, sino que además es coherente con el posicionamiento que asumí sobre el punto la Corte IDH, en tanto su jurisprudencia dispone que la prisión preventiva debe revisarse de modo periódico por su carácter cautelar<sup>225</sup>. Asimismo, nuestra idea es ratificada por el numeral tercero del artículo bajo análisis, en tanto dispone que, con excepción de las medidas solicitadas por el actor civil, corresponde que el Ministerio Público o el imputado soliciten la revocatoria, reforma o sustitución de las medidas. Lo propio debe suceder con la prórroga de la prisión preventiva, prevista en el artículo 274 CPP: solo puede concederse ante un pedido de la acusación.

Con relación a la detención, el texto de la norma procesales establece diferentes clases cuya aplicación procede según las circunstancias. Adoptando una definición de la flagrancia amplia, en el mismo sentido que lo hicieron otras legislaciones de la región, se establece la posibilidad de que la Policía Nacional pueda realizar detenciones sin mandato judicial (art. 259 CPP). También se prevé, para los mismos supuestos, el arresto ciudadano, con la consiguiente obligación para quien realiza el arresto de entregar a la persona detenida y los efectos del delito a la policía (art. 260 CPP). La detención mediante orden judicial puede disponerse, a requerimiento del fiscal, cuando exista una pena en expectativa superior a cuatro años, cuando el sorprendido en flagrancia logre evitar su detención y cuando una persona detenida se fugue del centro de detención (art. 261 CPP).

En lo tocante a la prisión preventiva, el artículo 268 CPP dispone que para su procedencia deben darse algunos supuestos que deben concurrir de forma conjunta. De ese modo, la ausencia de uno de ellos no hace posible que se pueda avanzar con el dictado de la medida cautelar. La primera exigencia que la ley contiene es que existan fundados y graves elementos de convicción que permitan estimar la comisión de un delito en el cual haya tenido participación la persona acusada. La segunda exigencia es que

225 Corte IDH, Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco vs. México, sentencia del 28 de noviembre de 2018, Parr. 235.

La sanción en expectativa sea superior a cuatro años de prisión. Debo reconocer la importancia de esta disposición, que por cierto no se encuentra en todos los códigos procesales de la región, en tanto establece un límite objetivo al encierro cautelar y además actúa como un anticuerpo contra la selectividad del sistema penal en tanto evita que personas que se ven sometidas a procesos penales por delitos de menor cuantía se vean privadas de su libertad. También actúa como un dique de contención frente a la sobrepoblación del sistema carcelario, otro de los problemas endémicos de nuestra región, al evitar que las cárceles se vean atestadas por personas que cometieron infracciones menores. Por último, el tercer numeral del artículo bajo estudio asume, como corresponde, una concepción cautelar en torno a la prisión preventiva, ya que dispone que solo procede su aplicación cuando se presenta la posibilidad de que la persona acusada se sustraiga de la administración de justicia dándose a la fuga u obstaculice la averiguación de la verdad. Los artículos 269 y 270 se ocupan de las pautas para determinar cuándo se da el riesgo de fuga o de obstaculización del proceso y sobre esa cuestión volveré a la hora de trabajar sobre el litigio en materia de encierro cautelar.

### 3. Pautas para la realización de audiencias de medidas cautelares

Una de las novedades que la reforma procesal, que atraviesa a toda la región, trajo consigo la incorporación de la oralidad como ámbito de discusión y de toma de decisiones. Sin lugar a dudas se trata de una verdadera revolución que rompe con el escriturismo, y el consecuente secretismo, heredado de la época colonial que atravesó por mucho tiempo a nuestros sistemas de administración de justicia. La incorporación de la oralidad demanda profundos cambios en las rutinas de trabajo de quienes somos operadores dentro del sistema de justicia y plantea nuevos desafíos y exigencias que demandan una especial preparación. Para empezar, requiere que las y los litigantes tengan un adecuado manejo de la oralidad y de la teoría del caso, ya que en los sistemas penales acusatorios el litigio es una actividad que requiere de mucha planificación y estrategia, si se pretende que nuestro desempeño profesional sea adecuado. También, por cierto, el litigio oral, cuando es correctamente implementado, permite que se llegue a decisiones de mejor calidad, redundando así en un beneficio para la administración de justicia en su conjunto.

Dicho esto, corresponde plantear algunas cuestiones que, de acuerdo a nuestro entender, pueden resultar de provecho a la hora de realizar audiencias de litigación de medidas de coerción. Estas propuestas se basan en una lectura en clave constitucional y convencional de la normativa procesal.

En el caso de las audiencias de control de la detención, no solo debe evaluarse que haya sido realizada bajo las circunstancias previstas por la ley, sino que además se deben aplicar de modo estricto los procedimientos objetivamente definidos por la ley, porque, de lo contrario, la detención es ilegal<sup>226</sup>. En términos legislativos esto implica que los Estados deben definir de modo concreto y expreso las causas y condiciones que justifican esa detención, por aplicación del principio de tipicidad<sup>227</sup>, aún en aquellas detenciones que son por un breve lapso de tiempo<sup>228</sup>, y el control sobre el respeto de esas circunstancias forma

226 Corte IDH, Caso Montesinos Mejía vs. Ecuador, sentencia del 27 de enero de 2020, Parr. 94.

227 Corte IDH, Caso Usón Ramírez vs. Venezuela, sentencia de 20 de noviembre de 2009, Parr. 145.

228 Corte IDH, Opinión Consultiva 21/14 de 19 de agosto de 2014, Parr. 191.

parte del contenido del litigio. Es decir, que no solo basta que se trate de un supuesto previsto por la ley, que hace al llamado aspecto formal, sino que además el aspecto material, que hace al modo en que se lleva adelante la detención, también debe ser respetado. Naturalmente, la superación de los plazos que el CPP dispone en lo que hace a la realización de la audiencia de control de detención, implica que esa detención se ha tornado ilegal. También debe corroborarse que la persona acusada haya sido debidamente informada del delito que se le atribuye (Art. 263.1 CPP). De acuerdo al estándar interamericano, la persona detenida debe recibir tanto una notificación oral o escrita sobre las razones de la detención, como también debe recibir, por escrito, la notificación de los cargos<sup>229</sup>.

También forma parte del litigio en estas audiencias el control sobre la arbitrariedad de la detención. Como ya hemos visto, la Convención Americana diferencia, con claridad, la legalidad de la detención y la prohibición de que esa detención sea arbitraria. De hecho, se debe hacer un análisis secuencial sobre la detención para determinar su legalidad, y luego, su arbitrariedad. De ese modo, una detención puede ser calificada como ilegal cuando aun siendo realizada bajo un supuesto previsto por la ley se entiende que es incompatible con el respeto a la dignidad humana por ser irrazonable, imprevisible o falta de proporcionalidad<sup>230</sup>.

En el caso de las audiencias de prisión preventiva, debe comenzar por recordarse que rige el principio acusatorio. Es decir que solo quien ejerce la acusación puede pedir su imposición, su modificación para el agravamiento o su prorroga. Esta cuestión, que es evidente en un sistema de justicia acusatorio, es necesario que sea remarcada tantas veces como sea posible, considerando la histórica confusión que existió en nuestros sistemas judiciales entre las funciones acusatorias y las decisorias. Así las cosas, la pretensión de la acusación es un límite que, bajo ningún aspecto, puede ser rebasado por la autoridad judicial. Por caso, si un fiscal solicita como medida cautelar el arresto domiciliario la judicatura no puede imponer la prisión preventiva. O si la acusación, a la hora de determinar la extensión del encierro cautelar, solicita que esa medida dure seis meses, el juez o jueza que resuelve no puede imponer ni un día más de prisión preventiva.

Según nuestro criterio, el modo más adecuado de llevar adelante una audiencia de prisión preventiva es aquel que divide la audiencia en tramos, dándose un avance de orden secuencial. Atención, que la audiencia se divida en tramos o secciones no implica que se debe ir realizando en diferentes días. La audiencia de prisión preventiva debe concluir el mismo día en que finaliza por aplicación del principio de continuidad, y por la propia esencia de la oralidad. Por otra parte, dado que es necesaria, y obligatoria, la presencia de todas las partes técnicas como de la persona acusada no pueden dejar de señalarse los inconvenientes que la realización de la audiencia en varios días trae tanto en materia de organización de agenda como de traslado de la persona imputada en caso de encontrarse detenida.

Hecha esta aclaración y volviendo al desarrollo de la audiencia, debe decirse que en un primer momento corresponde que la acusación acredite, con la exigencia propia de esa etapa procesal, la existencia del hecho y la participación de la persona acusada. Sin perder

229 Corte IDH, Caso Carranza Alarcón vs. Ecuador, sentencia del 19 de noviembre de 2020, Parr. 63.

230 Corte IDH, Caso Amrhein y otros vs. Costa Rica, sentencia de 25 de abril de 2018, Parr. 355.

de vista que el momento en el cual esas cuestiones se van a discutir es el desarrollo del debate, debe decirse que al menos deben elementos que permitan formular cargos o llevar el caso a juicio, debe darse la presencia de indicios suficientes en torno a la participación de la persona acusada en el delito que se investiga<sup>231</sup>, por lo cual no son aceptables las meras conjeturas o las intuiciones abstractas<sup>232</sup>. Aunque, como es de imaginarse, la sola existencia de estos indicios no es suficiente para justificar el dictado de la prisión preventiva, sino que deben existir razones de orden cautelar que justifiquen su imposición<sup>233</sup>.

También en esta instancia corresponde que la acusación, en virtud del hecho que le endilgue a la persona acusada de cuenta de cuál es la tipificación que le corresponde a esta conducta. Esta cuestión no es para nada menor, porque, como vimos existe un límite objetivo en torno al quantum punitivo que torna inaplicable la prisión preventiva. Estas dos cuestiones pueden ser rebatidas por la defensa técnica. Es decir, se puede poner en entredicho tanto la materialidad del hecho y la participación que tuvo la persona acusada como la calificación que se le pretende dar por parte de la acusación. Si el juez o jueza a cargo de la audiencia considera que se encuentra acreditada, con las exigencias propias de esta etapa, tanto la materialidad del hecho como la participación de la persona acusada y se trata de un delito cuya pena en expectativa es superior a cuatro años, corresponde avanzar al siguiente tramo de la audiencia.

Llega el momento de discutir sobre la existencia de riesgos procesales. Ya hemos visto que el encierro cautelar puede dictarse cuando existe riesgo de fuga o de entorpecimiento de la investigación. Habitualmente, la existencia de un riesgo procesal suele excluir al otro, porque no resulta, por lo general, común que quien tiene intenciones de fugarse pueda también entorpecer el avance de la investigación. Por ello, la acusación debe determinar cuál es el riesgo procesal que va a elegir.

El peligro de fuga, conforme al artículo 269 CPP, es determinado considerando: el arraigo, la gravedad de la pena en expectativa, la magnitud del daño y la ausencia de voluntad del imputado para repararlo, el comportamiento del imputado en este proceso y en otros procesos que dé cuenta de su voluntad de someterse al proceso y la pertenencia de la persona acusada a una organización criminal o su reintegración a ella.

La determinación del arraigo, o su ausencia, debe ser realizada a partir de la consideración de las circunstancias que hacen a la vida de la persona imputada. Se debe evitar, según nuestro criterio, que en aquellas situaciones en las cuales la persona atraviesa una situación de vulnerabilidad social ello sea utilizado como fundamento de la falta de arraigo. Por supuesto, la defensa, sea particular u oficial, tiene como misión desvirtuar ello.

En cuanto a la pena, se debe comenzar por decir que la sola expectativa de pena no es suficiente para que se pueda dictar la prisión preventiva, es decir que la gravedad del

231 Caso Jenkins us. Argentina, sentencia del 26 de noviembre de 2019, Parr. 75.

232 Caso Norin Catriman y otros (Dirigentes, miembros y activistas del Pueblo Indígena Mapuche) us. Chile, sentencia del 29 de mayo de 2014, Parr. 311.

233 Caso Jenkins us. Argentina, sentencia del 26 de noviembre de 2019, Parr. 82.

delito no es, per se, justificación suficiente para el dictado de la medida cautelar<sup>234</sup>. Aun cuando se trate de una pena severa, como lo es una pena en expectativa de 25 años, no es suficiente para sostener que existe peligro de fuga, porque de lo contrario se invierte la carga probatoria en desmedro de la persona acusada, ya que debería demostrar que no quiere profugarse<sup>235</sup>. Como bien es sabido, se utiliza el sistema de tercios para determinar, frente a una posible condena, dentro de que parámetros puede ubicarse la sanción penal. Sobre esta cuestión, debo decir que, frente a la duda, corresponde que se ubique a la expectativa de pena en el tercio menor.

En cuanto a la magnitud del daño y la voluntad de la persona acusada de repararlo, me permito poner en tela de juicio la utilidad de dicha pauta para determinar el riesgo de fuga. Mi escepticismo sobre el particular se debe al hecho de que en todo caso esas son cuestiones que deben ser materia de discusión del debate oral, como así también el hecho de que no existe obligación alguna de reparar el daño por parte de la persona imputada, hasta tanto no exista un pronunciamiento judicial que la obligue en ese sentido. Así las cosas, considero que las cuestiones vinculadas al hecho deben ser analizadas, con todas las previsiones ya realizadas, en base al monto de pena en expectativa.

Sobre la conducta de la persona acusada, debe recordarse que las características personales del acusado no son suficientes, por sí mismas, para que se puede imponer la prisión preventiva<sup>236</sup>.

Por último, se debe evaluar con cautela la pertenencia a una organización criminal. Por supuesto que quien pertenece a una organización de esa naturaleza, y más aún si ocupa un lugar destacado en la organización, muy posiblemente cuente con medios que le permitan evadirse del sistema judicial, aunque tampoco el encierro cautelar puede tener como base la simple sospecha o percepción personal con relación a la pertenencia a un grupo ilícito determinado<sup>237</sup>.

Este panorama nos anima a afirmar, considerando los estándares interamericanos, que para que proceda el dictado de la prisión preventiva se debe dar la presencia de, al menos, dos de las pautas que la ley establece para la determinación de los riesgos procesales.

El riesgo de obstaculización del proceso o de la averiguación de la verdad, de acuerdo al artículo 270 CPP, se determinará considerando la posibilidad de que el imputado pueda alterar, modificar o eliminar medios de prueba, influya para que un testigo, otro imputado o un perito se comporte de modo desleal o inducirá a otra persona a que adopte

234 Caso Hernandez us. Argentina, sentencia de 29 de noviembre de 2019, Parr. 109.

235 Caso Romero Feris us. Argentina, sentencia de 15 de octubre de 2019, Parr. 115. Dada la correspondencia con la pauta objetiva en términos punitivos establecida por el CPP también vale la pena traer a colación lo dicho por la Corte IDH en el caso J us. Perú, donde se afirmó que: *"...(L)a resolución solamente hace mención a que "la sanción a imponerse (por el delito de terrorismo) sería superior a los cuatro años... La Corte advierte que la evaluación de la necesidad de la detención centrada únicamente sobre la base del criterio de la gravedad del delito, expresado en la pena en abstracto contemplada en la legislación, desnaturaliza la finalidad eminentemente procesal del instituto de la prisión preventiva y la convierte en una pena anticipada..."* (Sentencia del 27 de noviembre de 2013, Parr. 27).

236 Caso Bayarri us. Argentina, sentencia de 30 de octubre de 2008, Parr. 74.

237 Caso Herrera Espinoza y otros us. Ecuador, sentencia de 1 de septiembre de 2016, Parr. 143.

ese comportamiento. Como se advierte se trata de situaciones que deben alegarse, y probarse, y bajo ningún aspecto pueden presumirse.

Naturalmente, el ministerio público fiscal tiene a su cargo la prueba de la existencia del riesgo procesal. Y la defensa tiene como misión neutralizar o desvirtuar la existencia de esos riesgos.

Si el juez o jueza considera acreditada la existencia de los riesgos procesales, el siguiente paso será determinar cuál es la medida cautelar a aplicar. En este momento debe ser analizada la finalidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida. Así, si se prevé el dictado de la prisión preventiva, esta no debe tener una finalidad incompatible con la Convención Americana de Derechos Humanos, debe ser idónea para cumplir con el fin perseguido y debe ser necesaria, es decir no debe ser posible neutralizar el riesgo procesal por medio de una medida de menor intensidad. Y en lo tocante a la proporcionalidad, se debe analizar que la restricción de la libertad no resulte desmesurada frente a las ventajas que se obtienen y a la finalidad que persigue la medida<sup>238</sup>. Considero también que la proporcionalidad del encierro cautelar no solo debe ser materia de análisis al momento de decidir su imposición sino también al momento de determinar su extensión, o su prorrogación.

Por último, corresponde que se defina cuál es el tiempo de duración de la medida, cuestión que también debe ser materia de litigio. Corresponde que quien representa a la acusación se expida con relación al tiempo que va a solicitar. Que la ley procesal establezca tiempos de detención cautelar máximos según cual sea el tipo de delito no es una habilitación para que los acusadores puedan solicitar, sin más, que la prisión preventiva se corresponda con esos montos. Tampoco es aceptable, en el marco del CPP, el establecimiento de medidas cautelares sine die o sin plazo de finalización. Lo que demanda la litigación en el marco del CPP es una justificación, por parte del representante del Ministerio Público Fiscal, del alcance que pretende que tenga el encierro cautelar para que el juzgador pueda decidir a partir de ello. Por caso, si se presume el riesgo de fuga deberá el fiscal establecer cuanto tiempo necesita para llegar a la instancia de juicio según las medidas que queden pendientes de producción. A su turno, la defensa técnica tendrá la misión de realizar su planteo sobre el tiempo que debe durar el encierro cautelar. Que la defensa discuta la extensión de la prisión preventiva, no significa, desde ya, que la esté consintiendo. La posibilidad de dividir la audiencia en secuencias permite una discusión sobre cada uno de los puntos que hace al encierro cautelar y redundará en un litigio de mejor calidad. La cesura de la prisión preventiva, llevada adelante del modo correcto, es una herramienta que permite reducir los tiempos de duración.

La decisión judicial debe ser adecuadamente fundada, tal como lo exige la ley procesal. Esta exigencia, además de ser una derivación del principio o estado de inocencia que ampara a toda persona imputada, implica que la resolución debe mostrar que las peticiones y planteos de las partes han sido considerados como así también que se realizó un análisis minucioso de la prueba; ya que lo contrario las partes no podrían conocer

238 Corte IDH, Caso Romero vs. Argentina, sentencia de 15 de octubre de 2019, Parr. 98.

Las razones de la decisión, lo que impide que puedan ser rebatidos los argumentos presentados<sup>239</sup>.

Con una técnica legislativa acertada, el artículo 283 del CPP dispone que la persona acusada puede solicitar, cuantas veces desee, la cesación de la prisión preventiva y su sustitución por una medida de comparencia. Esa revisión periódica tiene como finalidad que la medida no se prolongue más allá de la pervivencia de las razones que justificaron su establecimiento<sup>240</sup>. Naturalmente, estas peticiones deben sustanciarse y resolverse en el marco de una audiencia, en la cual la defensa debe exponer las razones que hacen a su pedido como así también quien representa a la acusación debe dar una adecuada respuesta. Tiene la defensa también la posibilidad de ofrecer, como sustituto de la prisión preventiva, alguna de las medidas alternativas previstas en el CPP.

Las medidas alternativas que el CPP propone para evitar la prisión preventiva son: la prisión domiciliaria, la comparencia, en sus diferentes variantes, y la caución.

La prisión o detención domiciliaria, de acuerdo a la ley puede otorgarse frente a diferentes supuestos en los cuales la prisión preventiva tendría efectos penosos, como lo es el caso de las personas mayores de 65 años, las personas que padecen una enfermedad grave e incurable, quienes padecen una incapacidad que afecta su capacidad de desplazamiento y las personas gestantes. Me animo a aventurar que la prisión domiciliaria también puede ser dispuesta en algunos casos que no son expresamente establecidos por la ley. Sin ánimo de agotar los casos posibles, se puede pensar en aquellas personas que tienen un padecimiento de salud, sin que llegue a ser grave o incurable, que no puede ser atendido en su lugar de detención; como también se debe pensar en la situación de aquellas madres que tienen niños o niñas a su cargo.

La comparencia, ya sea en su modalidad restrictiva o con vigilancia electrónica personal, permite que se pueda asegurar el proceso sin afectar la libertad ambulatoria de la persona imputada, o haciéndolo de modo menos intensivo, y asegurando también la protección de testigos y damnificados. Dependerá de los operadores judiciales que su uso se extienda.

En el caso de la caución, que puede ser personal o real, la legislación transita por una senda similar a la de la jurisprudencia interamericana, al disponer, de modo expreso que, bajo ningún aspecto, puede serle impuesta a la persona acusada una caución de imposible cumplimiento (Art. 289, numeral primero, tercer párrafo). La caución debe funcionar como una garantía de la comparencia a juicio de la persona acusada, que puede reemplazar a la prisión preventiva, por lo cual la naturaleza y cantidad de la garantía debe guardar relación con la persona acusada, su situación personal o la de la persona que asume la caución, para que constituya suficiente motivación para que la persona imputada no se evada<sup>241</sup>.

239 Caso Chaparro Alvarez y Lapo Iñiguez us. Ecuador, sentencia del 21 de noviembre de 2007, Parr. 118.

240 Caso mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco us. México, sentencia de 28 de noviembre de 2018, Parr. 255.

241 Corte IDH, Caso Andrade Salmón us. Bolivia, sentencia del 1 de diciembre de 2016, Parr. 118.

La resolución judicial que decida sobre la cesación o el reemplazo de la medida cautelar debe dar una fundamentación adecuada sobre la necesidad de la continuidad, siempre teniendo en miras la finalidad procesal de la medida<sup>242</sup>. Concretamente, “...el juez no tiene que esperar hasta el momento de dictar sentencia absolutoria para que una persona detenida recupere su libertad, sino que debe valorar periódicamente si las causas, necesidad y proporcionalidad de la medida se mantienen y si el plazo de privación de la libertad ha sobrepasado los límites que imponen la ley y la razón. En cualquier momento en que se aparezca que la prisión preventiva no satisface estas condiciones deberá decretarse la libertad, sin perjuicio de que el proceso respectivo continúe... Al realizar esta tarea, deben ofrecer los motivos suficientes que permitan conocer los motivos por los cuales se mantiene la restricción de la libertad, la cual, para que no se erija en una privación de la libertad arbitraria de acuerdo con el artículo 7.3. de la Convención Americana, debe estar asegurada en la necesidad de que el detenido no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá el accionar de la justicia. De igual forma, ante cada solicitud de liberación del detenido, el juez tiene que motivar (artículo 8.1), aunque sea en forma mínima las razones por las cuales considera que la prisión preventiva debe mantenerse...”<sup>243</sup>.

Si la acusación solicita una ampliación o prórroga del plazo de la prisión preventiva, esa circunstancia debe ser discutida, naturalmente, en el marco de una audiencia. Es importante recordar que la duración de la prisión preventiva se encuentra limitada en su duración, dado que no superar un plazo razonable, tal como dispone el Art. 7.5. CADH. Ese plazo razonable opera como un límite para la facultad que tiene el Estado de asegurar los fines del proceso mediante encierro cautelar. Si el plazo razonable es superado corresponde que se limite la libertad de la persona acusada con medidas menos lesivas que el encierro cautelar<sup>244</sup>. La prisión preventiva no solo debe cesar cuando se rebasa el límite del plazo razonable, sino que también se le debe poner fin cuando no subsistan las razones que motivaron su adopción<sup>245</sup>. Del modo contrario, si se habilita la continuidad de la prisión preventiva, sea porque se superó el plazo razonable o porque no subsisten las razones que justificaron su imposición, estamos ante una verdadera pena sin sentencia<sup>246</sup>.

Asimismo, en lo que hace a la litigación sobre prisión preventiva, debe tenerse especialmente en cuenta el impacto que ellas tiene sobre algunos colectivos vulnerables, como lo pueden ser las mujeres<sup>247</sup> y disidencias sexuales o quienes pertenecen a algún pueblo originario.<sup>248</sup> En estos casos, esta situación debe ser especialmente valorada tanto

242 Caso mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco vs. México, sentencia de 28 de noviembre de 2018, Parr. 255.

243 Caso Romero Feris vs. Argentina, sentencia de 15 de octubre de 2019, Parr. 111.

244 Caso Carranza Alarcón vs. Ecuador, sentencia del 3 de febrero de 2020, Parr. 86; Caso Villaroel Merino y otros vs. Ecuador, sentencia del 24 de agosto de 2021, Parr. 92.

245 Caso Bayarri vs. Argentina, sentencia de 30 de octubre de 2009, Parr. 74.

246 Caso “Instituto de Reeducación del Menor” vs. Paraguay, sentencia de 2 de septiembre de 2004, Parr. 229.

247 “...(L)a Corte ha establecido que las mujeres detenidas o arrestadas no deben sufrir discriminación y deben ser protegidas de todas las formas de violencia o explotación. Dicha discriminación incluye la violencia dirigida a la mujer porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada, y abarca actos que infligen daños o sufrimientos de índole física, mental o sexual, amenazas de cometer esos actos, coacción y otras formas de privación de la libertad” (Corte IDH, Caso Espinosa González vs. Perú, sentencia de 20 de noviembre de 2014, Parr. 223).

248 “...Los Estados, para garantizar efectivamente los derechos consagrados en el artículo 7 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de la misma, al interpretar y aplicar su normativa interna deben tomar en consideración las características propias que diferencian a los miembros de los pueblos indígenas de la población en general y

al momento de decidir la imposición de la medida, como al momento de determinar su extensión y también debe ser considerada para preferir la aplicación de salidas alternativas.

#### 4. A modo de cierre

En estas líneas compartí, a partir del texto del Código Procesal Penal, algunas ideas sobre el desarrollo de las audiencias sobre medidas de coerción que afectan a la libertad ambulatoria, o que, de algún modo, guardan relación con el resguardo del derecho a transitar el proceso penal en libertad. En esa senda, di cuenta de los principales aspectos que hacen a la regulación de las detenciones desde una perspectiva de derechos humanos.

En particular, puse el foco en la prisión preventiva por el alto grado de utilización que se da en nuestra región que hace que, en no pocos casos, funcione como una pena anticipada.

Desde ese diagnóstico de la realidad intenté aportar algunas herramientas teórico prácticas que son de utilidad para el litigio en materia de encierro cautelar.

Como ya dije, entiendo que el Código Procesal Penal, aplicado teniendo en consideración los estándares de la jurisprudencia interamericana, brinda las pautas adecuadas para marchar hacia un uso más racional y limitado del encierro cautelar y romper la importante brecha que existe entre los estándares interamericanos y las prácticas cotidianas del sistema judicial.

Se trata, a fin de cuentas, de construir un sistema de justicia que investigue para detener y no detenga para investigar.

#### 5. Bibliografía

- Casos y opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Caso Suarez Rosero vs. Ecuador, sentencia del 12 de noviembre de 1997.
- Caso “Instituto de Reeducción del Menor” vs. Paraguay, sentencia del 2 de septiembre de 2004.
- Caso Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez vs. Ecuador, sentencia del 21 de noviembre de 2007.
- Caso Bayarri vs. Argentina, sentencia del 30 de octubre de 2008.
- Caso J vs. Perú, sentencia del 27 de noviembre de 2013.
- Caso Norín Catrیمان y otros vs. Chile, sentencia del 29 de mayo de 2014.
- Opinión Consultiva 21/14 de 19 de agosto de 2014.

---

*que conforman su identidad cultural. La duración prolongada de la prisión preventiva puede afectar de manera diferenciada a los miembros de los pueblos indígenas por sus características económicas, sociales y culturales, que, en el caso de dirigentes de la comunidad, puede tener también consecuencias negativas en los valores, usos y costumbres de la comunidad o comunidades en que ejerce liderazgo.” (Corte IDH, Caso Norín Catrیمان y otros vs. Chile, sentencia de 29 de mayo de 2014, Párr. 357).*

- Caso Espinoza Gonzalez us. Perú, sentencia del 20 de noviembre de 2014.
- Caso Herrera Espinoza y otros us. Ecuador, sentencia del 1 de septiembre de 2016.
- Corte IDH, Caso Andrade Salmón us. Bolivia, sentencia del 1 de diciembre de 2016.
- Caso Amrhein y otros us. Costa Rica, sentencia del 25 de abril de 2018.
- Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco us. México, sentencia del 28 de noviembre de 2018.
- Caso Romero Feris us. Argentina, sentencia del 15 de octubre de 2019.
- Caso Usón Ramírez us. Venezuela, sentencia del 20 de noviembre de 2019.
- Caso Hernández us. Argentina, sentencia del 22 de noviembre de 2019.
- Caso Jenkins us. Argentina, sentencia del 26 de noviembre de 2019.
- Caso Montesinos Mejía us. Ecuador, sentencia del 27 de enero de 2020.
- Caso Carranza Alarcón us. Ecuador, sentencia del 3 de febrero de 2020.
- Caso Villaroel Merino y otros us. Ecuador, sentencia del 24 de agosto de 2021.

## DETENCIÓN POLICIAL Y ARRESTO CIUDADANO

**José Luis Eloy Morales Brand**<sup>249</sup> (México)

### 1. Control de la detención

#### 1.1. Introducción

En el procedimiento penal acusatorio adversarial se garantiza al máximo la libertad de la persona, al obligar a que su detención sea excepcional, y no una regla general como ocurre en el Sistema Inquisitivo, según los artículos 2º de la Constitución Política del Perú, 7º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y 9º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

La idea esencial de protección de la libertad personal en el Sistema de Justicia Penal Acusatorio Adversarial, es la de protegerla y no restringirla hasta que en sentencia firme se declare la existencia de un delito y la procedencia de una privación. Así, en este procedimiento, la libertad personal se protege al máximo, constituyéndose en regla general que el imputado, y demás involucrados, enfrenten el procedimiento en libertad, y solo en casos mínimos podrán ser privados de ella.

Dos de esos casos mínimos son la detención policial y el arresto ciudadano. El Conjunto de Principios para la Protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de Detención o Prisión, de la Asamblea General, mediante resolución 43/173, indica que toda persona es inocente, mientras no se pruebe su culpabilidad. Esa presunción de inocencia se refleja, por un lado, como regla de tratamiento del imputado, que restringe al máximo la limitación de la libertad personal, pues la persona apenas será juzgada, y se pretende restringir el adelantamiento del castigo sin que exista sentencia.

Por lo anterior, el cambio esencial será el de mentalidad social y operativa, ya que no se deben buscar culpables, sino investigarse hechos, resolverse los conflictos, y en mínimos casos afectar gravemente los derechos de los involucrados: investigar, ejercitar la acción, procesar, y privar de la libertad hasta que lo autorice una sentencia definitiva.

---

249 Doctor en Derecho. Doctor en Ciencias Forenses. Master en Derechos Humanos. Abogado Penalista experto en Sistema Penal Acusatorio. Profesor Investigador en México. Consultor Internacional del Centro Nacional de Cortes Estatales de Estados Unidos (NCSC). E-mail eloy.morales@edu.uaa.mx

## 1.2. Flagrancia

La palabra Flagrancia proviene de flama, que está en llamas, brillante, al rojo vivo; por lo que implica observar, ser evidente, brillar a tus ojos la comisión de un hecho dañoso. Un hecho flagrante no se descubre después de cometido, sino que se observa al momento en que se está cometiendo, y es cuando se detiene a una persona<sup>250</sup>.

Conforme al artículo 2º, inciso 24, literal f de la Constitución Política del Perú, las autoridades policiales pueden detener a una persona en caso de flagrante delito. Sin definir qué implica esa flagrancia.

La flagrancia no implica detener a una persona cuando esté “cometiendo un delito”. Si bien así lo establece la norma constitucional, se trata de un error de denominación, pues en la sociedad no hay delitos, lo que hay son hechos antisociales que posteriormente serán calificados como delitos por el juez, único facultado en hacerlo. Si se estimara que sólo se puede detener al momento de cometer un delito, ninguna persona podría ser detenida en flagrancia, pues para ello se requeriría una declaración judicial de existencia de delito y que la misma autoridad ordenara la detención.

Entonces, detener en flagrancia implica que una persona comete un hecho antisocial y es detenido en ese momento, o inmediatamente después de haberlo ejecutado<sup>251</sup>. Un hecho antisocial es un hecho dañoso que va en contra de normas sociales de convivencia; cualquier persona tiene facultad de hacer la detención para auxiliar en la procuración y administración de justicia en esos casos y evitar que siga produciendo sus efectos dañosos; por eso se trata de hechos antisociales, no delitos, porque las personas no tienen los conocimientos, ni la competencia jurídica, para determinar si asumen esa calificación. Así, ante la presencia de un hecho dañoso o lesivo, se puede detener al autor, e inmediatamente ponerlo a disposición de las autoridades correspondientes.

Ahora bien, el artículo 259 del Código Procesal Penal del Perú, define lo que se entiende por flagrancia, estableciendo los siguientes cuatro supuestos:

1. La persona es descubierta y detenida al momento en que comete el hecho (flagrancia en estricto sentido);
2. La persona es descubierta y detenida una vez que acabó de ejecutar el hecho (cuasi-flagrancia o inmediatamente después);
3. La persona huye después de cometer el hecho, pero es identificada de manera personal o tecnológica, y es detenida dentro de las 24 horas siguientes a la producción del hecho (cuasi-flagrancia con persecución material ininterrumpida); y
4. La persona es detenida dentro de las 24 horas siguientes a que cometió el

250 Morales Brand, José Luis Eloy. Juicio Oral, práctica y técnicas de litigación. Troispublient, México, 2018; p. 372.

251 Idem, p. 368.

hecho, mientras portaba objetos, instrumentos o productos del hecho, o indicios en su persona o pertenencias que lo relacionen con la intervención en el hecho dañoso (flagrancia equiparada o flagrancia de la prueba).

De estos cuatro supuestos, sólo los primeros tres son realmente casos de flagrancia, conforme a los modelos acusatorios adversariales, es decir al momento del hecho (flagrancia en estricto sentido) , o inmediatamente después de cometido, con posibilidad de persecución material ininterrumpida (no requiere una persecución física paso por paso detrás de la persona, sino un seguimiento ininterrumpido en un lapso razonable a partir de la comisión del hecho, como puede ser inclusive un operativo para la detención<sup>252</sup>); pues las detenciones posteriores por flagrancia de la prueba o flagrancia equiparada (aquellos casos en que, sin estar el autor detenido, se iniciaba la investigación, se obtenían pruebas, y con base a eso se buscaba a la persona y era detenida). Por lo anterior, el artículo 259 inciso 4 del Código Procesal Penal del Perú, debe interpretarse en el sentido de que no se trata simplemente de una detención de una persona que porte objetos o indicios del hecho delictivo, dentro de las 24 horas siguientes a su comisión, sino que tal detención será válida siempre y cuando, inmediatamente después de haberse cometido el hecho, se haya realizado su búsqueda o localización ininterrumpida, y en esa búsqueda, la persona es encontrada con objetos o indicios del hecho.

### **1.3. Detención Policial y comunicación de derechos**

Una vez que la policía priva de la libertad a una persona en caso de flagrancia o cuasi flagrancia, de acuerdo a los artículo 71 y 263, incisos 1 y 3 del Código Procesal Penal del Perú, deberá informarle sus derechos al detenido de manera inmediata (tanto en el supuesto de detención policial o arresto ciudadano), por lo que le hará saber, entre otros, que tiene derecho a guardar silencio, ser considerado inocente y no auto incriminarse; a contar y consultar a un defensor; le indicará los motivos de su detención; le dará a conocer los hechos que se le imputan; que si decide declarar deberá hacerlo en presencia de su defensor; que tiene derecho a no ser sometido a técnicas o métodos que impliquen intimidación o tortura; que puede informar sobre su detención a quien él decida y el lugar donde estará en custodia; a ser puesto a disposición inmediata de la autoridad competente; a contar con atención médica de urgencia; a recibir asistencia consular o apoyo de traductor, según corresponda. Cuando sea presentado ante el Juez, éste nuevamente le hará saber sus derechos, verificará que se hayan hechos efectivos, y le garantizará todos ante su presencia.

De acuerdo con los artículos 2º y 3º de la Constitución Política del Perú, 71, 139 incisos 14 y 15, y 263, incisos 1 y 3 del Código Procesal Penal del Perú, y 10 a 18 del Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en Resolución 43/173 de 9 de diciembre de 1988, la policía deberá realizar un registro inmediato de la detención, el cual deberá contener como mínimo:

---

252 Idem, p. 370.

- a. Fecha, hora y lugar de la detención;
- b. Quién realizó dicha detención;
- c. Motivos de la detención;
- d. Descripción de la persona detenida, su nombre;
- e. Descripción de su estado físico;
- f. Los objetos que le fueron encontrados, o los asegurados en el evento, especificando con detalle el lugar exacto y forma en que se encontraban, quién los encontró, quién los aseguró, de qué forma se aseguraron, y quien los trasladó;
- g. Que se le hicieron saber sus derechos y forma de hacerlos efectivos, así como los motivos de su detención, y la entrega por escrito de estos derechos;
- h. Fecha, hora y lugar de su entrega la autoridad más cercana;
- i. Identidad de las autoridades que recibieron al detenido y los objetos;
- j. Registro de que el detenido fue informado por estas autoridades de las razones de su detención, de sus derechos, y de que otorgaron facilidades para que los ejerciera eficazmente; y
- k. Fecha, hora y lugar donde se estableció la custodia de la persona y el resguardo de los objetos; hora en que inició, tiempo que estuvo detenido en ese lugar, hora de salida, y autoridades que lo tuvieron a su disposición.

Posteriormente y de manera complementaria deberá existir registro que indique la fecha, hora y lugar en que el detenido y los objetos se pusieron a disposición del Juez; Lugar, hora inicial, tiempo transcurrido, y hora final, de la custodia ante la policía; Registro de que el detenido fue informado por la policía de las razones de su detención, de sus derechos, y de que otorgó facilidades para que los ejerciera eficazmente; y fecha, hora y lugar en que la policía presenta al detenido ante el Juez. Para que sean válidos estos registros, deben ser completos, describir los hechos en forma continua y cronológica, y no debe contener afirmaciones sin el soporte de datos o hechos reales, por lo que se debe evitar información de oídas, conjeturas o conclusiones ajenas a la investigación.

#### **1.4. Término de la detención policial y recomendaciones prácticas**

En cualquier caso, una vez que se haya realizado la detención en flagrancia, la policía debe comunicarlo de forma inmediata al Ministerio Público. En los supuestos de terrorismo, espionaje y trágico ilícito de drogas, también deberá informarlo inmediatamente al Juez de Investigación Preparatoria (artículo 263 del Código Procesal Penal del Perú).

Ahora bien, ¿cuánto tiempo puede mantener la policía privada de la libertad a una persona detenida en flagrancia? Es importante establecer concretamente este término, pues de lo contrario puede llegar a convertirse en una privación ilegal de

la libertad, que tendrá efectos no sólo en decretar la libertad del detenido, sino en la validez de la evidencia y actividades de investigación realizadas conforme a esa detención (también en el supuesto que no se cumplan con los requisitos para la detención), de acuerdo a los artículos 2º, 3º y 6º de la Constitución Política del Perú, y VIII, IX, 150, 159, 205, 208 y 210 del Código Procesal Penal.

Conforme al principio de verificación<sup>253</sup>, los investigadores deben comprobar el hecho, que es delictivo y quién lo cometió; pero la investigación y el procedimiento de declaración deben limitarse a respetar los derechos de las personas. En el proceso acusatorio, la materia probatoria queda en manos de las partes y se aplica la regla de exclusión, entendida como la inadmisibilidad de evidencia obtenida en el curso de un registro o detención contrarias a las garantías constitucionales, extendiéndose a aquella cuyo origen está vinculado estrechamente con ésta, conocida, a partir del asunto *Silverthorne Lumbre Co. vs. United States* como doctrina del árbol venenoso o "fruits of the poisonous tree"<sup>254</sup>. También, gracias a los casos *Mapp vs. Ohio*, y *Chimel vs. California*<sup>255</sup>, de la Corte Suprema de Estados Unidos, se reitera la doctrina del árbol venenoso<sup>256</sup> que implica la invalidez de la prueba obtenida como consecuencia de la violación de un derecho fundamental o garantía constitucional. Esta invalidez comprende tanto la prueba obtenida del acto ilícito, como aquellas que deriven de la primera ilegalidad. De esta manera existe la prueba ilícita que comprende dos modalidades<sup>257</sup>: la regla de exclusión probatoria, que considera inaprovechable la prueba que es consecuencia directa de la primera ilegalidad, y la proyección de esa invalidez a la prueba derivada del acto ilegal inicial. La regla de exclusión se quedaría a mitad de camino, si inactiva la prueba obtenida mediante el acto ilegal, pero no comprende las demás pruebas derivadas de la primera; sería injusto que únicamente se beneficiará con la invalidez probatoria, a aquel que hubiese sufrido directamente la ilegalidad, pero no quien también la sufre indirectamente. Si no se excluye la prueba indirectamente derivada de la ilegalidad, se provoca la práctica de obtener ilegalmente una prueba, conociendo que no tendrá valor por ser directa, pero si será aprovechable la prueba derivada de la primera ilegalidad.

En este sentido, conforme al literal f del inciso 24 del artículo 2º de la Constitución Política del Perú, la detención policial no debe durar más tiempo necesario para realizar las investigaciones, pero la persona deberá ser puesta a disposición del Juez en máximo 48 horas o término de la distancia; aclarando que esto no aplica en casos de terrorismo, espionaje, tráfico ilícito de drogas y a los delitos cometidos por organizaciones criminales, donde se puede efectuar la detención preventiva por un término no mayor de quince días naturales, informando al Ministerio Público y al juez, quien puede asumir jurisdicción antes de vencido ese término excepcional. La problemática surge ya que el artículo 264 del Código Procesal Penal establece que el plazo no debe exceder de 24 horas o el término de la distancia, y si bien el artículo 138 de la Constitución Política indica que, en caso de incompatibilidad, debe preferirse

253 Idem, p. 112.

254 Avella Franco, Pedro. Estructura *del proceso penal acusatorio*. Fiscalía General de la Nación. Colombia, 2007; p. 37.

255 Guzmán, Guillermo. *Fallos históricos de la Suprema Corte de Estados Unidos de América*. SCJN, México, 2000, p. 29.

256 Si las raíces de un árbol están podridas o envenenadas, necesariamente sus frutos heredarán esas características.

257 Edwards, Carlos. *La prueba ilegal en el proceso penal*. Marcos Lerner Editora Córdoba, Argentina, 2000, p. 90.

la norma Constitucional, debe establecerse que implica “incompatibilidad” para saber qué norma debemos aplicar.

Si tomamos como referente la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, nos ayuda a deducir que una norma es incompatible con la Constitución, y por ende no puede ser aplicada, cuando vulnera o restringe un derecho fundamental protegido por una nación. Por lo anterior, si la norma lo que hace es desarrollar con mayor claridad, o ampliar un derecho protegido por el sistema constitucional ordinario, o inclusive otorga un derecho no protegido por una nación, la norma debe aplicarse, ante la obligación constitucional de respetar la decisión en materia de derechos humanos. Esto incluso lo retoma el propio artículo 3° de la Constitución Política del Perú cuando claramente establece que “la enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno”. En este sentido, si el artículo 264 mantiene un término máximo de 24 horas para que la policía pueda retener a una persona detenida en flagrancia, esto no es incompatible con la Constitución, al estar ampliando un derecho a favor de las personas que se encuentran en suelo peruano, conforme al principio pro persona o pro homine, que permite la obligación de ampliar los derechos humanos y fundamentales y aplicar la norma que garantice en mejor medida tales derechos.

En consecuencia, debe indicarse que, si la persona es detenida al momento del hecho o inmediatamente después de haberlo cometido, el término válido para mantenerla retenida, es de máximo 24 horas, ya sea para dejarlo en libertad o presentarlo ante el Juez. En caso de que la detención haya sido dentro de las 24 horas después de la comisión del hecho, mediante su persecución material, a partir de su detención contarán las siguientes 24 horas para dejarlo en libertad o ponerlo a disposición del Juez.

Una vez detenido, dentro de esas 24 horas máximas para la retención, se incluyen la comunicación de derechos, el registro de la detención, su examen y atención médica, su traslado y ubicación temporal previo a su presentación ante el Juez, y las actividades de investigación que realice la policía. Si bien la norma constitucional y procesal establecen otro supuesto de el “término de la distancia”, esto implica analizar que no existan dilaciones injustificadas cuando se excedan las 24 horas en la entrega de la persona al Juez, sino que de manera excepcional se analizará cada caso en lo concreto, siempre y cuando no existan motivos razonables que imposibiliten la puesta a disposición inmediata, y la persona continúe a disposición de sus aprehensores y no sea entregada al tribunal para definir su situación jurídica. Tales motivos razonables únicamente pueden tener origen en impedimentos fácticos reales y comprobables, como la distancia que existe entre el lugar de la retención y el lugar de la puesta a disposición. Además, deben ser compatibles con las facultades estrictamente concedidas a las autoridades.

Así, la retención de una persona no puede estar indefinida, y en términos constitucionales se requiere que se conozca el estatus en el que se encuentra, de

ahí que la norma procesal exija que exista un registro de detenidos, a fin de permitir conocer que se encuentra en tales condiciones y esté en posibilidad de ejercer sus derechos constitucionalmente protegidos. Por ello debe existir el registro de detención, donde también conste el tiempo de la detención y de la retención antes de la entrega a la autoridad judicial: hora de la comisión del hecho, de la detención, quién la realizó, a qué hora fue entregada la persona a la autoridad más cercana, quién la recibió; lectura de derechos (entrega de cartilla); cómo se hicieron efectivos; en qué momento se trasladó y ante quien para su análisis médico; el momento en que sale de ese lugar para traslado, y quien lo realiza; en qué lugar quedó retenido, y qué persona lo recibió; y en qué hora y lugar fue entregado al Juez, y quién lo recibió. Si son violentados estos términos en la detención o retención de una persona por un particular o una autoridad, serán consideradas ilegales según sea el caso, el detenido será liberado e indemnizado, y los datos de prueba obtenidos por la indebida detención o retención, se considerarán ilícitos con base a la doctrina del árbol venenoso.

Lo mismo ocurrirá ante la ausencia de registro de detención, o si éste no cuenta con los requisitos correspondientes, o si se demuestra que no fueron observados, o si no se informó de sus derechos al imputado, o existe exceso en el uso de la fuerza pública; por lo que la detención o retención será declarada ilegal y la prueba obtenida con base a esa detención o retención deberá ser declarada nula conforme a la doctrina del árbol venenoso; pues no se trata de una simple omisión formal de comunicación de derechos, sino que al no informárselos, no se le permitirle hacerlos efectivos desde su detención, por lo que la persona se encuentra incomunicada, lo que es un mecanismo de tortura, además de ser víctima de desaparición forzada o privación ilegal de la libertad en ese momento, y esto vicia su detención, la información obtenida directamente en la detención o retención, y la indirectamente derivada de ellas. Es decir, el juez no sólo valorará que la persona haya sido detenida en flagrancia o cuasi flagrancia, sino también los requisitos de las retenciones, los tiempos, circunstancias de la detención, cumplimiento policial de requisitos, e información de derechos, y actuaciones policiales; revisa entonces, tanto la validez del acto origen, como la validez de sus requisitos de ejecución; y en caso de que sea inválido en origen o en ejecución, no podrá validarse la privación de la libertad al ser ilícita y un hecho delictivo.

Finalmente, recordar que la palabra *Flagrancia* proviene de flama, que está en llamas, brillante, al rojo vivo; por lo que implica observar, ser evidente, brillar a tus ojos la comisión de un hecho dañoso. Un hecho flagrante no se descubre después de cometido, sino que se observa al momento en que se está cometiendo, y es cuando se detiene a una persona. Si al hacer una revisión de persona u objeto por sospecha simple (no razonada u objetiva), o ingresar a un domicilio sin legitimación o indicios reales de que en su interior se está cometiendo un hecho, sino que por "casualidad" la autoridad se da cuenta de que existe un hecho, no se trata de flagrancia, porque el hecho ya fue previamente cometido, por lo que la detención no se da al momento de observar la comisión del hecho o inmediatamente después o por persecución material ininterrumpida. Además, tal detención y aseguramiento de dato de prueba es igualmente violatoria de las normas Constitucionales y procesales antes mencionadas, pues se trata de una detención motivada por mera sospecha

(corazonadas, intuiciones), que es una práctica del sistema inquisitivo, donde no es necesario que persona identificada informe sobre un hecho, sino que, a través de simples rumores o percepciones discriminatorias de la autoridad, se realiza la actividad de investigación ilegal.

### **1.5. Arresto ciudadano**

El artículo 260 del Código Procesal Penal del Perú permite que los particulares puedan detener personas en los supuestos de flagrancia que hemos explicado con anterioridad; a esto le llama arresto ciudadano.

Cuando un particular priva de la libertad a otra persona, debe dirigirse, informarlo y entregarlo a la autoridad policial más cercana, en forma próxima e inmediata a la comisión del hecho, pues no tiene facultades para realizar registros de detención, comunicar derechos, recabar datos de prueba y extender el plazo de la detención. Por ello, en detenciones entre particulares, la presentación debe ser inmediata. De lo contrario, podría invalidarse una detención al cometerse un delito de privación ilegal de la libertad. En estos supuestos la policía también tiene la obligación de llenar el registro de detención y hacer la comunicación de derechos al retenido.

Hay que hacer notar que detener a alguien en flagrancia, es un derecho para los particulares, y no una obligación; en consecuencia, no se le puede sancionar en caso de que haya visto la comisión de un hecho punible o después de ejecutarse, y no prive de la libertad al imputado. Esto se entiende por la protección de la propia persona frente a reacciones del autor por motivo de la detención.

En síntesis, detener en flagrancia es privar de la libertad a la persona en el momento en que está comiendo un hecho antisocial lesivo (flagrancia) o inmediatamente después de haberlo ejecutado (cuasi flagrancia). La mayoría de las detenciones se hacen en cuasi flagrancia, cuando ya concluyó o se consumó el hecho, pues son pocos los casos en que la persona es privada de la libertad cuando aún está exteriorizando la conducta lesiva y se encuentra en su consumación. Esta detención la pueden hacer particulares a través del arresto ciudadano (potestad) y las autoridades policiales (obligación).

### **1.6. Recomendaciones prácticas para la audiencia de tutela para el control de la detención**

Conforme al principio de contradicción o posibilidad de debatir y controvertir, la regla general es que las decisiones que puedan afectar derechos humanos o fundamentales, se tomen en audiencia pública, previa petición de parte, y dando la oportunidad al posible afectado de argumentar en contra de la petición, previamente a su afectación. Es decir, la autorización para afectar derechos debe ser previa y tomada en audiencia contradictoria.

Excepcionalmente, determinadas decisiones que por su naturaleza no sea conveniente su conocimiento previo, y que el orden Constitucional expresamente así lo disponga,

podrá autorizarse la afectación de derechos sin que exista contradicción previa, pero siempre deberá garantizarse su debate posterior. Las reglas séptima y décima octava de las Reglas de Mallorca, ordenan que las decisiones que afecten derechos no podrán ser adoptadas sin audiencia previa (regla general), y en caso de que ya se haya tomado la decisión (urgencia y cautela), el juez deberá escuchar al afectado para modificarla, ratificarla o revocarla (igualdad-contradicción).

Por ello existe la audiencia de tutela o cautela de garantías, que se trata de una petición concreta de protección de derechos que han sido vulnerados por una autoridad o un particular en el procedimiento penal, y puede ser solicitada por cualquier persona afectada por actividades del proceso, no sólo las partes o sujetos procesales<sup>258</sup>. El sustento es el derecho al recurso sencillo de revisión de afectaciones, y el principio de impugnación y máxima protección previsto en los artículos 10 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, 9 y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y las reglas séptima y décima octava de las de Mallorca, al ser un mecanismo de protección de derechos humanos y fundamentales, a través de la actuación de un Juez que deberá autorizar, validar o rechazar su afectación, o buscará hacerlos efectivos, para permitir el desarrollo igualitario y contradictorio del proceso. Es un pequeño procedimiento sumario de protección constitucional o internacional a nivel causa o doméstico, que se tramita ante Jueces nacionales en función de control de investigación, preparación y juicio oral.

La audiencia de tutela para el control de la detención, se encuentra regulada por los artículos 138 y 139 inciso 1 de la Constitución Política del Perú, 29, 264 y 266 del Código Procesal Penal peruano, y al principio 37 del Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de Detención o Prisión, de la Asamblea General de las Naciones Unidas, decretados en la resolución 43/173; y será el momento para revisar la validez de la detención, la retención y el cumplimiento de los derechos del detenido en flagrancia por la policía o particulares, pues se trata de los casos en que se permite privar de la libertad sin orden judicial.

En esta audiencia, la jueza o juez recibirá información del Ministerio Público sobre las circunstancias de la detención, escuchará a la defensa, y procederá a calificarla. Se trata de una audiencia independiente, que debe celebrarse en forma inmediata, una vez que la persona es puesta a disposición del juez, pues nos encontramos en la etapa de “retención judicial”, que se da a partir de la fecha y hora en que se encuentra a su disposición, y culmina cuando se resuelve sobre la validez o ilegalidad de la detención.

Esta revisión tiene que ser inmediatamente después de que el detenido en flagrancia sea puesto a disposición del Juez de Control; es decir, a partir de la hora en que la persona está a disposición del juzgador, sólo deben pasar los minutos necesarios (sí, minutos), para que se prepare la audiencia y se convoque a las partes para que asistan y se lleve a cabo la revisión de la legalidad de la detención<sup>259</sup>.

258 Morales Brand, José Luis Eloy. Proceso Penal y Tutela de derechos. Tirant lo Blanch, México, 2021, p. 114.

259 Idem, p. 170.

Por lo anterior, el control de detención se celebrará inmediatamente después de la puesta a disposición, a los pocos minutos que las circunstancias del caso permitan, y en el supuesto que el defensor que comparezca o sea designado, no tenga conocimiento de la carpeta, se podrá decretar un receso o aplazamiento breve, para que se imponga de su contenido, pueda preparar su refutación, y continuar lo más pronto posible (lo que sólo debería ocurrir si se sustituye la defensa particular, pues el defensor —público o privado— debe tener contacto con la información desde la “retención policial”, y jurídicamente está obligado a continuar con el caso hasta su total conclusión, para garantizar la defensa técnica).

El juez recibirá información del Ministerio Público sobre las circunstancias de la detención, escuchará a la defensa, y procederá a calificarla. El juez verificará si la detención en flagrancia fue legítima, con respeto a los derechos fundamentales del detenido, si existe registro de la detención, si le informaron sus derechos, y si fue presentado en breve término a su presencia.

En caso de que el Juez estime que la detención fue ilegal, deberá dejarse en libertad a la persona y serán nulos los datos de prueba obtenidos o derivados de esa detención. En consecuencia, se informará al imputado que existe una investigación en su contra, para que ejercite su derecho de defensa y terminará la audiencia; el Fiscal podrá solicitar su citación o comparecencia posterior para solicitar una nueva audiencia.

Por otro lado, si se califica de legal la detención, se informará de sus derechos completos al detenido, pues previamente se verificó si le fueron informados al momento de la detención, y esto no motivó a declarar ilegalidad<sup>260</sup>. Luego, el Ministerio Público podrá solicitar al juez que fije prisión preventiva, o comparecencia simple o restrictiva, según sea el caso.

Si la detención se ratifica de legal o legítima, continuará la audiencia en la que se emite esa calificación, pero la persona no seguirá detenida, pues en ese momento ha concluido la retención judicial, por lo que continuará libre en la audiencia hasta que concluya, aunque deberá mantenerse en la diligencia y no se podrá retirar hasta que el juez lo autorice, pero el calificar de legal una detención no prolonga ese estado de restricción de su libertad. Si al continuar con los actos, no se pide una medida cautelar de detención, la persona será liberada, ya que esas determinaciones no son tomadas de oficio (o de propia iniciativa) por el juez en un sistema acusatorio que le exige imparcialidad y no sustituir la deficiencia de las partes, para no provocar mayores ventajas a una de ellas.

La calificación de la validez de la detención se dará si reúne todos los requisitos Constitucionales y procesales, e implicará también el análisis de los vicios posteriores dentro de la retención de particulares o de autoridades policiales (actividades y tiempos posteriores a la detención, antes de entregarlo al Juez). Así, la audiencia de control de detención, no solamente es para ratificar la legal detención, sino para verificar

260 El que se le informen previamente al debate de control de detención, en caso de que no se le hubieran comunicado al momento de su detención, retención o traslado, no subsanará tales omisiones, pues la incomunicación está consumada, y deberán ser tomadas en cuenta para declarar ilegal la detención.

que se hayan cumplido con todos los requisitos constitucionales desde la detención en flagrancia o cuasi flagrancia, hasta la presentación de la persona ante el juez, ya que es el mecanismo tutelador de esas garantías que permite al afectado el debatir y controvertir las actuaciones indebidas de la autoridad, y su finalidad es restituir el derecho al estado en que se encontraba antes de la violación. En consecuencia, si bien la detención puede ser válida, la retención por particulares (arresto ciudadano) o la retención policial, pueden ser ilegales al violentarse los requisitos Constitucionales y procesales, por lo que el Juez, por ejemplo en casos donde los particulares retengan indebidamente al detenido, la autoridad la incomunique o demore su presentación, no le informe o haga efectivos sus derechos, no recabe la querrela en el plazo de ley, lo presente sin justificar una petición de prisión preventiva, o lo ponga a disposición una vez vencido el término de 24 horas de retención sin justificación, deberá tutelar las garantías del afectado y declarar ilegal la retención que corresponda, y al declarar su falta de legitimidad, no simplemente tendrá efectos de nulificar los datos de prueba recabados a partir de esa retención indebida, sino que al ser decretada de ilegal una privación de la libertad, se está calificando la existencia de un hecho delictivo (privación ilegal de la libertad, desaparición forzada de personas, secuestro, tortura, ejercicio indebido del servicio público, abuso de autoridad, etc.), por lo que no es válido permitir que el delito siga produciendo sus efectos, sino que debe restablecerse su derecho, y si su derecho es la libertad, el restablecimiento es dejarlo en libertad y no mantener la afectación<sup>261</sup>.

La conclusión es simple: si declaramos ilegal la detención o la retención, si se establece que una situación antijurídica no debió existir, el restablecer implicaría razonar cuál sería el resultado que debió darse al eliminar esa actuación ilegal; así, retomando los ejemplos que he comentado anteriormente, si los particulares retuvieron indebidamente al detenido; si la autoridad no le informó o hizo efectivos sus derechos, no lo puso a disposición una vez vencido el término, etc.; desde esos momentos en que se comenzó a cometer el delito contra el afectado, debió de realizarse la actividad que impidiera que siguiera surtiendo sus efectos, por lo que a partir de ese punto debería estar en libertad, y no mantenerse como víctima del delito para llegar a una audiencia como autor de diverso hecho.

En este sentido, en la audiencia de control de detención, para lograr una debida tutela de derechos, se debe verificar que<sup>262</sup>:

1. Se exponga sintéticamente las circunstancias del hecho dañoso; el motivo y forma de la detención; si se trata jurídicamente de Flagrancia o Cuasiflagrancia, y cuál de los supuestos Circunstancias y hora de la comisión del hecho, la hipótesis jurídica de flagrancia o cuasiflagrancia, la hora de la detención, quién la realizó (particular o autoridad) hora del aviso o traslado inmediato (retención por particular).
2. Retención policial: a qué hora fue entregada la persona a la autoridad más cercana, quién la recibió; la lectura de derechos (entrega de cartilla); en qué

261 Morales Brand, José Luis Eloy. Juicio oral; op. Cit. p. 392.

262 Morales Brand, José Luis Eloy. Proceso Penal; op. Cit. p. 173.

momento se trasladó a la certificación médica; el momento de su ingreso; el momento de su análisis médico; el momento de su egreso y quién realiza el traslado ante el Juez.

3. Retención judicial: hora en que quedó a su disposición, para verificar que la audiencia de control de detención se está celebrando en forma inmediata.

En este sentido, es importante destacar que si el Fiscal o acusador incumplen con su deber de lealtad y objetividad, al ocultar información, modificando la obtenida, emitiendo argumentos falsos o refiriendo información inexistente, y violentando el debido proceso, con la única finalidad de lograr la calificación de legal de la detención y que la persona siga detenida, el juzgador deberá dar vista a al órgano de control del Ministerio Público y a Inspectoría de la Policía Nacional del Perú, y además podrá imponerle alguna medida de sanción, separarlo del cargo, e inclusive sobreseer la causa por “mala praxis”, al ser evidente la comisión de un hecho delictivo contra una persona, a la cual se le quieren afectar sus derechos sin justificación. Esto es así, ya que el artículo IV inciso 2, del Código Procesal Penal del Perú obliga al Fiscal a ser leal y objetivo en sus actuaciones.

### 1.7. Bibliografía

- Auella Franco, Pedro. Estructura del proceso penal acusatorio. Fiscalía General de la Nación. Primera Edición. Colombia, 2007.
- Código Procesal Penal del Perú.
- Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de Detención o Prisión, de la Asamblea General de las Naciones Unidas, decretados en la resolución 43/173.
- Constitución Política del Perú.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.
- Edwards, Carlos. La prueba ilegal en el proceso penal. Primera Edición, Marcos Lerner Editora Córdoba, Argentina, 2000.
- Guzmán, Guillermo. Fallos históricos de la Suprema Corte de Estados Unidos de América. Primera Edición. SCJN, México, 2000.
- Morales Brand, José Luis Eloy. Juicio Oral, práctica y técnicas de litigación. Troispublient, México, 2018.
- Morales Brand, José Luis Eloy. Proceso Penal y Tutela de derechos. Tirant lo Blanch, México, 2021.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- Proyecto de reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la Justicia Penal (Reglas de Mallorca), 1992.

## LA INGENIERÍA EN LA ENSEÑANZA DE LA LITIGACIÓN ORAL

Marco M. Macklis<sup>263</sup> (Estados Unidos)

### I. Estudio introductorio al modelo de enseñanza que debe adoptar Perú

“*¡Esta es tu oficina!*” —me dijo la supervisora de mi nuevo empleo en una facultad de derecho de Estados Unidos. Tomé asiento y observé a mis alrededores por unos minutos. Advertí cómo los abogados iban y venían de un lugar a otro, los teléfonos sonaban constantemente, y de vez en cuando alguien gritaba palabras de disgusto. Esperé impacientemente por espacio de una hora y no llegaban instrucciones para mi primer proyecto. Al fin me puse de pie y fui en busca de mi supervisora. Tropecé con ella en uno de los pasillos, me miró fijamente y me entregó una carpeta llena de papeles. Me dijo: “*Te vas a encargar de organizar la Academia de Destrezas en Litigación. En esta carpeta vas a encontrar todo lo que necesitas. Yo no te puedo ayudar. Aquí se **aprende haciendo***”. Ella dio media vuelta y se perdió entre la multitud. Estaba aterrado.

Aquí fue cuando escuché por primera vez las palabras “aprender haciendo” y con el tiempo comprendí la importancia de este método de enseñanza-aprendizaje que inicialmente me sirvió para crecer profesionalmente en la oficina y luego para utilizarlo en la enseñanza de la litigación oral.

La mayoría de las escuelas y facultades de derecho de América Latina no se han preocupado por establecer clínicas o talleres prácticos para que los estudiantes adquieran las herramientas necesarias para desarrollar exitosamente una audiencia oral<sup>264</sup>. Y peor aún, cuando se venían los primeros anuncios de una gran reforma al proceso penal hace más de dos décadas, solo un puñado de abogados se interesaron en asistir a los cursos que en aquél entonces empezaron a ofrecer algunas instituciones académicas<sup>265</sup>. Como consecuencia, la litigación oral fue evolucionado de forma irregular: unos se fueron aproximado a través de la interpretación de las normas, otros tomaron cursos meramente teóricos, y el resto trató de ver tanta audiencia como fuera posible para tomar notas sobre lo que funcionaba y lo que no. Pero lo que se convirtió en una costumbre, y que considero peligroso, es la exposición directa del abogado a la práctica diaria en los tribunales de justicia sin la preparación adecuada. Esto ha causado discusiones importantes y una diferencia notable en el estilo de los abogados al actuar en las audiencias produciendo así una cadena infinita de errores en la práctica procesal que finalmente termina por colapsar el Sistema<sup>266</sup>.

263 Director de la Alianza Interamericana de Abogacía Oral y Coordinador Nacional de Capacitación y Profesionalización de la Federación de Abogados Especialistas en Juicios Orales, Colegio de Abogados A.C. México, junio 2019.

264 Llámese por audiencia oral cualquier etapa del debate en un procedimiento de corte adversarial (civil, penal, mercantil, familiar, laboral, etc.).

265 Tal es el caso de la universidad California Western School of Law a través de su programa Proyecto ACCESO con sede en la ciudad de San Diego, California, Estados Unidos de América.

266 GRANADILLO Colmenares, Nancy Carolina; Técnicas de Litigación Oral para Jueces, Fiscales y Defensores; Vadell

Hoy día, el estudiante de derecho empieza a involucrarse en certámenes interuniversitarios de litigación donde simula audiencias de juicio oral, recibe retroalimentación de expertos en la materia, y, por ende, obtiene un gran aprendizaje.<sup>267</sup> También se han creado un número importante de manuales y cursos teórico-prácticos de litigación oral que al parecer funcionan.

Es inevitable que el abogado, aunque no planea hacer litigio, tenga que comparecer ante el tribunal en algún momento, por lo que todos debemos estar preparados para ser litigantes eficaces. Y para esto, el abogado no solo debe conocer el derecho y contar con una estrategia procesal para su caso, sino que también debe desarrollar una serie de destrezas específicas para producir y manejar de forma eficiente la información en las audiencias, demostrar su posición y obtener del juez una decisión favorable. Pero ¿cuál es la mejor forma de adquirir estas herramientas?

El conocimiento implica dos componentes fuertemente interconectados, pero a la vez diferentes: teoría y destreza. La teoría incluye hechos, ideas, principios, evidencia y descripciones de procesos o procedimientos<sup>268</sup>. La mayoría de los profesores, al menos en las universidades, están bien entrenados en la teoría y tienen un profundo conocimiento de los temas en los que están enseñando. La experiencia en la enseñanza de habilidades es otra cuestión.

El diseño del modelo educativo latinoamericano es predominantemente teórico, y se da a través de lecturas o exposiciones para que una audiencia determinada aprenda algo<sup>269</sup>. A este método de enseñanza se le llama “aprender escuchando”. Involucra memorizar hechos, ideas o principios, y la minoría de los estudiantes se atreven a ir más allá de la memorización para entender qué significan estos hechos, ideas o principios. Luego tenemos un método al que se le llama “aprender hablando”, en donde el enfoque está en el pensamiento analítico y crítico del estudiante mediante la solución de problemas, debates en clase, búsqueda de nuevas ideas, y es evaluado a través de su análisis, síntesis, comparación, valoración y razonamiento de un tema específico<sup>270</sup>. Finalmente, llegamos al tema crucial de este capítulo: la metodología del “aprender haciendo”.

Recuerdo el primer curso de litigación oral que organicé allá por el año 2009. Escuché emocionadamente el tema de cómo preparar y ejecutar efectivamente un alegato de apertura en un juicio oral. La conferencia duró apenas unos 45 minutos. Después de una breve sesión de preguntas y respuestas, los 80 abogados del curso se repartieron en 10 grupos. Yo me quedé con uno de los grupos y entraron dos instructores para dar inicio al taller de alegato de apertura. Uno de los instructores se dirigió a Celeste, una de las

---

Hermanos Editores; Segunda Edición; Pág 23.

267 Por ejemplo, el Concurso Nacional Universitario de Litigación Penal organizado por el Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP) con sede en Argentina. Esta competencia ha preparado a cientos de estudiantes en técnicas de litigio adversarial durante 10 años.

268 BATES, Anthony William; Enseñando en una Era Digital; Editorial Tony Bates Associates Ltd; Edición 2015.

269 Donald Bligh, en su libro ¿Cuál es el Uso de las Conferencias?, explica que una conferencia o charla es una forma efectiva de transmitir información. Sin embargo, hace énfasis en que no es tan efectiva como una discusión que promueve el razonamiento y que generalmente es inefectiva para el cambio de actitud en el receptor o para inspirar interés en un tema.

270 Otros le llaman “método socrático”. Un profesor experimentado puede enseñar a los estudiantes a pensar por sí mismos usando este método.

estudiantes, y le dijo: “Celeste, póngase de pie e inicie con su alegato de apertura como fiscal”. Celeste se puso de pie, y empezó con su alegato<sup>271</sup>. ¿Lo hizo bien? Más adelante lo descubriremos. Primero entendamos el concepto del aprender haciendo.

Este método es particularmente común en la enseñanza de habilidades motoras, como aprender a andar en bicicleta o practicar un deporte, pero también se puede aplicar en la educación superior, como en la práctica docente, pasantías médicas y estudios de laboratorio. Implica un enfoque práctico que se aleja totalmente del método que todos conocemos donde el profesor se encuentra al frente de la sala y comienza a transmitir sus conocimientos a los estudiantes. La idea es hacer del aprendizaje una experiencia que vaya más allá del aula y que se esfuerce por brindar una forma de aprendizaje donde se involucre verdaderamente el estudiante<sup>272</sup>.

Los hebreos lo llamaban “entrenamiento en el trabajo”, y se basaba en las relaciones y experiencias comunes<sup>273</sup>. Su modelo, aplicado a la enseñanza de la litigación oral, sería más o menos así:

- *Yo lo hago*. Primero el profesor debe ser experto en el tema que va a enseñar, es decir, debe entender el por qué y el cómo, y tratar de perfeccionar la destreza.
- *Yo lo hago, y usted observa*. El profesor, además de ofrecer una aproximación teórica del tema, realiza una demostración mientras el estudiante observa, y durante el proceso, el profesor explica lo que está haciendo y el por qué.
- *Usted lo hace, yo observo*. Los papeles se invierten y el estudiante hace el trabajo y el instructor permanece a su lado para ofrecer consejo, corrección y estímulo.
- *Usted lo hace*. Una vez que el estudiante haya adquirido la habilidad, el instructor sale del panorama y lo deja que trabaje solo.

Siglos después, las facultades de derecho de Estados Unidos implementaron un método similar para enseñar destrezas de litigación<sup>274</sup>. Lo que no incluyeron en su fórmula fue la etapa de “demostración” que debía hacer el profesor para que el estudiante replicara la actuación. Pero siempre fue vital la estimulación del estudiante para involucrarlo directamente en los ejercicios y reflexionar sobre sus experiencias a fin de obtener una mejor comprensión del nuevo conocimiento.

Regresando al alegato de apertura que ofreció Celeste en el taller del curso de litigación, recuerdo perfectamente que el instructor puso toda su atención en ella. Escuchó con detalle cada palabra que salía de su boca y tomaba notas sin parar. También la observó en momentos para evaluar su lenguaje corporal. Al finalizar el ejercicio, el instructor hizo una pausa de varios segundos y comenzó con la siguiente frase: “Celeste, quiero hablar contigo acerca de las consecuencias de argumentar durante un alegato de apertura”.

---

271 Los estudiantes de este curso ya habían recibido una carpeta de investigación para su estudio y se les sugirió preparar alegatos e interrogatorios desde el punto de vista del fiscal y de la defensa.

272 David A. Kolb, un teórico de la educación estadounidense, llamaba a este método “aprendizaje experiencial” y lo diferenciaba del “aprendizaje memorístico” o “aprendizaje didáctico” donde el estudiante desempeñaba un papel totalmente pasivo.

273 John C. Maxwell; *El Mapa Para Alcanzar el Éxito*; Grupo Nelson; Edición 2008; Pág. 216.

274 Método del Instituto Nacional de Litigación Oral o NITA por sus siglas en inglés.

A esta primera intervención del instructor se le llama “titular”. El objetivo es enfocar al estudiante que acaba de terminar su presentación y decirle qué tema se abordará. Un titular también enfoca la crítica del instructor y la atención de todos los demás estudiantes en la sala.

Inmediatamente después, el instructor repitió un segmento del alegato de apertura de Celeste para entregarle una crítica constructiva. No podía creer la habilidad del instructor de poder transcribir palabra por palabra la participación del estudiante. No había duda de lo que Celeste había dicho durante su ejercicio y todos se enfocaron en lo que el instructor iba a decir. A esta segunda intervención se le llama “repetición”.

Como tercer paso, el instructor ofreció una “corrección” a Celeste. La idea de la corrección es cambiar el comportamiento del estudiante al informarle cómo puede aplicar una destreza de forma diferente o correctamente. Esta crítica debe estar enfocada en algo que el instructor pueda corregir, de lo contrario, hará que su credibilidad se dañe. Además, la inhabilidad de hacerlo correctamente, puede causar resentimiento e incomodar al estudiante<sup>275</sup>. En el caso de Celeste, el instructor ofreció amablemente un par de sugerencias y ejemplos de cómo hacer un alegato de apertura sin argumentar.

Existen otras recomendaciones para la entrega de una crítica efectiva:

- La duración de la corrección debe ser muy breve para mantener el enfoque y no saturar al estudiante con mucha información.
- Se debe cubrir uno o dos puntos a criticar por estudiante, y reconocer si se están cometiendo los mismos errores por varios estudiantes para hacerlo notar al grupo.
- La crítica debe ser respetuosa y honesta. El instructor debe imitar el ambiente de un tribunal, respetando el decoro y la confidencialidad.
- El instructor debe adaptar su crítica al nivel de experiencia del estudiante. El enfoque de una crítica hacia un estudiante nervioso y sin experiencia debe ser diferente a la de un estudiante más seguro de sí mismo y con mucha experiencia.
- Aunque la crítica es personal para el estudiante que recién hizo el ejercicio, este método requiere que el instructor haga extensiva la información para el resto del grupo para mantener el interés y enfoque de todos.
- La crítica debe enfocarse en el contenido de la actuación del estudiante y no en sus características físicas o personales.

Finalmente, el instructor le explicó a Celeste la razón por la cual le estaba corrigiendo. Este “razonamiento” le da credibilidad a la “corrección” y el estudiante entenderá el por qué debe cambiar su comportamiento. El instructor repasó con el grupo las reglas básicas de un alegato de apertura y le recordó a Celeste las desventajas de argumentar

275 Dale Carnegie, autor del libro *Cómo Ganar Amigos e Influir Sobre las Personas*, dice que la crítica es inútil porque pone a la otra persona a la defensiva, y por lo común hace que trate de justificarse. Sigue diciendo que la crítica es peligrosa, porque lastima el orgullo, tan precioso de la persona, hiere su sentido de la importancia, y despierta su resentimiento. Editorial Sudamérica; Edición 2013; Pág. 33-34.

durante dicho ejercicio. Celeste dio las gracias, tomó asiento y el instructor pidió a otro estudiante que se pusiera de pie y diera su argumento de apertura para la defensa.

Además de la retroalimentación que hace el instructor, se recomienda un sistema de autoanálisis honesto de parte del estudiante. Debe hacerse las siguientes preguntas: ¿qué errores cometí? ¿qué hice bien, y en qué forma puedo mejorar? ¿qué lecciones puedo aprender de esta experiencia? Esta auto examinación constante y periódica de los errores harán que estos disminuyan a través de los años.

Los cuatro elementos que conforman el consejo brindado por el instructor (titular, repetición, corrección y razonamiento) son esenciales para la enseñanza de la litigación oral de hoy. El aprender haciendo y su respectiva crítica le da oportunidad al estudiante de practicar realmente o “hacer” la técnica en vivo, y funciona mejor si el salón de clases adquiere un clima de un tribunal y los estudiantes permanecen consistentes en sus roles. El estudiante tendrá la oportunidad de experimentar en un entorno parecido al mundo jurídico. Además, tendrá oportunidad para ser creativo en la solución de problemas; aprenderá lecciones importantes y estará mejor preparado para cuando interactúe con experiencias de la vida real<sup>276</sup>.

Pero hay que tener cuidado. El abogado que afirme que ya puede desenvolverse satisfactoriamente en una audiencia oral después de haber participado en un curso, diplomado o maestría, está totalmente equivocado. Estas habilidades se deben dominar y hacer algo con ellas. Se deben aplicar en todas las oportunidades que se tenga, de lo contrario, se olvidarán rápidamente. Dale Carnegie acertadamente dijo que “solo el conocimiento que se practica persiste en nuestro espíritu”. Así que uno de los objetivos que el abogado debe proponerse es formar nuevos hábitos en la aplicación diaria de estas destrezas.

Vivimos en una era en donde los países latinoamericanos siguen transformando radicalmente sus sistemas procesales, migrando de procesos netamente cerrados y escritos a sistemas mayormente orales y públicos. Por lo tanto, la profesión del abogado también está en plena evolución.

## II. Conclusión

Considero que no hay mejor forma de poner en práctica el talento de los abogados mediante un programa que utilice la metodología del aprender haciendo, donde expertos instructores ayuden a los estudiantes a aprender y luego a desglosar las habilidades que le son enseñadas. No importa si el abogado litigue o no, si se dedique a la mediación, o simplemente se reúna cara a cara con sus clientes para darles consejo. Tener confianza

---

276 El Dr. Igor Kokcharov, gerente de proyectos de una empresa de formación profesional en Suiza, explica mediante una pirámide la jerarquía del aprendizaje de habilidades. En la base de la pirámide se encuentra el método del “aprender escuchando” donde se recibe la información mediante conferencias, la lectura y medios audiovisuales. Aquí, menos del 20% de la información es retenida en nuestra memoria. En la parte central de la pirámide, el Dr. Kokcharov coloca el “método de participación” del estudiante mediante demostraciones, discusiones, ejercicios y juegos. Afirma que del 20% al 75% de la información es retenida. Finalmente, en la parte superior de la pirámide aparece el sistema del “aprender haciendo” en donde el estudiante trabaja con un instructor e involucra la práctica inmediata. La retención de información en la memoria es mayor al 75%.

en su capacidad para tener éxito si una disputa llega a juicio, le permitirá ser un abogado más influyente dentro y fuera del tribunal<sup>277</sup>. Su desempeño exitoso en un juicio oral depende de una buena preparación en las destrezas, habilidades y conocimientos indispensables para la práctica jurídica actual.

### III. Bibliografía

- GRANADILLO Colmenares, Nancy Carolina. Técnicas de Litigación Oral para Jueces, Fiscales y Defensores; Vadell Hermanos Editores; Segunda Edición.
- BATES Anthony, William. Enseñando en una Era Digital; Editorial Tony Bates Associates Ltd; Edición 2015.
- John C. Maxwell; El Mapa Para Alcanzar el Éxito; Grupo Nelson; Edición 2008.
- Método del Instituto Nacional de Litigación Oral o NITA por sus siglas en inglés.
- Dale Carnegie. Cómo Ganar Amigos e Influir Sobre las Personas. Editorial Sudamérica; Edición 2013.

---

277 Instituto Nacional de Litigación Oral o NITA por sus siglas en inglés.

## GUÍA DE LITIGACIÓN EN AUDIENCIA DE PRISIÓN PREVENTIVA

**Jefferson G. Moreno Nieves<sup>278</sup> (Perú)**

### I. Introducción

Entre las medidas de coerción personales reguladas en el Código Procesal Penal, sin duda, la prisión preventiva es la más intensa y que mayor afectación produce al imputado pues supone la privación, procesalmente, de la libertad por un tiempo determinado, el cual es solicitado por el Fiscal y establecido por el Juez, con un doble objetivo: la permanencia de dicho imputado durante el desarrollo del proceso, y la no obstaculización en la averiguación de la verdad.

El rasgo característico de la prisión preventiva, aunque en la actualidad aparentemente se deja de lado al evaluarse este tipo de medidas, es la excepcionalidad; esto quiere decir que, al ser la medida de coerción personal más agresiva, se debe tratar como una medida de último recurso o extrema, agotando y evaluando previamente las medidas menos gravosas para el imputado. Claro está, que las otras medidas también puedan ser útiles para alcanzar el doble objetivo de la prisión preventiva.

Es por ello que para la aplicación de la medida de prisión preventiva se requiere de un alto grado de sospecha, sin llegar a la certeza, esta sospecha es, según lo establecido por el Acuerdo Plenario N° 01-2018, la sospecha fuerte o sospecha grave y fundada. Esto, en palabras sencillas, de lo que trata es de suponer grandemente, en base a las pruebas que lo incriminan, que el imputado al que se le aplica la medida de prisión preventiva sea en un futuro condenado por el injusto penal materia del proceso.

Si entendemos, entonces, que la medida de prisión preventiva es la que más afecta al imputado, debe existir un análisis y debate pormenorizado para su aplicación. Es por eso que el citado Acuerdo Plenario ha establecido para su análisis una serie de pautas, como lo pueden ser el debate de los graves y fundados elementos de convicción, la prognosis de la pena y el peligro procesal (presupuestos materiales).

Asimismo, la Casación N° 626-2013 Moquegua ha dejado establecido que el análisis de la medida de prisión preventiva no solo se debe limitar a los presupuestos materiales de la misma, sino que aunado a ello se debe analizar, con justa razón, la proporcionalidad de la medida y la duración de la medida.

Sin embargo, estos temas de debate no pueden ser los únicos, es decir, se pueden presentar más problemas que deben ser de obligatoria discusión en la audiencia de prisión preventiva. Sea como fuere, el presente trabajo propone, teniendo en cuenta la

---

278 Abogado por la Universidad de San Martín de Porres, estudios de maestría en Ciencias Penales por La Universidad de San Martín de Porres, estudios de Maestría en Derecho con mención en sistema acusatorio y litigación oral en la Universidad de Medellín – Colombia, estudios de maestría en enseñanza del derecho por La Universidad de San Martín de Porres. Conferencista nacional en temas de derecho penal y procesal penal.

experiencia del litigio diario, ser una guía, en la medida de lo posible, que pueda brindar un marco u orden orientador, abierto siempre al cuestionamiento, dentro del debate de la audiencia de prisión preventiva.

## II. Base legal

La Prisión Preventiva se encuentra regulado en el Código Procesal Penal, en el Libro Segundo, Sección III, Título III, artículos 268 al 272 y 275. Esta base legal se encuentra en relación, a su vez, por lo regulado en el artículo 3 de la Ley N° 30076, por el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1307 y por la Cuarta Disposición Complementaria Modificatoria del Decreto Legislativo N° 1229 los cuales modifican los artículos 268, 269 y 272; así como por la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley N° 30076 que establece precisiones respecto de los artículos 270 y 271, y por la Quinta Disposición Complementaria Modificatoria del Decreto Legislativo N° 1229 la cual establece precisiones respecto del artículo 275 del Título III del Código Procesal Penal.

## III. Base jurisprudencial

La regulación normativa no es suficiente para explicar lo que conlleva el análisis de la Prisión Preventiva, es por ello que este tema ha sido ampliamente desarrollado por la jurisprudencia. Tenemos así al Acuerdo Plenario N° 1-2019<sup>279</sup>, como principal referente jurisprudencial de la prisión preventiva, ya que proporciona una definición, recuerda su carácter excepcional, establece el presupuesto de sospecha fuerte o sospecha grave y fundada para la aplicación de la prisión preventiva, reconoce el juicio de imputación necesaria, identifica los motivos de la prisión preventiva o presupuestos materiales, la duración de la audiencia de prisión preventiva, entre otros.

La Casación N° 626-2013 Moquegua<sup>280</sup>, la cual establece que para la imposición de la prisión preventiva es necesario, además de los presupuestos procesales, el análisis de la proporcionalidad de la medida y la necesidad de la medida.

Luego tenemos la Casación N° 631-2015 Arequipa<sup>281</sup> la cual establece los criterios que debe tener en cuenta el Juez para determinar el peligro de fuga en base al arraigo del imputado: familiar, laboral y de posesión.

Asimismo, tenemos la Casación N° 546-2016 Loreto<sup>282</sup> que establece como doctrina jurisprudencial el debate de la apariencia del delito que, finalmente, es el análisis de la tipicidad en la audiencia de prisión preventiva.

279 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA, XI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente, Transitoria y Especial, Acuerdo Plenario N° 01-2019/CIJ-116.

280 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA, Sala Penal Permanente, Casación 626-2013 Moquegua, del 30 de junio de 2015.

281 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA, Sala Penal Transitoria, Casación 631-2015 Arequipa, del 21 de diciembre de 2015.

282 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA, Sala Penal Transitoria, Casación 564-2016 Loreto, del 12 de noviembre de 2018.

La observancia del peligro de fuga en relación a los arraigos y la proporcionalidad y la necesidad de fijar criterios jurisprudenciales que ratifiquen el carácter de excepcionalidad de la prisión preventiva, es un aporte que nos brinda la Casación 1445-2018 Nacional<sup>283</sup>.

Cabe resaltar que la jurisprudencia en materia de prisión preventiva es abundante y rica, sin embargo, algunos de los antes señalados constituyen doctrina jurisprudencial vinculante, esto es, que aquello establecido en sus considerandos y/o fundamentos son de ineludible aplicación; y otros de los mencionados siguen la línea jurisprudencial que se debe evaluar.

#### IV. Presupuestos Materiales

El legislador ha establecido presupuestos materiales de observancia obligatoria siempre que se pretenda imponer la medida de prisión preventiva al imputado. Estos presupuestos materiales deben concurrir de manera conjunta, siendo que la falta de alguna de ellas hará imposible la imposición de la prisión preventiva.

De esta manera, es el artículo 268 del Código Procesal Penal el encargado de establecer los presupuestos materiales de la prisión preventiva, siendo dos de estos los requisitos básicos para la imposición de cualquier medida coercitiva, el *fumus delicti commissi* y el *periculum in mora* y, aunado a ello, la prognosis de la pena. El artículo 268, entonces, indica lo siguiente:

##### Artículo 268.- Presupuestos materiales

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

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

De la lectura obligatoria del citado artículo para la imposición de la prisión preventiva, tenemos que el inciso a) establece los graves y fundados elementos de convicción (*fumus delicti commissi*), el inciso b) establece la prognosis de la pena, y el inciso c) establece el peligro procesal (*periculum in mora*).

---

283 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA, Sala Penal Permanente, Casación 1445-2018 Nacional, del 11 de abril de 2019.

#### **IV.I. Graves y fundados elementos de convicción**

Cuando exista un alto grado de probabilidad de que el imputado sea el responsable de la comisión de un delito, se habrá cumplido el primer requisito. Y es que los graves y fundados elementos de convicción traen consigo la probabilidad de que la sentencia devenga, ulteriormente, en condenatoria<sup>284</sup>.

El Acuerdo Plenario N° 1-2019 ha establecido que para que existan graves y fundados elementos de convicción debe existir sospecha fuerte o, como lo llama San Martín Castro, sospecha bastante o vehemente las cuales surgen de una suficiente calidad de los elementos de convicción introducidos al proceso, respetándose para ello su legalidad, pues de lo contrario podrán ser cuestionados.

Entonces de lo que trata el inciso a) del artículo 268 del Código Procesal Penal es sobre la “conurrencia de datos objetivos (indicios) que permitan sostener, a título de imputación provisional, que el imputado es responsable del hecho delictivo”<sup>285</sup>. Claro está que para la existencia del *fumus delicti commissi*, no es necesaria la certeza pues esta se alcanza únicamente con la decisión judicial plasmada en una sentencia definitiva, luego de realizado el juicio oral.

#### **IV.II. Prognosis de la pena**

Otro requisito que presenta la norma en comento en su inciso b) es la prognosis de la pena, la cual establece que, para la imposición de la prisión preventiva, la sanción por el supuesto delito cometido debe superar los 4 años de pena privativa de libertad. Esto a razón de que mientras más grave sea la pena a imponerse por determinado delito, mayor será la inclinación del imputado por evadirla.

En cuanto a la determinación de la pena no se debe tomar a rajatabla la pena conminada en el tipo penal, es decir, que la sanción supere los 4 años de pena, sino que para la determinación de esta se debe tomar en cuenta, por ejemplo, la imputabilidad restringida, tentativa, error de prohibición, el grado de intervención en el delito, los móviles del hecho imputado, la reincidencia y habitualidad. Es decir, realizar un análisis de la pena legal conforme a los principios de lesiuidad y proporcionalidad y/o de las diversas circunstancias, causa de disminución o agravación de la punición, así como fórmulas del Derecho Penal premial<sup>286</sup>.

Habiendo realizado dicho análisis, si la prognosis de la pena no es superior a 4 años, será imposible que se puede dictar la medida de prisión preventiva, pues siguiendo la lógica de la gravedad de la pena a imponerse, no resulta coherente sostener que, a menor gravedad de la pena a imponerse, mayor sea la tendencia a eludir la justicia; por lo que, consecuentemente, no se puede aplicar como requisito de la prisión preventiva una pena privativa de libertad suspendida.

284 SAN MARTÍN CASTRO, César. Derecho Procesal Penal. Lecciones. Lima: INPECCP, 2015, p. 458.

285 VILLEGAS PAIVA, Elky Alexander. Límites a la detención y prisión preventiva. Cuestionamiento a la privación arbitraria de la libertad personal en el proceso penal. Lima: Gaceta Jurídica, 2016, p. 296.

286 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA, Sala Penal Permanente, Casación 626-2013 Moquegua, del 30 de junio de 2015, fundamento trigésimo al trigésimo segundo.

### **IV.III. Peligro procesal**

Como último presupuesto material para la imposición de la medida de prisión preventiva, se encuentra lo regulado en el inciso c) del artículo 268 del Código Procesal Penal, el cual versa sobre el peligro procesal. Esta tiene como objeto analizar si el imputado tratará de eludir la acción de la justicia (peligro de fuga) u obstaculizar la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización), por tanto, el inciso c) del artículo en mención busca evitar que se produzcan los riesgos del peligro de fuga y peligro de obstaculización.

Con la evitación del peligro de fuga del imputado se busca que este se encuentre presente en un eventual juicio oral, ya que no es posible realizar juicios en ausencia. Asimismo, con la evitación del peligro de obstaculización, se pretende que el imputado no entorpezca o dificulte la producción de la prueba, por ejemplo, atemorizando a testigos o cómplices.

Para analizar el peligrosismo, señala San Martín Castro, se debe tener presente los caracteres subjetivos presentes en el caso, tales como los antecedentes, la situación personal, social y laboral del imputado; su moralidad; los medios económicos de los que dispone; sus arraigos; la conexión con otros países; su conducta previa, concomitante y posterior; comportamientos realizados en otros procesos, etc.<sup>287</sup>

Cabe señalar que no es necesaria la concurrencia del peligro de fuga y el peligro de obstaculización por lo que, para el análisis del tercer presupuesto material, bastará que se evidencie o bien el peligro de fuga o bien el peligro de obstaculización<sup>288</sup>.

## **V. Aspectos a debatir conforme a la Casación N° 626-2013 Moquegua**

Los presupuestos materiales de la prisión preventiva son únicamente los establecidos en el artículo 268 del Código Procesal Penal, estos presupuestos son pues de cumplimiento ineludible y obligatorio; sin embargo, la Corte Suprema de Justicia ha establecido como doctrina jurisprudencial vinculante los fundamentos esgrimidos en la Casación N° 626-2013 Moquegua.

Atendiendo a ello, en la audiencia de prisión preventiva no solamente se tendrá que discutir los graves y fundados elementos de convicción, la prognosis de la pena y el peligro procesal, sino también, siguiendo lo establecido por la citada Casación, se tendrá que discutir la proporcionalidad de la medida y la duración de la medida<sup>289</sup>.

287 SAN MARTÍN CASTRO, César. Derecho Procesal Penal. Lecciones. Lima: INPECCP, 2015, p. 459.

288 VILLEGAS PAIVA, Elky Alexander. Límites a la detención y prisión preventiva. Cuestionamiento a la privación arbitraria de la libertad personal en el proceso penal. Lima: Gaceta Jurídica, 2016, p. 309.

289 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA, Sala Penal Permanente, Casación 626-2013 Moquegua, del 30 de junio de 2015, fundamentos vigésimo segundo y vigésimo cuarto.

## V.I. Proporcionalidad de la medida

Este criterio establecido por la Casación N° 626-2013 Moquegua busca analizar la proporcionalidad de la medida de prisión preventiva que busca aplicarse al imputado. Por tanto, habrá que evaluarse: primero, si la medida es idónea; segundo, si la medida es necesaria; y, tercero, si la medida, luego de ser sopesada, es la de mayor peso o prevalencia (ponderación).

La proporcionalidad de la medida de prisión preventiva entonces tiene un triple examen: de idoneidad, de necesidad y ponderación o proporcionalidad en sentido estricto. Este triple examen debe ser correlativo e, imprescindiblemente, de evaluación necesaria, siendo que la falta de verificación o la no superación de alguno de estos exámenes devendrá en la inaplicación de la prisión preventiva. Por tanto, su observancia es obligatoria.

El examen o test de idoneidad evalúa si la medida de prisión preventiva es la más adecuada<sup>290 291</sup> para asegurar la presencia del imputado en el desarrollo del proceso, y además que este no obstaculice la producción u obtención de medios probatorios. Si el examen fuera positivo, se continuará con la evaluación del test de necesidad.

Puede resultar que la medida de prisión preventiva sea idónea para asegurar la presencia del imputado y la no obstaculización en la averiguación de la verdad; sin embargo, puede ser evidente que sin la aplicación de dicha medida también se pueda asegurar la presencia del imputado en el proceso y la no obstaculización en la producción de medios probatorios con otra medida menos lesiva. Y, básicamente, de ello versa la necesidad de la medida.

El examen o test de necesidad evalúa si existen otras medidas menos lesivas<sup>292</sup> que afecten los derechos fundamentales de la persona humana, y consecuentemente del imputado, en relación a la imposición de la prisión preventiva. Entonces, de existir otra medida menos gravosa, se deberá optar por esta.

Por último, luego de haberse superado el examen de idoneidad y de necesidad, se tendrá que evaluar el examen o test de ponderación o proporcionalidad en sentido estricto. Mediante este examen, por tanto, se tendrá que sopesar o ponderar los principios en conflicto, triunfando el de mayor prevalencia o importancia<sup>293</sup>.

Por tanto, en la ponderación respecto de la aplicación de la medida de prisión preventiva, se deberá considerar aquella que más satisfaga el fin buscado, el cual es

290 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ, Sentencia del Pleno Jurisdiccional, Expediente N° 03-2005-PI/TC, del 09 de agosto de 2006, fundamento 69.

291 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ, Expediente N° 45-2004-PI/TC, Caso Colegio de Abogados del Cono Norte de Lima, del 29 de octubre de 2005, fundamento jurídico 38.

292 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ, Expediente N° 45-2004-PI/TC, Caso Colegio de Abogados del Cono Norte de Lima, del 29 de octubre de 2005, fundamento jurídico 39.

293 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ, Expediente N° 45-2004-PI/TC, Caso Colegio de Abogados del Cono Norte de Lima, del 29 de octubre de 2005, fundamento jurídico 40.

la presencia del imputado en el proceso penal y la no obstaculización con su accionar en la obtención de medios probatorios.

## **V.II. Duración de la medida**

Otro debate que incorpora la Casación N° 626-2013 Moquegua en la realización de la audiencia de prisión preventiva es la referida a la duración de la medida de prisión preventiva. Este debate es importante puesto que resultaría irracional que se pretenda imponer una prolongada cantidad de tiempo de prisión preventiva cuando el Ministerio Público solo necesita cierta mínima cantidad para realizar los actos de investigación que requiere. En fin, esta discusión se resolverá de acuerdo al caso en concreto en el que nos encontremos teniendo como base la aplicación del principio de plazo razonable.

De manera correcta, San Martín Castro ha señalado respecto de la duración de la medida de prisión preventiva que:

“En tanto la medida de prisión preventiva responde a la necesidad de asegurar la presencia del imputado durante el trámite del proceso penal -con una doble finalidad, por un lado, evitar el peligro de ocultación, alteración o destrucción de las pruebas y, de otro, la ejecución de la futura pena a imponer-, tampoco puede prolongarse más de lo estrictamente razonable para que el proceso se desenvuelva y concluya con la emisión de una sentencia de primera instancia”<sup>294</sup>.

Este debate entonces debe centrarse en el plazo de la medida de prisión preventiva a imponerse al imputado, evaluando si el plazo de duración de la prisión preventiva solicitado por el Ministerio Público es razonable, no excediéndose ilógicamente al punto de llegar a la obtención de una sentencia.

## **VI. El debate de la audiencia**

La audiencia deberá celebrarse con la presencia obligatoria del fiscal, del imputado y su defensor, siguiendo lo establecido por el artículo 271 del Código Procesal Penal. En esta se debatirán los presupuestos materiales de la prisión preventiva, así como lo establecido por la Casación N° 626-2013 Moquegua: duración de la medida y proporcionalidad de la medida.

### ***VI.I. La convocatoria de las partes***

Siendo que el artículo 271 del Código Procesal Penal obliga a las partes (imputado y su defensor) a estar presentes en la audiencia de prisión preventiva, se requiere que su convocatoria sea anticipada a fin de asegurar el ejercicio del derecho de defensa y debido proceso.

---

294 SAN MARTÍN CASTRO, César. Derecho Procesal Penal. Lecciones. Lima: INPECCP, 2015, p. 465.

Es la misma norma en comento la que establece que dentro de las 48 horas de presentado el requerimiento del Ministerio Público, deberá realizarse la audiencia de prisión preventiva, se entiende que para ello la notificación o convocatoria de la parte imputada y su abogado defensor deberá efectuarse de manera anticipada.

Debe tomarse en cuenta que el Código Procesal Civil, previendo esta situación y aplicándose de manera supletoria, establece en su artículo 147 que mínimamente debe existir un plazo de 3 días entre la notificación para una actuación procesal y su realización. Así señala que:

“El plazo se cuenta desde el día siguiente de notificada la resolución que lo fija y, cuando es común, desde la última notificación. No se consideran para el cómputo los días inhábiles. Entre la notificación para una actuación procesal y su realización, deben transcurrir por lo menos tres días hábiles, salvo disposición distinta de este Código”.

Entonces, es fundamental que la notificación que programa audiencia de prisión preventiva se haga de la manera más anticipada posible. De esta forma se estará respetando el derecho de defensa que le asiste a todo imputado y el ejercicio eficaz de la misma por parte del abogado defensor, así como el respeto al debido proceso.

En relación a las notificaciones y el respeto al derecho de defensa, el Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de pronunciarse, señalando que:

“Por su propia naturaleza, el derecho de defensa es un derecho que atraviesa transversalmente a todo el proceso judicial, cualquiera sea su materia. La posibilidad de su ejercicio presupone, en lo que aquí interesa, que quienes participan en un proceso judicial, para la determinación de sus derechos y obligaciones jurídicas, tengan conocimiento previo y oportuno de los diferentes actos procesales que los pudieran afectar, a fin de que tengan la oportunidad de ejercer, según la etapa procesal de que se trate, los derechos procesales que correspondan”<sup>295</sup>.

Asimismo, siguiendo la línea expositiva del máximo intérprete de la Constitución, en referencia exacta sobre la prisión preventiva y su debida notificación anticipada, hace una crítica mencionando que:

“En los últimos tiempos la población ha sido testigo de audiencias de esta naturaleza que han sido programadas casi de modo inmediato luego de la presentación de la solicitud de prisión preventiva, o dándoseles continuidad o reprogramación a altas horas de la noche, e incluso, en algunos casos, de la madrugada. El Tribunal Constitucional comprende que se requiere una

295 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ, Expediente N° 6259-2013-PA/TC, Caso Agroindustrial El Roble S.R.L., del 24 de octubre de 2014, fundamento cuarto.

tramitación célere en estos casos, pero ello no puede darse a costa de comprometer el debido ejercicio de la defensa técnica por parte de los acusados, menos aún si de por medio está la posible expedición de una medida de prisión preventiva”<sup>296</sup>.

Queda claro pues que debe existir una anticipada notificación entre la programación de la audiencia de prisión preventiva y su realización con el objetivo de salvaguardar el derecho de defensa y el debido proceso.

## **VI.II. La duración de la audiencia**

Otra cuestión muy discutida es la duración de la audiencia de prisión preventiva puesto que en ocasiones se ha prolongado tanto que la razón de su debate se torna irracional, por cuanto, si el Ministerio Público pretende imponer la medida de prisión preventiva con el fin de evitar el peligro procesal, en todo el tiempo prolongado de la audiencia el imputado debería haberse sustraído de la justicia, cuestión que no sucede por ejemplo con el imputado que coadyuva con el esclarecimiento de los hechos.

Es decir, el debate de la prisión preventiva en relación al peligro procesal en ocasiones resulta ilógico por una doble razón: en tanto se extienda demasiado el debate que tiene como fin evitar el peligro de fuga y la obstrucción en la averiguación de la verdad, y en tanto el imputado comparezca a todas las citaciones que se le haga.

Evidentemente, si la audiencia de prisión preventiva es prolongada y el imputado acude a todas las programaciones que se le cite, es coherente sostener que dicho imputado tiene en mente permanecer mientras dure el proceso penal, consecuentemente, el peligro de fuga habrá “disminuido” o inclusive nunca habría existido; por lo que el esfuerzo y tiempo dedicado a la audiencia de prisión preventiva podría haberse invertido en la realización de los actos de investigación que el representante del Ministerio Público estima realizar.

Por otro lado, teniendo en cuenta que el objetivo del debate de la audiencia de prisión preventiva es finalmente decidir si se le priva de la libertad al imputado por un tiempo determinado a efectos de que permanezca durante el desarrollo del proceso, no resulta prudente que la audiencia de prisión preventiva se realice de manera maratónica; es decir, que el desarrollo de la audiencia de prisión preventiva y el debate de esta no debe ser extremadamente apresurada pues se podría obviar el ejercicio del debido proceso y además la resolución judicial podría incurrir en errores o defectos de motivación.

Para ello, el Acuerdo Plenario N° 01-2019 enseña que el juez, teniendo la dirección de la audiencia, debe precisar los tiempos de intervención de las partes para fijar sus pretensiones y resistencias en función a las características de la causa. Entonces, el juez deberá fijar plazos únicos en las intervenciones, recomendablemente breves,

296 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ, Expediente N° 4780-2017-PHC/TC, EXP. N° 502-2018-PHC/TC, de fecha 26 de abril de 2018, fundamentos 132 y 133.

siendo exigente con el rigor expositivo, la concisión y lo esencial de los argumentos acusatorios o defensivos<sup>297</sup>.

### **VI.III. El debate de licitud de los elementos de convicción**

Al debate de audiencia de prisión preventiva el representante del Ministerio Público debe presentar y, principalmente, sustentar los elementos de convicción que acompañan el requerimiento de prisión preventiva, los cuales han generado la sospecha fuerte.

En audiencia, normalmente se pensaría que el debate se debe centrar en lo que se quiere demostrar con los actos de investigación que fiscalía presenta, es decir, en el fondo o meollo del asunto. Y, en ese sentido, se espera que el abogado defensor demuestre de manera contraria lo expuesto por el fiscal a fin de desacreditar sus elementos de convicción, es decir, también debatiendo el fondo de los elementos de convicción.

Sin embargo, una cuestión sumamente importante a debatir, que generalmente se deja de lado, es el debate sobre la forma en la que se habrían obtenido dichos elementos de convicción; es decir, si la adquisición de estos ha generado afectación o vulneración a derechos fundamentales, o si por otro lado se han obtenido al margen del procedimiento establecido por la norma pertinente. O si habiéndose obtenido lícitamente, no cumplen con los requisitos legales para su valoración, o que no hayan sido trasladados de manera debida al proceso en el que se debate la prisión preventiva.

Puede ser que, por ejemplo, la obtención de las comunicaciones telefónicas se haya realizado vulnerando el derecho al secreto de las comunicaciones. Así también puede suceder que, en relación a los audios o grabaciones, no se haya respetado previamente el procedimiento para su uso en la audiencia de prisión preventiva; o de la misma manera, respecto de las escuchas telefónicas.

Si esto sucediera, lo correcto debiera ser el análisis de legalidad de dicho elemento de convicción. No es pues posible concebir idea alguna sobre la imposición de la medida de prisión preventiva sustentados en la base de elementos de convicción que vulneran derechos fundamentales o que no han cumplido con el procedimiento establecido en la norma.

El Tribunal Constitucional ha mencionado, analizando el caso de la ex pareja presidencial Humala-Heredia, en relación a los audios, que:

“En efecto, de una interpretación sistemática de los artículos 189, inciso 3, y 190 del referido código, deriva que cuando se trate de voces en audios ellas deberán pasar por un reconocimiento en el que deberá estar presente el defensor del imputado o, en su defecto,

297 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA, XI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente, Transitoria y Especial, Acuerdo Plenario N° 01-2019/CIJ-116, fundamento jurídico 67.

el Juez de la Investigación Preparatoria. Y el artículo VIII, inciso 1, del Título Preliminar del Código Procesal Penal, "Todo medio de prueba será valorado sólo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo"<sup>298</sup>.

Sin duda el análisis que se debe realizar sobre los elementos de convicción debe ser en correlación con la nueva tendencia o paradigma constitucional del derecho, el cual es transversal a todas las ramas e instituciones del derecho. De ahí que al ámbito penal actualmente se le denomine como Derecho Penal Constitucional y Derecho Procesal Penal Constitucional. Entonces si al analizarse la licitud de los elementos de convicción, estas resultan vejatorias a los derechos fundamentales o no cumplieron con el procedimiento preestablecido por la norma, eventualmente podrían devenir en una suerte de prueba ilícita o prueba prohibida.

El Segundo Juggado Nacional de Investigación Preparatoria, con ocasión del caso Ouiedo, se ha pronunciado de manera más explícita en relación al análisis de legalidad de los elementos de convicción, pues ha señalado que a su criterio sí es posible dicho debate:

"En principio, resulta pertinente establecer si el juez de la investigación preparatoria durante la audiencia de prisión preventiva se encuentra habilitado para pronunciarse sobre la legalidad de los elementos de convicción ofrecidos por la fiscalía. Al respecto, hay quienes señalan que ello no resulta posible en esta etapa procesal al no tratarse de prueba, la cual solo tiene ocasión durante la etapa de joggamiento. Sin embargo, este juggador es del criterio que el juez si se encuentra habilitado para hacer un control en relación a la legalidad de los actos de investigación o elementos de convicción que se ofrecen como sustento de la medida cautelar de prisión preventiva, con la salvedad que los criterios a tener en cuenta no podrían contener las mismas exigencias que se deben observar cuando se trata de las pruebas propiamente dichas"<sup>299</sup>.

Ahora bien, respecto de si solo se puede realizar un análisis de licitud de los medios de prueba y no sobre los actos de investigación -siendo la diferencia entre ambas la etapa del proceso en la que se actúa: la primera en el juggamiento, y la segunda en la etapa intermedia-, el Tribunal Constitucional ha realizado un esbozo señalando que:

"De esta manera, la Sala también ha incurrido en un razonamiento inconstitucional en este asunto, pues asume que porque se halla en el ámbito de un incidente cautelar -en el que se encuentra de por medio, ni más ni menos, la posibilidad de que una persona

298 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ, Expediente N° 4780-2017-PHC/TC, EXP. N° 502-2018-PHC/TC, de fecha 26 de abril de 2018, fundamento 88.

299 CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA ESPECIALIZADO EN DELITOS DE CRIMEN ORGANIZADO Y DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS, Segundo Juggado Nacional de Investigación Preparatoria, Expediente N° 47-2018-3, Caso Ouiedo, Resolución N° 16, Auto que se pronuncia en relación a requerimiento de prisión preventiva, del 07 de febrero de 2019, fundamento décimo octavo.

vaya a prisión- y no en el espacio del proceso principal, está autorizada a relajar las exigencias legales para la incorporación debida de la prueba al proceso, negando, además, que sea ese un espacio en el que la defensa pueda cuestionarlo. Se trata, pues, de un enfoque violatorio también del derecho a la defensa y del debido proceso<sup>300</sup>.

El debate de la licitud de los elementos de convicción en la audiencia de prisión preventiva debe ser entonces una obligación del abogado defensor, a efectos de demostrar y ejercer de manera correcta la garantía de defensa eficaz.

#### **VI.IV. Debate sobre la eficacia de los elementos de convicción**

El debate sobre la eficacia de los elementos de convicción, se erige a partir del ya citado Acuerdo Plenario N° 01-2019, en ese sentido, a efectos de dotar de una mayor claridad al debate, estimamos pertinente resaltar el Fundamento N° 25 de la plenaria, el cual nos ilustra que:

“La verificación de esta sospecha fuerte requiere, en tanto juicio de atribución del delito al imputado, el examen de las fuentes – medios de investigación o de las fuentes – medios de prueba lícitos – la licitud es un componente necesario del concepto de prueba (...) Se ha de afirmar un juicio de probabilidad sentado en criterios objetivos sólidos o indicios consistentes; esto es, contar con un sistema coherente de datos graves, precisos y concordante, y con un alto grado de confianza, consistencia, fiabilidad y credibilidad<sup>301</sup>.”

Estando a ello, lo que en buena cuenta la Corte Suprema nos informa es que debe de existir un análisis que supere un simple examen de forma, se trata pues de ir más allá, esto es, analizar la información que contiene las fuentes - medios de investigación o de prueba. Además, en el Fundamento N° 14 colige que el nivel de sospecha que reclama la prisión preventiva es uno de mayor envergadura, vale decir, una sospecha más allá de las simples, reveladoras o suficientes, explicando que:

“En cuanto a la prisión preventiva priva de la libertad personal al imputado, la tutela de este derecho fundamental de máxima importancia en una sociedad democrática requiere de la presencia de sospechas vehementes o fuertes, esto es, graves y fundadas (...) no admite, para estos efectos, las sospechas simples, las sospechas reveladoras o las sospechas suficientes<sup>302</sup>.”

300 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ, Expediente N° 4780-2017-PHC/TC, EXP. N° 502-2018-PHC/TC, de fecha 26 de abril de 2018, fundamento 88.

301 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA, Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria, Acuerdo Plenario N° 02-2005/CIJ-116, fundamentos jurídicos 9 y 10.

302 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA, Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria, Acuerdo Plenario N° 02-2005/CIJ-116, fundamento jurídico 14.

Ahora bien, si el nivel de sospecha que se requiere para una prisión preventiva es mayor a una de sospecha suficiente, es lógico que el nivel de convicción debe ser mayor, y, por ende, satisfacer todos los requisitos previstos en una sospecha suficiente.

En esa línea de ideas, el Acuerdo Plenario N° 02-2005 ha establecido que cuando se desarrollen las declaraciones de los coimputados y de los agraviados, a efectos de resguardar la vigencia de las garantías de un proceso penal constitucionalmente configurado es necesario establecer parámetros de valoración, los mismos que deben ser trasladados al momento de realizar la ponderación de la prueba. Así, los Fundamentos N° 9 y 10 señalan como requisitos a valorarse:

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 admita matizaciones, la persistencia de sus afirmaciones en el curso del proceso. El cambio de versión del coimputado no necesariamente la inhabilita para su apreciación judicial, y en la medida en que el conjunto de las declaraciones del mismo coimputado se hayan sometido a debate y análisis, el juzgador puede optar por la que considere adecuada.

10. Tratándose de las declaraciones de un agraviado, aun cuando sea el único testigo de los hechos, al no regir el antiguo principio jurídico *testis unus testis nullus*, tiene entidad para ser considerada prueba válida de cargo y, por ende, virtualidad procesal para enervar la presunción de inocencia del imputado, siempre y cuando no se adviertan razones objetivas que invaliden sus afirmaciones. Las garantías de certeza serían las siguientes:

**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<sup>303</sup>.

En atención a ello, y estando ante un requerimiento de prisión preventiva, es factible y correcto realizar un análisis profundo respecto de la eficacia de los elementos de convicción, más aún, si con esta medida de coerción personal se limitan derechos y es de carácter excepcional.

Asimismo, la prisión preventiva no es un adelanto de resultados, por el contrario, el Acuerdo Plenario N° 01-2019 habilita el camino para realizar un análisis de proporcionalidad y razonabilidad y es a partir de los requisitos del Acuerdo Plenario N° 02-2005 que aquello se materializa, cobrando vigencia efectiva las garantías con que cuenta todo proceso penal, tal como es la presunción de inocencia.

#### **VI.V. Debate sobre la imputación necesaria.**

Uno de los debates más importantes en la audiencia de prisión preventiva -que, debido a las contradicciones de la jurisprudencia, se pensaba que no era posible realizarse- es respecto a la imputación necesaria que debe plantear el fiscal a fin de que su requerimiento sea estimado.

La imputación necesaria exhorta que la imputación de un ilícito penal atribuida a un ciudadano relate pormenorizadamente los hechos con relevancia penal y su configuración en el tipo penal, así como el nivel de intervención, entre otros. Es por ello que el jurista argentino Julio B. J. Maier enseña respecto del principio de imputación necesaria que:

“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. (...) La Imputación concreta no puede reposar en una atribución más o menos vaga o confusa de malicia o enemistad con el orden jurídico, esto es, en 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

303 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA, Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente, Transitoria y Especial, Acuerdo Plenario N° 01-2019/CIJ-116, fundamento jurídico 25.

presupuesto la afirmación clara, precisa y circunstanciada de un hecho concreto, singular de la vida de una persona. Ello significa describir un acontecimiento -que se supone real- con todas las circunstancias de modo, tiempo y lugar que lo ubiquen en el mundo de los hechos (temporal y espacialmente) y la proporcione su materialidad concreta<sup>304</sup>.

En este sentido, la Corte Suprema ha detallado que el principio de imputación necesaria de debe cumplir con ciertos requisitos desde el punto de vista fáctico, lingüístico y jurídico:

**A) REQUISITOS FÁCTICOS.** El requisito fáctico del principio de imputación necesaria debe ser entendido como la exigencia de un relato circunstanciado y preciso de los hechos con relevancia penal que se atribuyen a una apersona.

**B) REQUISITO LINGÜÍSTICO.** La imputación debe ser formulada en lenguaje claro, sencillo y entendible, sabiendo que, si bien constituye un trabajo técnico jurídico, está dirigida y va a ser conocida por los ciudadanos contra quienes se dirige la imputación.

**C) REQUISITO NORMATIVO.** Supone el cumplimiento previo de los presupuestos fácticos y lingüísticos antes descritos: i) Se fije la modalidad típica. Se describan o enuncien de manera precisa la concreta modalidad típica que conforman los hechos que sustentan la denuncia. ii) Imputación individualizada. En caso de pluralidad de imputaciones o de imputados se determine cada hecho y su correspondiente calificación jurídica. iii) Se fije el nivel de intervención. En caso de pluralidad de imputados se describa de manera adecuada cada una de las acciones con presunta relevancia penal y su correspondiente nivel de intervención, ya sea como autor o partícipe. iv) Se establezcan los indicios y elementos de juicio que sustentan cada imputación. La necesidad de motivación de la imputación en todos sus elementos y requisitos estructurales es un presupuesto constitucional indubitable<sup>305</sup>.

La Casación N° 626-2013 Moquegua estableció, en su fundamento décimo octavo, que no era posible discutir la imputación necesaria, esto es, el análisis detallado de los requisitos fácticos, lingüísticos y normativos, ya que en dicho fundamento se puede leer que para dicho debate o cuestionamiento existe un mecanismo específico, el cual es la tutela de derechos. Por lo tanto, no era posible entrar en el debate de la imputación necesaria.

Es decir, aun cuando a todas luces el delito era atípico, no debía entrarse a tal discusión -por no ser la audiencia de prisión preventiva el mecanismo idóneo-, y por lo tanto podría dictarse la medida de prisión preventiva solo si se cumplía con los presupuestos

304 MAIER, Julio. Derecho Procesal Penal Argentino. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000, Vol. I, p. 317 y 318.

305 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA, Recurso de Nulidad N° 2823-2015 Ventanilla, del 01 de junio de 2017, fundamento 8.

materiales y la evaluación de la proporcionalidad y duración de la medida.

Luego se emitió la Casación N° 724-2015 Piura la cual rompía con este criterio y ofrecía un esbozo respecto de la discusión de la imputación necesaria<sup>306</sup> y, por lo tanto, el debate de tipicidad.

Sin embargo, la Casación N° 704-2015 Pasco, deshizo la latente idea de discutir la imputación necesaria y volvió a indicar que era imposible<sup>307</sup> dicho debate.

Hasta que se emitió la Casación N° 564-2016 Loreto, la cual, finalmente al constituir doctrina jurisprudencial, resolvió que sí es posible discutir la tipicidad del delito en audiencia de prisión preventiva, mencionado que "la apariencia de delito es un presupuesto de la prisión preventiva"<sup>308</sup>.

Finalmente, el Acuerdo Plenario N° 01-2019 ha establecido y dejado por sentado que, para entrar, incluso previamente, al análisis de los presupuestos de la prisión preventiva -esto es, el análisis de los graves y fundados elementos de convicción, la prognosis de la pena, el peligro procesal, la proporcionalidad de la medida y la duración de la medida- se debe antes analizar la imputación necesaria<sup>309</sup>.

306 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA, Sala Penal Transitoria, Casación N° 724-2015 Piura, del 15 de abril de 2016, fundamento tercero.

307 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA, Sala Penal Transitoria, Casación N° 704-2015 Pasco, del 27 de noviembre de 2017, fundamento vigésimo.

308 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA, Sala Penal Transitoria, Casación N° 564-2016 Loreto, del 12 de noviembre de 2018, fundamento jurídico quinto.

309 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA, XI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente, Transitoria y Especial, Acuerdo Plenario N° 01-2019/CIJ-116, fundamento jurídico 27.

## GUÍA DE LITIGACIÓN EN AUDIENCIA DE TUTELA DE DERECHOS

*Jefferson G. Moreno Nieves<sup>310</sup> (Perú)*

### I. Introducción

¿Qué sucede si el mecanismo creado para la protección de derechos del investigado, termina limitando su ámbito de aplicación a derechos meramente informativos? La respuesta parece bastante obvia, se convierte en un mecanismo de defensa absolutamente infructuoso en el litigio nacional.

Es necesario impulsar un cambio en la interpretación que se realiza sobre el mecanismo de la tutela de derechos, a fin de poder dejar en claro, que su ámbito de protección no se encuentra limitado al artículo 71.2 del Código Procesal Penal, sino que se encuentra destinado a proteger todos los derechos reconocidos legal, constitucional y convencionalmente, al investigado en un proceso penal.

No entender de esta forma a la tutela de derechos, la convierte en un mecanismo infructuoso, tendiente a devolver al litigante al punto de inicio, esto es, colapsar la justicia constitucional con reclamos derivados del proceso penal, evitando así el uso del juez de investigación preparatoria, que debía convertirse en un “juez constitucional”, al interior del proceso penal.

### II. La incorporación de un mecanismo de defensa en favor de los derechos del investigado

Si participaran en la defensa de un investigado que enfrenta un proceso ordinario o sumario, bajo la vigencia del Código de Procedimientos Penales de 1940 o el Decreto Legislativo N° 124 respectivamente, y en la etapa de investigación o instrucción verificarían la lesión de un derecho del investigado, no contarían con un mecanismo de control o defensa al interior del proceso penal.

Supuestos tan simples como la no entrega de copias de carpeta fiscal, el hecho de no permitir participar al abogado defensor en los actos de investigación, la denegatoria del fiscal a realizar actos de investigación solicitados por la defensa del investigado, la exclusión de prueba ilícita, el incumplimiento de legalidad en el levantamiento de actas, etc. No encuentran en aquella legislación, mecanismo de control o de defensa.

Legislativamente, lo único que podría realizar una defensa sería interponer una queja ante los órganos de control interno, ya sea del Ministerio Público, Policía Nacional o

<sup>310</sup> Abogado por la Universidad de San Martín de Porres, estudios de maestría en Ciencias Penales por la Universidad de San Martín de Porres, estudios de Maestría en Derecho con mención en sistema acusatorio y litigación oral en la Universidad de Medellín - Colombia, estudios de maestría en enseñanza del derecho por la Universidad de San Martín de Porres. Conferencista nacional en temas de derecho penal y procesal penal.

Poder Judicial, dependiendo de la autoría de la lesión al derecho. Por lo menos, sería la acción más directa que se podría ejercer.

Aunque también estaría vigente la posibilidad de una acción constitucional que se presenta quizá con un amparo o un habeas corpus de tipo conexo. Pero al interior del proceso, no existiría algún mecanismo tendiente a reestablecer la vigencia del derecho lesionado.

Al ser los únicos mecanismos con los que cuenta un abogado defensor, los problemas generados al interior de un proceso penal normalmente eran trasladados a vías extrapenales como la constitucional y por supuesto, la vía administrativa, ya sea por la interposición de un habeas corpus o un amparo, en el primer supuesto, o a través de la interposición de quejas ante los órganos de control, en el segundo supuesto.

Esta emigración a campos ajenos al derecho penal, hizo reflexionar al legislador sobre la posibilidad de que la lesión de derechos surgida al interior del proceso penal, sea resuelta en el mismo proceso. Así, se evita cuestiones de carga procesal en el sistema de administración de justicia constitucional, resolviendo las cuestiones surgidas en el proceso penal, en su propia matriz.

Hoy, el Código Procesal Penal del 2004, al menos donde está vigente, reconoce un mecanismo de defensa que permite cautelar o reestablecer la lesión de un derecho fundamental al interior de un proceso penal, siempre y cuando se encuentre en etapa de investigación, claro.

Si con la vigencia del ordenamiento procesal anterior, los investigados no podían realizar reclamos sobre la lesión de sus derechos, y recurrían a vías extraprocesales como la vía constitucional, el legislador peruano, lo que ha hecho, entendemos, es trasladar al juez constitucional, al interior del proceso penal, a fin de evitar esa recurrencia fuera del ámbito donde debe resolverse si finalmente se lesionó o no un derecho.

El juez de investigación preparatoria cumple para ello con la función de “mini” juez constitucional al interior del proceso penal, evitando así que los litigantes, recurran a vías extra procesales y cumplan con resolver controversias de lesión a derechos al interior del proceso penal de cuestión.

Bajo esa idea, sería ilógico que un mecanismo de defensa que nació para evitar la recurrencia a vías extraprocesales limite al máximo sus supuestos de procedencia u objeto de protección para finalmente “obligar” al investigado, a recurrir a los mecanismos que anteriormente motivaron la reforma procesal penal y la introducción de medios de defensa como la tutela de derechos al interior del proceso penal.

Aquí, lo que pretendemos es presentar un desarrollo teórico de los requisitos de procedencia establecidos por la legislación procesal y ampliados por la jurisprudencia nacional, y junto a ellos, presentar un análisis de cuál debería ser el objeto de protección del mecanismo de tutela de derechos, ya que, en el caso de Nadine Heredia Alarcón, como es de conocimiento público, se nos limitó la posibilidad de reclamar vía tutela

de derechos, el acceso a información de la carpeta fiscal, ya que alegábamos la lesión de la garantía de tutela jurisdiccional efectiva, así como de legalidad procesal penal, lo que fuera rechazado, debido a que tales derechos no se encontraban en el catálogo reconocido por el artículo 71 inciso 2 del Código Procesal Penal.

### III. Requisitos de procedibilidad

Si bien es cierto, conforme hemos explicado ahora, la tutela de derechos se convierte en un mecanismo efectivo de protección de derechos del investigado, o al menos, eso debería ser, lo cierto es que previo a su análisis de fundabilidad, el reclamo también debe cumplir con el respeto de las formalidades, no establecidas en la norma procesal, pero si desarrolladas a nivel jurisprudencial por parte de la Corte Suprema.

#### III.1. Requerimiento previo

La lesión de un derecho que pretenda ser reclamado en etapa de investigación preparatoria, normalmente proviene de quien dirige dicha etapa o de su órgano colaborador más cercano; es decir, el acto lesivo, normalmente proviene del Ministerio Público, o de la Policía Nacional, que coadyuva a la labor fiscal.

Esto es así, porque la labor de investigación y el desarrollo de la etapa que produce la información, se encuentra a cargo del órgano fiscal, con el apoyo de la Policía Nacional del Perú.

Por ello, la Corte Suprema ha desarrollado, vía jurisprudencia, que previo a interponer una tutela de derechos ante el juez de investigación preparatoria, la lesión de un derecho del investigado, deba ser reclamada ante el mismo que generó la lesión, es decir, al Ministerio Público.

Esto, como una especie de “oportunidad” para recapacitar y remediar la lesión que el investigado considera se ha realizado sobre sus derechos.

Así, la Corte suprema, en el Acuerdo Plenario N° 02-2012/CJ-116, del 26 de marzo de 2012, ha señalado que:

“(…) 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 (...).

11. Muy excepcionalmente, ante la desestimación del fiscal o ante la reiterada falta de respuesta por aquel 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”.

Y aunque este requisito de procedibilidad se haya considerado que solo aplicaría para la tutela en casos donde se reclame aspectos de imputación necesaria, lo cierto es que si exigencia es de ámbito genérico a toda tutela interpuesta. Así, por ejemplo, lo reconoce la Corte Superior de Justicia de Áncash, a través de la Segunda Sala Penal de Apelaciones, en el Expediente 00393-2020-1-0201-SP-PE-02, mediante resolución 8, del 19 de mayo de 2021, cuando en su fundamento 13 señala:

“(…) Convenimos con la defensa que el considerando 11 del Acuerdo Plenario 2-2012/CJ-11 se refiere al pedido específico de una tutela de derechos para casos de imputación insuficiente en la que según jurisprudencia es obligatorio solicitar primero el pedido previo a fiscalía para recién, ante su negativa, acudir a la vía judicial. Sin embargo, consideramos que la A-quo no sustenta su decisión en este argumento sino copia su texto para postular que se debe tener en cuenta que para aquellos requerimientos o disposiciones fiscales que vulnere derechos fundamentales constitucionales pero que tienen vía propia para la denuncia o control respectivo, no podrían cuestionarse a través de la audiencia de tutela y, ello se debe a su naturaleza residual (…)

13. Si para los casos de tutela de derechos por imputación suficiente se exige el pedido previo al fiscal; estimamos que para los otros casos como se refiere a la presente, sobre exclusión de fuentes de prueba o fuentes de información; también debe preferirse o procurarse este pedido previo, ya que encontrándose la causa en fase de investigación preparatoria: debe siempre privilegiarse y priorizarse la condición de director del proceso que el fiscal ostenta (…).”

### **III.II. La inexistencia de vía específica**

Vía Acuerdo Plenario N° 04-2010/CJ-116 de fecha 16 de noviembre de 2010, la Corte Suprema de Justicia estableció que la tutela de derechos tenga la característica de residual, es decir, que, para su procedencia, no deba existir ninguna vía específica a través de la cual pueda reclamarse la lesión del derecho alegado. Este mismo criterio ha sido reafirmado en diferentes pronunciamientos no solo de la Corte Suprema, sino también de órganos inferiores jerárquicos.

Así, se tiene que el Acuerdo Plenario N° 4-2010/CJ-116, del 16 de noviembre de 2010, que en su fundamento 13 señala:

“(…) 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 334.1, 343.2) 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 afectado (...).”

#### IV. ¿Qué derechos protege la tutela de derechos?

##### **IV.1. La base legal en cuestión. Exposición de motivos y fundamento de existencia**

El Código Procesal Penal en su artículo 71°, señala 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.

2. Los Jueces, los Fiscales o la Policía Nacional deben hacer saber al imputado de manera inmediata y comprensible, que tiene derecho a:

- a) Conocer los cargos formulados en su contra y, en caso de detención, a que se le exprese la causa o motivo de dicha medida, entregándole la orden de detención girada en su contra, cuando corresponda;
- b) Designar a la persona o institución a la que debe comunicarse su detención y que dicha comunicación se haga en forma inmediata;
- c) Ser asistido desde los actos iniciales de investigación por un Abogado Defensor;
- d) Abstenerse de declarar; y, si acepta hacerlo, a que su Abogado Defensor esté presente en su declaración y en todas las diligencias en que se requiere su presencia;
- e) Que no se emplee en su contra medios coactivos, intimidatorios o contrarios a su dignidad, ni a ser sometido a técnicas o métodos que induzcan o alteren su libre voluntad o a sufrir una restricción no autorizada ni permitida por Ley; y
- f) Ser examinado por un médico legista o en su defecto por otro profesional de la salud, cuando su estado de salud así lo requiera.

3. El cumplimiento de lo prescrito en los numerales anteriores debe constar en acta, ser firmado por el imputado y la autoridad correspondiente. Si el imputado se rehúsa a firmar el acta se hará constar la abstención, y se consignará el motivo si lo expresare. Cuando la negativa se produce en las primeras diligencias de investigación, previa intervención del Fiscal se dejará constancia de tal hecho en el acta.

4. Cuando el imputado considere que durante las Diligencias Preliminares o en la Investigación Preparatoria no se ha dado

cumplimiento a estas disposiciones, o que sus derechos no son respetados, o que es objeto de medidas limitativas de derechos indebidas o de requerimientos ilegales, puede acudir en vía de tutela al Juez de la Investigación Preparatoria para que subsane la omisión o dicte las medidas de 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.

Ésta sería la base legal, para el reconocimiento, invocación y aplicación del novedoso mecanismo de defensa llamado “tutela de derechos”.

Este mecanismo es una de las implementaciones que trajo consigo el Código Procesal Penal del 2004 en su visión garantista con rasgos adversariales.

La implementación de este mecanismo responde a problemas generados con la aplicación del Código de Procedimientos Penales de 1940, así como el Decreto Legislativo 124°. Recuérdese, por ejemplo, que aquellos debates sobre lesión al interior del proceso penal, de algún derecho constitucionalmente reconocido, no encontraban un mecanismo de protección intraprocesal, por lo que aquellos que consideraban lesionado un derecho no contaban con el mecanismo de defensa que permita corregir la lesión.

Así se tiene casos como los de Chacón Málaga<sup>311</sup> o Salazar Monroe<sup>312</sup>, solo por poner algunos ejemplos. En estos casos, al no encontrar solución intraprocesal sobre el exceso de plazo de la investigación, los investigados tuvieron que recurrir a la garantía de habeas corpus, que, pasando por la instancia de juez constitucional y sala constitucional, finalmente pudieron ser conocidas por el Tribunal Constitucional, siendo que ambas acciones, fueron declaradas fundadas, procediéndose a corregir la lesión al derecho reclamado<sup>313</sup>.

Situaciones como la señalada, generaron en el legislador, la necesidad de implementar un mecanismo intraprocesal, que evite acciones extra proceso como el habeas corpus o el amparo. Las partes deben resolver sus controversias en el propio proceso penal, y no generar en el estado, un accionar innecesario si la omisión o lesión, pueden ser solucionadas en el ámbito natural a la acción, es decir, en el proceso penal.

La sección IV del Código Procesal Penal titulada “El ministerio público y los demás sujetos procesales”, contiene V Títulos, el Título II se encuentra referido a “El imputado

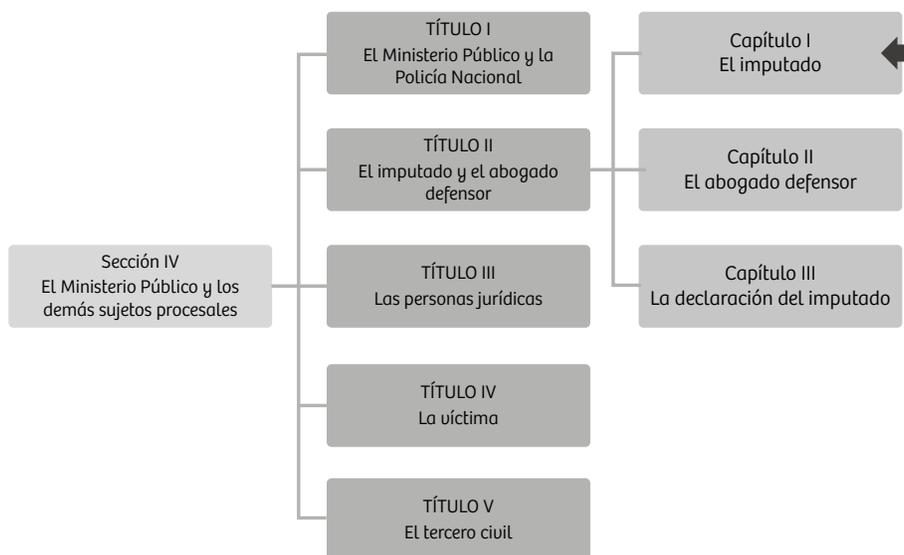
311 El caso Chacón Málaga estableció que la verificación de la violación del derecho al plazo razonable supone la exclusión del proceso de la persona que ha sufrido la violación a este derecho fundamental.

312 El caso Salazar Monroe siguió con una línea argumentativa similar, pues señalaba que la verificación de la violación del plazo razonable implicaba el otorgamiento de un plazo al órgano jurisdiccional para decidir acerca de la situación del procesado; además de ello, desarrolló dos criterios que permiten calificar como plazo razonable el tiempo de duración de la investigación: criterio subjetivo (actuación fiscal, actuación del investigado) y criterio objetivo (la naturaleza de los hechos).

313 Con diferentes consecuencias debemos precisar que en el caso Chacón Málaga, el Tribunal Constitucional optó por la exclusión del investigado del proceso; mientras que en el caso Salazar Monroe optó por otorgar diez días adicionales a la Fiscalía para la toma de decisión final.

y el abogado defensor”, en él se desarrollan 3 capítulos referidos al imputado, al abogado defensor y a la declaración del imputado.

El artículo 71° del Código Procesal Penal, contenido en el capítulo I “El Imputado”, está referido a los “derechos del imputado”. Se encuentra dividido en 4 incisos.



El inciso 1° señala:

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.

Al tratarse de la única base normativa en referirse al reconocimiento y ejercicio de derechos del imputado, el inciso 1° no hace referencia a ninguna limitación, y, por el contrario, señala que los derechos que pueden ser ejercidos en el proceso penal, ya sea por el imputado directamente o a través de su abogado serían: “*los que la Constitución y las leyes le conceden*”.

El inciso 2, sin referencia alguna o vinculación directa con el inciso 1°, reconoce lo que en doctrina se conoce como los derechos informativos:

2. Los Jueces, los Fiscales o la Policía Nacional deben hacer saber al imputado de manera inmediata y comprensible, que tiene derecho a:
  - a) Conocer los cargos formulados en su contray, en caso de detención, a que se le exprese la causa o motivo de dicha medida, entregándole

- La orden de detención girada en su contra, cuando corresponda;
- b) Designar a la persona o institución a la que debe comunicarse su detención y que dicha comunicación se haga en forma inmediata;
- c) Ser asistido desde los actos iniciales de investigación por un Abogado Defensor;
- d) Abstenerse de declarar; y, si acepta hacerlo, a que su Abogado Defensor esté presente en su declaración y en todas las diligencias en que se requiere su presencia;
- e) Que no se emplee en su contra medios coactivos, intimidatorios o contrarios a su dignidad, ni a ser sometido a técnicas o métodos que induzcan o alteren su libre voluntad o a sufrir una restricción no autorizada ni permitida por Ley; y
- f) Ser examinado por un médico legista o en su defecto por otro profesional de la salud, cuando su estado de salud así lo requiera.

No tendría sentido que en el inciso 1° se haga referencia a “los derechos que la constitución y las leyes reconocen”, para luego referir que la protección que se busca solo sería de los “derechos informativos”.

Obviamente, la gama de derechos, constitucional y legalmente reconocidos, son mayores a estos. De ahí que se pueda sostener que el inciso 2° no necesariamente se encuentra vinculado con el 1°, sino que este hace referencia a la conocida “*Clausula Miranda*”<sup>314</sup> o “derechos informativos”. Es decir, aquellos que son puestos en conocimiento del imputado cuando este es detenido, así se le informa que tiene derecho a contar con un abogado defensor, a cuáles serían los cargos que se le imputan, abstenerse a declarar si así lo considera, e incluso a ser examinado por un médico legista.

Por su parte, el inciso 3° señala la formalidad que debe cumplirse cuando se trate de los derechos informativos del inciso 2°, estableciendo una relación directa:

3. El cumplimiento de lo prescrito en los numerales anteriores debe constar en acta, ser firmado por el imputado y la autoridad correspondiente. Si el imputado se rehúsa a firmar el acta se hará constar la abstención, y se consignará el motivo si lo expresare. Cuando la negativa se produce en las primeras diligencias de investigación, previa intervención del Fiscal se dejará constancia de tal hecho en el acta.

---

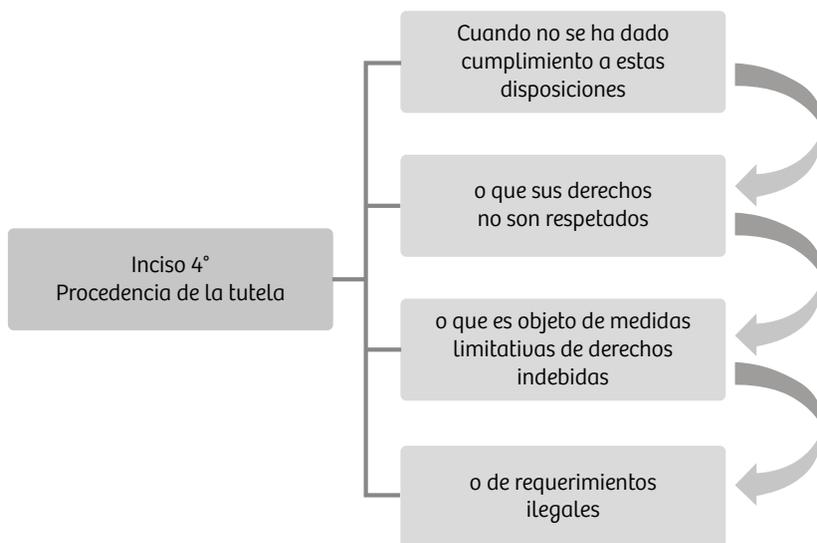
314 En Estados Unidos, Ernesto Arturo Miranda fue detenido por la Policía en el 1966. Producto de ello, la policía logra que el detenido confiese su culpabilidad en los delitos que se le imputaban, sin que de por medios haya tenido acceso a un abogado defensor y, además, sin habersele señalado que tenía derecho a guardar silencio, motivo por el cual resulta sentenciado. Al respecto, la Corte Suprema resuelve que, a partir de ello, cada vez que se detenga a una persona, se le pondrá en conocimiento los siguientes derechos: 1. Tiene derecho a guardar silencio, 2. Todo lo que diga puede ser usado en su contra en un Tribunal, 3. Tiene derecho a ser asistido por un abogado, el Estado designará y pagará a uno si así lo requiere, 4. Puede hacer uso de estos derechos y no responder preguntas o puede no declarar.

El inciso 3° no tiene independencia legislativa ni teleológica, responde a la información previa y obligatoria expresada por el inciso 2°, en este caso si se verifica una relación directa. Este no podría considerarse una limitante de la gama de derechos reconocidos al imputado, sino solo una reglamentación de forma o regulación de constancia de la lectura de los derechos informativos.

Por su parte el inciso 4°, señala que:

4. Cuando el imputado considere que durante las Diligencias Preliminares o en la Investigación Preparatoria no se ha dado cumplimiento a estas disposiciones, o que sus derechos no son respetados, o que es objeto de medidas limitativas de derechos indebidas o de requerimientos ilegales, puede acudir en vía de tutela al Juez de la Investigación Preparatoria para que subsane la omisión o dicte las medidas de 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.

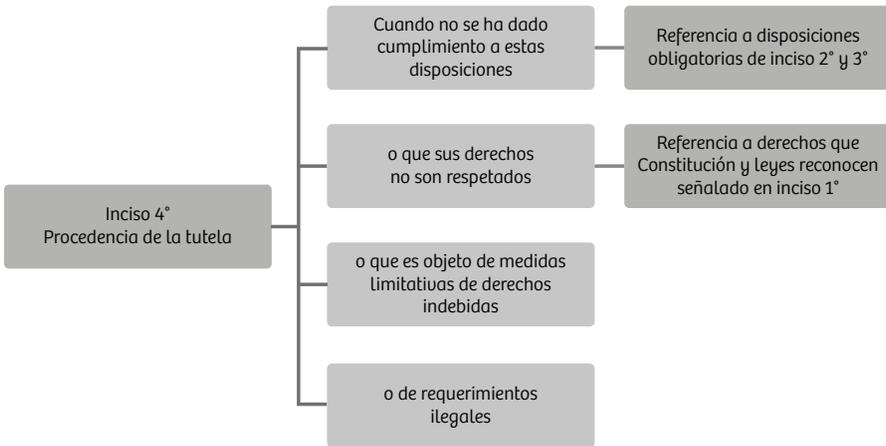
Nótese que el inciso 4° abarca no sólo lo señalado en el inciso 1°, sino también lo señalado en el inciso 2°. El inciso 4° regula diferentes supuestos alternativos en los cuales se podría acudir vía tutela.



El inciso 4° hace uso del disyuntivo “o” para enumerar diferentes supuestos de procedencia de tutela de derechos, señalando que la tutela procedería o “cuando no se ha dado cumplimiento a estas disposiciones”, o “que sus derechos no son respetados”, o “que es objeto de medidas limitativas de derechos indebidas”, o “de requerimientos ilegales”.

Cuando el inciso 4° hace referencia al supuesto “cuando no se ha dado cumplimiento a estas disposiciones”, obviamente hace referencia al trámite regulado en el inciso 2° y 3° referido a la obligatoriedad de lectura de derechos y su constancia en el acta respectiva. El incumplimiento de estas disposiciones abre la puerta a la procedencia de la tutela de derechos.

Sin embargo, cuando el inciso 4° hace referencia al supuesto “o que sus derechos no son respetados”, obviamente ya no se refiere a los derechos informativos del inciso 2° o al trámite de formalización de la lectura de esos derechos en acta que regula el inciso 3°, sino a lo que en el inciso 1° ya había señalado previamente, es decir, a “los derechos que la Constitución y las leyes reconocen al imputado”.



Entender que vía tutela de derechos solo se protegen los derechos informativos enumerados en el artículo 71° inciso 2° resultaría realizar no solo una indebida interpretación de la norma, sino además limitar la capacidad de reclamo con la que cuenta el investigado a lo largo de la investigación preparatoria.

Si al investigado se le negara la oportunidad de acceder al Juez de Investigación Preparatoria, denominado de “Garantías”, so pretexto de que la enumeración de derechos de la tutela sería una cláusula cerrada, esto convertiría a un mecanismo que se originó para protegerlo, como una nueva forma de limitar sus derechos. Así, el proceso penal no cumpliría su función de garantía.

El objeto de la audiencia de tutela, la protección de las garantías procesales constitucionales del investigado o del imputado, permite afirmar que se trata de una acción de garantía constitucional dentro del proceso penal y por extensión la investigación preliminar. Un “*habeas corpus*” al interior del proceso penal.

Cuando se implementó la vía de tutela de derecho, y se creó la institución del juez de garantías; ambas situaciones se hicieron pensando en que los justiciables necesiten cada vez menos acudir a procesos extrapenales para la protección de la libertad y derechos conexos vinculados al debido proceso.

Además, siendo así, debemos afirmar que, teniendo el mismo objeto de protección, la tutela de derechos debe ser tramitada aplicando los principios del proceso de habeas corpus: antiformalismo, celeridad y eficacia<sup>315</sup>.

Así como el habeas corpus como regla debe ser admitido por el principio pro actione, igual la tutela de derechos. El rechazo liminar no existe o debe ser excepcional, así como la reducción del ámbito de acción de este mecanismo de defensa.

#### **IV.II. Análisis jurisprudencial de la procedencia de la tutela de derechos.**

En algún momento, la Corte Suprema en la Casación N° 136°-2013-Tacna de fecha 11 de junio del 2014, entendió que la tutela de derechos sí constituiría una lista cerrada y que no cualquier derecho podría ser objeto de tutela:

“(...) el legislador ha establecido esta institución procesal, para que sea el juez quien controle estas falencias en el propio aparato estatal. No obstante, no toda afectación se puede reclamar a través de la audiencia de tutela de derechos, por cuanto, al ser una institución procesal, el legislador y la jurisprudencia han establecido mecanismos específicos para determinados actos (...)

Esta Corte Suprema a través de los acuerdos plenarios N° 04-2010-CJ-116 y N° 02-2012-CJ-116 de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, ha desarrollado la institución de la tutela de derechos, habiéndose establecido como derechos legitimados para ser recurridos en vía de tutela los establecidos en el artículo 71° del Código Procesal Penal del 2004, constituyendo esta una lista cerrada de derechos. (...)

3.6. Siendo que con anterioridad ya se ha determinado que derechos pueden ser objeto de tutela, el derecho de ejecución de las resoluciones judiciales (comprendido dentro de la tutela procesal efectiva) no ha sido considerado dentro de dicho listado cerrado, por lo cual discrecionalmente los órganos jurisdiccionales no pueden incorporar nuevos supuestos de procedencia, al dejar abierta, la posibilidad de que se haga un uso abusivo, ilegítimo, se desnaturalice la figura de tutela y se permita al órgano jurisdiccional un control total tanto de las actuaciones de la policía como del ministerio público (...)

---

315 Para garantizar la máxima eficiencia del proceso de habeas corpus, este tiene las siguientes características; es un proceso sencillo, rápido y antiformalista. En la STC del 17 de enero del 2008, expedida en el proceso de habeas corpus por el “Caso Víctor Esteban Camarena”, Fundamento Jurídico 9, el Tribunal Constitucional señala que el carácter sencillo y rápido de los actos procesales que se realizan en el proceso de habeas corpus es una exigencia de su finalidad; esto es la tutela del derecho a la libertad y derechos conexos a ellos.

Pese a su obvio razonamiento limitador de la acción de tutela, la Corte Suprema en la propia Casación sostiene que:

3.3. La audiencia de tutela de derechos tiene por finalidad: "(...) 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 71 del NCPP, responsabilizando al fiscal o a la Policía del agravo. 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 agravo–, reparadora –que lo repare, por ejemplo, subsanando una omisión– o protectora”.

Todo ello, citando el Acuerdo Plenario 4-2010/CJ-2010, del 16 de noviembre de 2010, fundamento jurídico undécimo.

Como se puede verificar de la propia cita, la Corte Suprema inicia señalando que el ámbito de protección está referido a los derechos del imputado reconocidos por la Constitución y las leyes, pero termina limitando su radio de acción a los derechos informativos. Una incongruencia procesal en la fundamentación de la casación mencionada.

En la Casación mencionada la Corte Suprema señala:

3.7. En ese sentido, el recurso debe ser declarado fundado, por cuanto el derecho que se ha pretendido tutelar no se encuentra dentro de los previstos para la procedencia de esta institución jurídica, debiéndose reiterar que solo pueden ser objeto de tutela las afectaciones a los derechos comprendidos en el artículo 71 del Código Procesal Penal.

En esa explicación, parece que la Corte Suprema confunde el artículo 71° del Código Procesal Penal, con los derechos informativos. Lo que no necesariamente es así, ya que el artículo 71° solo regula en los incisos 2° y 3° lo referido a los derechos informativos, mientras que los incisos 1° y 4° hacen referencia a *“los derechos que la Constitución y las leyes reconocen al imputado”*.

No se ha conocido hasta el día de hoy, de alguna tutela de derechos relevante que sólo reclame el incumplimiento de la formalidad o la lesión de algunos de los derechos informativos del inciso 2°:

- a. Entrega de la orden de detención girada en su contra.
- b. Designar a la persona o institución a la que debe comunicarse su detención.
- c. Ser asistido por un abogado defensor desde los actos iniciales.
- d. Abstenerse a declarar, y que su abogado esté presente en su declaración.
- e. Que no se emplee en su contra medios coactivos, intimidatorios o contradictorios a su dignidad.
- f. No se sometido a técnicas o métodos que induzcan o alteren su libre voluntad o sufrir restricción no permitida por la Ley.

De ahí que, entendemos, esta interpretación limitante de la Corte Suprema ha ido flexibilizándose con el tiempo, debido a un análisis más constitucional y en beneficio de la protección de derechos y garantías de los investigados.

Así, por ejemplo, la Sala Penal Especial de la Corte Suprema, conociendo vía apelación de tutela de derechos, la alegación de lesión del derecho al fiscal y juez predeterminado por la ley, señaló que sí podría ser objeto de tutela de derechos. Obviamente, pese a no tratarse de alguno de los derechos informativos del artículo 71° inciso 2°.

El derecho al fiscal y juez predeterminado por la ley, no se encuentra dentro del listado cerrado que implicaría el artículo 71° inciso 2°, sin embargo, la Corte Suprema, permitió su análisis vía tutela, señalando que:

“El Señor Juez supremo de investigación preparatoria señaló que el interesado no especificó cuál de los derechos descritos en el artículo 71 del NCPP sustentó su pedido. Asimismo, expresó que la competencia no puede cuestionarse en vía de tutela de derechos debido a que existe mecanismo de cuestionamiento propio; sin embargo, no especificó a cuál.

Una interpretación extensiva y cabal del inciso 1° y 4° del artículo 71° del NCPP de conformidad con el apartado 1.10 del SN, lleva a que durante las diligencias preliminares los derechos fundamentales de los imputados que fueran transgredidos pueden ser revisados en vía audiencia de tutela de derechos. En consecuencia, resulta incorrecto afirmar que la tutela de derechos únicamente se puede plantear cuando se afecta los derechos señalados en el inciso 2° de la citada norma”<sup>316</sup>.

La Sala Penal Especial de la Corte Suprema, en el auto de apelación de fecha 21 de agosto del 2018, emitido en el procedimiento de tutela de derechos AV 05-2018-“1”, afirmó que una interpretación extensiva y cabal del artículo 71 del NCPP, de conformidad a la Norma VII de su Título Preliminar, permite identificar a todos los derechos del investigado como objeto de tutela por el juez de garantía.

316 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal Especial, Auto de apelación A.V. 05-2018- “1”, resolución de fecha 21 de agosto del 2018, fundamento 2.3.

Como se puede verificar, la Corte Suprema, a través de la Sala Penal Especial, presidida por el Juez Supremo, Dr. Salas Arenas, varía su interpretación sobre el objeto de protección por parte de la tutela de derechos.

Y es que una interpretación constitucional del artículo 71°, concordante con el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Penal, nos da a entender que objeto de protección vía tutela de derechos son todos los derechos constitucionalmente reconocidos al investigado.

Esto puede ser entendido también cuando la Corte Suprema en la Casación N° 168-2016-Huancavelica, ha señalado que:

“Cuando se trate de actos administrativos, estos no pueden ser cuestionados vía tutela de derechos, de conformidad con lo establecido en el inciso cuatro, del artículo setenta y uno, del Código Procesal Penal. Por lo que el presente recurso extraordinario debe ser declarado infundado”.

Es decir, mientras se trate de un derecho con reconocimiento constitucional, este debe ser objeto de protección por parte de la tutela de derechos.

Es más, la propia Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional Permanente Especializada en Delitos de Corrupción de funcionarios, también ha reconocido que la interpretación que se debe realizar sobre el objeto de protección de la tutela de derechos debe ser una amplia y constitucional, permitiendo al investigado acudir al juez de garantías, cuando este considere que se le haya afectado cualquier derecho y no solo los informativos del artículo 71° inciso 2°.

“NOVENO: En esa misma línea, la Corte Suprema de la Republica ha señalado que debe realizarse el control de los derechos que el imputado alega, siempre que no exista vía procedimental determinada para salvaguardar un derecho fundamental, como sucede en el presente caso. Es más, se establece que una interpretación extensiva y cabal de los incisos 1 y 4, artículo 71 del CPP, resulta razonable si se quiere respetar el debido proceso penal. Incluso es el sentido que orienta el Acuerdo Plenario N° 04-2010/CJ-116 sobre el extremo de tutela de derechos”<sup>317</sup>.

En el caso citado, la defensa reclamaba la protección de la garantía de cosa decidida, ya que fiscalía, habría dispuesto el reexamen de una investigación archivada en contra de su defendido.

Obviamente, esta garantía, no forma parte de los derechos enunciativos que contempla el artículo 71° inciso 2°, por eso es que la Sala de Apelaciones, realiza

317 Corte Superior de Justicia Especializada en Delitos de Crimen Organizado y de Corrupción de funcionarios, Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional Permanente Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios, Expediente N° 00039-2018-4-5201-JR-PE-02, resolución N° 03 de fecha 03 de junio del 2019, fundamento noveno.

una interpretación constitucional del artículo 4° que permitiría el debate de cualquier derecho consagrado constitucionalmente en beneficio del investigado.

Por su parte la Segunda Sala Penal de Apelaciones Nacional, también ha expresado lo mismo, aunque de manera menos explícita, cuando señala que:

“La acción de tutela de derechos contemplada en el numeral 4° del artículo 61° del CPP al establecer que el imputado puede acudir ante el Juez de Investigación Preparatoria, cuando considere que sus derechos no son respetados o cuando es objeto de medidas limitativas de derechos indebidas o de requerimientos ilegales, establece que la finalidad de esta acción es lograr que el juez dicte las medidas correctivas, de protección o disponga subsanar las omisiones que estén dando lugar a la vulneración de sus derechos”<sup>318</sup>.

Nótese que la Sala Penal de Apelaciones Nacional presidida por el Sr. Juez Dr. Sahuanay Calsín, no realiza limitaciones al objeto de protección de la tutela de derechos, sino por el contrario, parte de la idea de que es el artículo 71° inciso 4°, y no el inciso 2° el que delimita cuales serían los derechos que pueden ser reclamados vía tutela de derechos.

Asimismo, se tiene el caso que fuera denominado en su momento “Los gansters de la política”, que dio origen a la interposición de una tutela de derechos. En este caso, el Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional Permanente Especializado en Delitos de Corrupción de funcionarios, en el Exp. 00011-2020-9-5002-JR-PE-03, mediante resolución 4, del 19 de enero de 2021, acogió el reclamo de la defensa respecto de la estigmatización que generaba un título de tal naturaleza, y permitió (declarándose fundado), el reclamo por lesión de los derechos de dignidad, presunción de inocencia y buen nombre, derechos que, como es obvio, no se encuentran en el catálogo de derechos informativos del artículo 71.2 del Código Procesal Penal.

Es más, el Juzgado, expresamente en el caso referenciado, para poder proteger los derechos alegados, señaló en su fundamento 4, que:

“En más de una interpretación extensiva y cabal de los incisos 1 y 4 del artículo 71 del CPP, resulta razonable si se quiere respetar el debido proceso penal del que incluso lo sostiene el Acuerdo Plenario 04-2010/CJ-116 (...); sin perjuicio de la jurisprudencia invocada, este mismo trato se acoge en aplicación de lo establecido en el artículo 71 del Código Procesal Penal en una interpretación amplia conforme al dispositivo rector del artículo VII y X del Título Preliminar del mismo cuerpo de ley, que prevalecen sobre los demás dispositivos legales”.

318 Sala Penal Nacional, Segunda Sala Penal de Apelaciones Nacional, Expediente N° 249-2015-19-5001-JR-PE-01, Resolución N° 09 de fecha 23 de junio del 2017, fundamento 7.3.2.

## V. La audiencia de tutela de derechos

El imputado que considere que sus derechos están siendo menoscabados o lesionados durante la actuación fiscal o incluso policial, puede acudir ante el Juez de Investigación Preparatoria en vía de tutela de derechos a fin de solicitar las medidas correspondientes para su debida garantía y respeto irrestricto de los derechos que le asisten como imputado.

Debemos tener presente que la tutela de derechos tiene la característica de ser residual<sup>319</sup>, esto es, que, al no existir otra forma de protección de los derechos del imputado, se hace afectiva la audiencia de tutela de derecho.

En esta audiencia, el abogado defensor juega un papel decisivo. Serán su patrocinado y él los protagonistas, pues el primero invoca la lesión de algún derecho que le asiste como imputado y el segundo fundamentará la pretensión que corresponda con el objetivo de que sea declarada fundada.

### VI. La convocatoria de las partes

En primer término, el artículo 71, numeral 4 del Código Procesal Penal, señala quién es el legitimado para poder recurrir ante la vía de tutela de derechos y, desde una lectura literal, podríamos entender que el único autorizado solamente es el imputado. Por lo tanto, este es quien puede participar en la audiencia de tutela de derechos. Dicho artículo señala que:

#### Artículo 71.- Derechos del imputado

**4. Cuando el imputado considere que durante las Diligencias Preliminares o en la Investigación Preparatoria no se ha dado cumplimiento a estas disposiciones, o que sus derechos no son respetados, o que es objeto de medidas limitativas de derechos indebidas o de requerimientos ilegales, puede acudir en vía de tutela al Juez de la Investigación Preparatoria para que subsane la omisión o dicte las medidas de 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.**

Sin embargo, desde una interpretación sistemática y armónica de los principios constitucionales que rigen el Código Procesal Penal, como el principio-derecho de igualdad, también es posible que el agraviado sea legitimado para solicitar la custodia de sus derechos vía tutela.

Siguiendo esta línea, el Tribunal Constitucional ha señalado que una concepción contraria atentaría contra el derecho a la igualdad de armas entre las partes, al

319 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA, VI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria, Acuerdo Plenario N° 4-2010/CJ-116, del 16 de noviembre de 2010, fundamento jurídico 13.

pronunciarse respecto del archivo liminar de la demanda de amparo interpuesta por la parte agraviada contra la Resolución que, confirmando, desestimó la solicitud de tutela de derechos emitida por los vocales de la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Puno. En ese sentido, ha manifestado:

“Que en el presente caso, el pronunciamiento judicial del rechazo liminar de la demanda resulta impertinente, toda vez que, a diferencia de los considerado por las instancias judiciales, este Tribunal considera que el presente caso no trata de una pretensión de mera legalidad -consistente en la correcta interpretación legal del Código Procesal Penal- sino que se trataría de una interpretación restringida de dicho Código, atentatoria del derecho a la igualdad de armas entre las partes, que le impediría al actor acudir al órgano jurisdiccional en caso de que el Ministerio Público atente contra sus derechos en el marco de la investigación preparatoria que describe, lo que no configura una causal de improcedencia manifiestamente improcedente que habilite el rechazo liminar de la presente demanda”<sup>320</sup>.

Así las cosas, los derechos a los que el agraviado puede solicitar custodia vía tutela se encuentran en el artículo IX, numeral 3 del Título Preliminar del Código Procesal Penal. Estos son los derechos de información y participación en el proceso, dicho artículo señala:

#### **Artículo IX.- Derecho de defensa.**

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

Asimismo, el artículo 95, numeral 1, indica los derechos reconocidos al agraviado:

#### **Artículo 95.- Derechos del agraviado**

1. El agraviado tendrá los siguientes derechos:
  - a) A ser informado de los resultados de la actuación en que haya intervenido, así como del resultado del procedimiento, aun cuando no haya intervenido en él, siempre que lo solicite;
  - b) A ser escuchado antes de cada decisión que implique la extinción o suspensión de la acción penal, siempre que lo solicite;
  - c) A recibir un trato digno y respetuoso por parte de las autoridades competentes, y a la protección de su integridad, incluyendo la de su familia. En los procesos por delitos contra la libertad sexual se

320 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ, Expediente N° 3631-2011-PA/TC, caso Pedro León Gómez Achocalla, del 16 de abril de 2013, fundamento 5.

preservará su identidad, bajo responsabilidad de quien conduzca la investigación o el proceso.

d) A impugnar el sobreseimiento y la sentencia absolutoria.

Es posible entonces que el agraviado pueda, vía tutela de derechos, resguardar los derechos que le reconocen el artículo IX.3 del Título Preliminar y el artículo 95.1 del Código Procesal Penal. En consecuencia, también está legitimado para ello.

Ahora bien, tenemos que quienes pueden concurrir a la audiencia de tutela de derechos, por tener legitimidad para incoarla, son el imputado acompañado de su abogado defensor, el agraviado o actor civil y el fiscal.

La convocatoria de estas partes procesales a la audiencia de tutela debe ser anticipada y contando con plazos razonables entre la programación y su realización, a fin de asegurar el debido proceso y el ejercicio eficaz del derecho de defensa, por ejemplo, del imputado y del actor civil.

Para ello debe tenerse en cuenta la aplicación supletoria del Código Procesal Civil, el cual establece en su artículo 147° que mínimamente debe existir un plazo de 3 días entre la notificación para una actuación procesal y su realización. Dicho artículo señala que:

“El plazo se cuenta desde el día siguiente de notificada la resolución que lo fija y, cuando es común, desde la última notificación.

No se consideran para el cómputo los días inhábiles.

Entre la notificación para una actuación procesal y su realización, deben transcurrir por lo menos tres días hábiles, salvo disposición distinta de este Código”.

Asimismo, el Tribunal Constitucional ha señalado respecto de ello que:

“Por su propia naturaleza, el derecho de defensa es un derecho que atraviesa transversalmente a todo el proceso judicial, cualquiera sea su materia. La posibilidad de su ejercicio presupone, en lo que aquí interesa, que quienes participan en un proceso judicial, para la determinación de sus derechos y obligaciones jurídicas, tengan conocimiento previo y oportuno de los diferentes actos procesales que los pudieran afectar, a fin de que tengan la oportunidad de ejercer, según la etapa procesal de que se trate, los derechos procesales que correspondan”<sup>321</sup>.

321 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ, Expediente N° 6259-2013-PA/TC, Caso Agroindustrial El Roble S.R.L., del 24 de octubre de 2014, fundamento cuarto.

Por tanto, con ello se busca, sin duda, asegurar un ejercicio correcto de la defensa eficaz del que goza todo imputado. Así también, al garantizarse una notificación anticipada, se estaría garantizando un debido proceso.

## V.II. El desarrollo del debate

Al realizarse el debate de la audiencia de tutela de derechos, la defensa debe exponer los agravios de los que fue pasible, esto es, aquellos derechos que considera se han vulnerado al imputado. Y a su turno, el representante del Ministerio Público expondrá los fundamentos por lo que no deberá declararse infundado el pedido de la defensa.

Los derechos que merecen ser tutelados por el Juez de Garantías son los contenidos en el artículo 71° numeral 2 del Código Procesal Penal, llamados también derechos informativos, aunque, como hemos desarrollado anteriormente, pueden comprender otros derechos no estipulados en dicha norma procesal.

Más allá del desarrollo del debate luego de instalada la audiencia, el Acuerdo Plenario N° 04-2010, ha previsto la posibilidad de forma exclusiva y excepcional que en algunos casos y dado las características que presentan, se podrá resolver directamente sin convocar a audiencia<sup>322</sup>, es decir, sin existir desarrollo del debate de la tutela de derechos, así al tenor nos informa que:

- i) **Agravio irreparable:** “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 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 (...)”.
- ii) **Manifiesta intención de obstrucción:** “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 (...)”.

Ahora bien, el Acuerdo Plenario N° 2-2012, también resalta el rol activo del Juez de Investigación Preparatoria, pues claro, el juez en esta etapa se erige como uno de garantías, que no es ajeno al proceso, pues debe controlar la imposición de todas las medidas que afecten garantías procesales y como no, aún más las constitucionales. Siendo ello así, el juez dictará las medidas correctivas o de protección, ante los siguientes supuestos<sup>323</sup>:

322 CORTE SUPREMA DE LA REPÚBLICA. VI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitorias, Acuerdo Plenario N° 4-2010, del 16 de noviembre de 2010, fundamento jurídico 15.

323 CORTE SUPREMA DE LA REPÚBLICA. I Pleno Jurisdiccional Extraordinario de las Salas Penales Permanente y Transitoria, Acuerdo Plenario N° 2-2012, del 26 de marzo de 2012, fundamento jurídico 16 y 17.

- i) **Los actos de investigación realizados por el Ministerio Público que vulneren los derechos fundamentales recogidos en el artículo 71 del Código Procesal Penal.**
- ii) **El material probatorio obtenido ilícitamente, es decir, las fuentes o medios de prueba** obtenidos con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona, siempre que no exista vía propia y que tenga que ver con la afectación o vulneración de alguno de los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 71 del Código Procesal Penal.

Asimismo, complementa el Acuerdo Plenario N° 2-2012, señalando que estas medidas que ha de tomar el Juez de Investigación Preparatoria, que se trasladan por medio del auto judicial, no deben ser de carácter anulatorio, de archivo o sobreseimiento anticipado<sup>324</sup>.

Por otro lado, la Corte Suprema ha señalado en el Acuerdo Plenario N° 4-2010 que no es posible cuestionar la Disposición de Formalización de la Investigación Preparatoria, dado que, la vía propia para alcanzar este propósito se encuentra en los medios de 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”<sup>325</sup>.

El Acuerdo Plenario N° 2-2012 hace la diferencia entre derechos instrumentales y derechos sustanciales, en este último se encuentra el derecho a la imputación necesaria, el cual esboza que:

“Los denominados derechos sustanciales, 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 72°.2, `a` NCPP), requiere inexorablemente que los hechos objeto de imputación en sede de investigación preparatoria (vid: artículo 342°.1 NCPP) tengan un mínimo nivel de detalle que

324 CORTE SUPREMA DE LA REPÚBLICA. I Pleno Jurisdiccional Extraordinario de las Salas Penales Permanente y Transitoria, Acuerdo Plenario N° 2-2012, del 26 de marzo de 2012, fundamento jurídico 11.

325 CORTE SUPREMA DE LA REPÚBLICA. VI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitorias, Acuerdo Plenario N° 4-2010/CJ-116, del 16 de noviembre de 2010, fundamento jurídico 18.

permita al imputado saber el suceso histórico que se le atribuye y la forma y circunstancias en que pudo tener lugar<sup>326</sup>.

Estando a ello, la Corte Suprema indica que ante la supuesta vulneración al derecho de imputación necesaria contenido en la Disposición de Formalización de la Investigación Preparatoria se recurra al trámite de los medios de defensa, no obstante, debe recordarse que, en el Exp. N° 29-28-4, la Primera Sala Penal de Apelaciones Permanente Especializada en Delitos de Corrupción de funcionarios, en el fundamento noveno, razona en el entendido que se permite una interpretación extensiva y cabal de los incisos 1 y 4 del artículo 71 del Código Procesal Penal, resulta razonable si se quiere respetar el debido procesal penal.

### **V.III. La decisión judicial**

En la audiencia donde se debate la tutela de derechos, el Juez de Investigación Preparatoria podrá, según las circunstancias particulares del caso presentado, esto es si se trata de un caso complejo o criminalidad organizada, decidir si emite resolución en la audiencia o en su defecto notificar el auto que declara fundada o no la tutela de derechos.

En principio, todas las resoluciones que emiten los órganos jurisdiccionales deben encontrarse debidamente motivadas, esto es, fundamentadas, a excepción de los decretos pues son de mero trámite. Esta imposición al órgano jurisdiccional se encuentra estipulada en el artículo 139° inciso 5 de la Constitución Política.

En ese sentido, los autos mediante los que se resuelvan el fondo del objeto de la tutela de derechos “deben ser razonadas y razonables en dos grandes ámbitos”, como lo señala el Acuerdo Plenario N° 6-2011, los cuales son<sup>327</sup>:

1. **En la apreciación** de los medios de investigación o de prueba.
2. **En la interpretación y aplicación** del derecho objetivo. Para ello se requiere, si fuere condenatoria (i) la subsunción de los hechos declarados probados en el tipo penal con el análisis correspondiente de los elementos descriptivos y normativos, tipo objetivo y subjetivo, así como las circunstancias modificatorias; y (ii) la fundamentación de las consecuencias penales y civiles, costas procesales y de las consecuencias accesorias.

De manera contraria, el mismo Acuerdo Plenaria, enseña que un auto o sentencia no será motivada debidamente cuando:

1. **Carece de motivación:** omite pronunciarse sobre las pretensiones y resistencias formuladas por las partes, así como es imposible conocer el juicio mental realizado por juzgador.

326 CORTE SUPREMA DE LA REPÚBLICA. I Pleno Jurisdiccional Extraordinario de las Salas Penales Permanente y Transitoria, Acuerdo Plenario N° 2-2012, del 26 de marzo de 2012, fundamento jurídico 10.

327 CORTE SUPREMA DE LA REPÚBLICA. VII Pleno Jurisdiccional Extraordinario de las Salas Penales Permanente y Transitoria, Acuerdo Plenario N° 6-2011, del 06 diciembre de 2011, fundamento jurídico 11.

2. **Insuficiente:** no se apoya en razones que permitan conocer los criterios jurídicos esenciales que la fundamentan.
3. **Ilógica:** debido a la desconexión entre la motivación y la decisión, o la ausencia de coherencia interna de la resolución.

Esta motivación de las resoluciones judiciales es, en principio, plasmada en de manera física, o en papel; no obstante, encontramos en este Acuerdo Plenario las llamadas resoluciones orales, las cuales fácilmente pueden dictarse al término del debate y antes de finalizar la audiencia de tutela de derechos.

Las resoluciones orales encuentran sustento en el principio de concentración mediante la cual se exige que los actos procesales se realicen en una ocasión. Y si bien el auto debe constar en un acta y transcrito de modo integral; también es posible que, en base a criterios de razonabilidad y celeridad procesal, en casos de no haber impugnación, no sea necesaria la transcripción integral<sup>328</sup>; en sentido contrario, si hubiera impugnación, la resolución oral deberá transcribirse de manera integral.

Entonces, si bien se pueden emitir resoluciones orales, también estas deben cumplir con una debida motivación, pues son resoluciones finalmente. Es por ello que, no solo basta que el Juez emita su resolución oral, sino que además deberá pronunciarse respetando el principio de la debida motivación de las resoluciones judiciales.

## VI. La tutela de derechos en la legislación comparada

Consideramos que lo pretendido por el legislador peruano con la implementación de la tutela de derechos en el Código Procesal Penal, es la protección de una persona que está inmersa en un proceso penal, al respeto de todas las garantías constitucionales y procesales que ampara la normativa, desde el inicio de una investigación hasta la culminación del proceso penal mismo. Consignado implícitamente en nuestra máxima norma, que establece en su artículo 139, inciso 3: *“La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional”*.

Es por ello que, la protección de estos derechos debe tener una visión amplia y no restrictiva. La idea de la tutela de derechos se ha consagrado a nivel internacional, con distintas denominaciones, pero con el mismo fondo, que es garantizar la protección jurisdiccional de las partes en un proceso. Así, tenemos:

### VI.I. Colombia

Como país acogido al sistema penal acusatorio, desarrolla la protección de las garantías constitucionales de una persona dentro en un proceso, bajo el nombre de Acción de Tutela, que se ampara y desarrolla bajo la siguiente legislación.

328 CORTE SUPREMA DE LA REPÚBLICA. VII Pleno Jurisdiccional Extraordinario de las Salas Penales Permanente y Transitoria, Acuerdo Plenario N° 6-2011, del 06 diciembre de 2011, fundamento jurídico 10.

## **Constitución Política de la República de Colombia**

**Artículo 86°.** Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. [...] Esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. [...]. El subrayado es nuestro.

La Constitución política colombiana, mantiene la postura amplia de la tutela de derechos, pero con el nombre de acción de tutela, que protege derechos fundamentales de la persona (imputado) en la cual se le da la oportunidad que, en cualquier etapa del proceso pueda accionar con este recurso de acción inmediata.

Asimismo, en el Código de Procedimiento Penal colombiano, se verifica la concepción amplia de la acción de tutela:

### **Código de Procedimiento Penal Colombiano**

**Artículo 8°.** **Defensa.** *En desarrollo de la actuación, una vez adquirida la condición de imputado este tendrá derecho, en plena igualdad respecto del órgano de persecución penal, en lo que aplica a:*

[...]

j) Solicitar, conocer y controvertir las pruebas.

La Acción de Tutela, de acuerdo a lo establecido en el Código de Procedimiento Penal, implica solicitar, conocer y controvertir las pruebas, no solo es poner a conocimiento y el respeto de los derechos informativos. Sino permite ampliar la protección de los derechos de un imputado, permite el cumplimiento de las garantías procesales y que este sea resuelto con intermediación.

## **VI.II. Chile**

En el mismo sentido, nuestro país vecino, mediante su Código Procesal Penal del 2000, estableció el recurso de Cautela de garantías y puede ser interpuesto en cualquier etapa del proceso, similar a la tutela de derechos en nuestro país.

### **Código Procesal Penal de Chile**

**Artículo 10. Cautela de Garantía.-** *En cualquiera etapa del procedimiento en que el juez de garantía estimare que el imputado no está en condiciones de ejercer los derechos que le otorgan las garantías judiciales consagradas en la Constitución Política, en las*

*Leyes o en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, adoptará, de oficio o a petición de parte, las medidas necesarias para permitir dicho ejercicio.*

*Si esas medidas no fueren suficientes para evitar que pudiere producirse una afectación sustancial de los derechos del imputado, el juez ordenará la suspensión del procedimiento por el menor tiempo posible y citará a los intervinientes a una audiencia que se celebrará con los que asistan. Con el mérito de los antecedentes reunidos y de lo que en dicha audiencia se expusiere, resolverá la continuación del procedimiento o decretará el sobreseimiento temporal del mismo.*

De lo que se infiere a través de esta normativa, es que la procedencia de la cautela de garantías, puede ser de oficio o de parte, ante un juez de garantía, en caso exista una grave vulneración de derechos del imputado, respetando in situ su derecho a la defensa y que podrá ser fácilmente corregida por el juez que se interpone la cautela de garantía.

### **VI.III.España**

Ya desde 1882, España contaba con una legislación que protegía ampliamente la garantía de todo imputado, es decir, el respeto irrestricto de las garantías procesales que tiene todo imputado en una investigación. La Ley de Enjuiciamiento, que fue expedido por Real Decreto, contempla en su artículo:

#### **Artículo 118.**

1. Toda persona a quien se atribuya un hecho punible podrá ejercitar el derecho de defensa, interviniendo en las actuaciones, desde que se le comunique su existencia, haya sido objeto de detención o de cualquier otra medida cautelar o se haya acordado su procesamiento, a cuyo efecto se le instruirá, sin demora injustificada, de los siguientes derechos:
  - a) *Derecho a ser informado de los hechos que se le atribuyan, así como de cualquier cambio relevante en el objeto de la investigación y de los hechos imputados. Esta información será facilitada con el grado de detalle suficiente para permitir el ejercicio efectivo del derecho de defensa.*
  - b) *Derecho a examinar las actuaciones con la debida antelación para salvaguardar el derecho de defensa y en todo caso, con anterioridad a que se le tome declaración.*
  - c) *Derecho a actuar en el proceso penal para ejercer su derecho de defensa de acuerdo con lo dispuesto en la ley.*

En el mismo sentido, la ampliación de derechos que se otorga a un imputado en la legislación española, no es limitativa sólo a los derechos informativos.

## LITIGACIÓN EN AUDIENCIAS DE CONTROL DE PLAZOS: ¿Qué se debe sustentar y cuánto debe durar?

**Frank Carlos Valle Odar<sup>329</sup> (Perú)**

### 1. Introducción

El nuevo Código Procesal Penal (NCPP) del 2004, si bien ha mejorado mucho nuestro sistema procesal, convirtiéndolo en uno con más garantías y no tan inquisitivo como lo era el Antiguo Código de Procedimientos Penales (ACPP), no es menos cierto que este nuevo modelo tampoco está exento de defectos.

Uno de los puntos más problemáticos en torno a este nuevo sistema es el referido a los plazos de la investigación preliminar o de la investigación preparatoria –propriadamente dicha-. Esta discusión gira en torno a dos cuestiones: la primera que tiene que ver con la razonabilidad de los plazos en la investigación y, la segunda, atañe a la efectividad del mecanismo denominado “control de plazos”, al que recurre regularmente la defensa en tutela de su derecho al plazo razonable.

Entonces, conviene abordar –desde una óptica práctica- estas dos cuestiones, con la finalidad de aportar con ideas que puedan servir en el día a día del abogado litigante.

### 2. Dispositivos legales en cuestión

Es motivo de estudio los preceptos procesales 334 y 343 del nuevo Código Procesal Penal (NCPP), que prescriben lo siguiente:

Art. 334.- Calificación

1. (...)
2. El plazo de las diligencias preliminares, conforme al artículo 3, es de sesenta días, salvo que se produzca la detención de una persona. No obstante, el fiscal podrá fijar un plazo distinto según las características, complejidad y circunstancias de los hechos objeto de investigación. Quien se considere afectado por una excesiva duración de las diligencias preliminares, solicitará al fiscal le dé término y dicte la disposición que corresponda. Si el fiscal no acepta la solicitud del afectado o fija un plazo irrazonable, este último podrá acudir al juez de investigación preparatoria en el plazo de cinco días instando su pronunciamiento. El juez resolverá previa audiencia, con la participación del fiscal y del solicitante.

Art. 343.- Control de plazo

3. El fiscal dará por concluida la investigación preparatoria cuando considere

329 Abogado por la Universidad Señor de Sipán (Chiclayo). Maestrando en Derecho con mención en Ciencias Penales por la Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo (Huaraz). Autor de diversos artículos en materia penal y procesal penal. Ponente en eventos académicos a nivel nacional.

- que ha cumplido su objeto, aun cuando no hubiere vencido.
4. Si vencidos los plazos previstos en el artículo anterior el fiscal no dé por concluida la investigación preparatoria, las partes pueden solicitar su conclusión al juez de la investigación preparatoria. Para estos efectos el juez citará al fiscal y a las demás partes a una audiencia de control del plazo, quien luego de revisar las actuaciones y escuchar a las partes, dictará la resolución que corresponda.
  5. Si el juez ordena la conclusión de la investigación preparatoria, el fiscal en el plazo de diez días debe pronunciarse solicitando el sobreseimiento o formulando acusación, según corresponda. Su incumplimiento acarrea responsabilidad disciplinaria en el fiscal.

El Antiguo Código de Procedimientos Penales (ACPP) no posee un dispositivo legal semejante, en tanto sus notas procedimentales eran más formalistas en exceso. Además, el sistema procesal penal anterior, presenta grandes problemas de constitucionalidad, producto de ese ritualismo –entre otros excesos–, propio de los modelos inquisitivos.

### 3. La investigación preparatoria: finalidad y distorsiones

Es necesario delimitar cuál es la finalidad específica tanto de las diligencias preliminares como de la investigación preparatoria propiamente dicha. Esta diferenciación nos permitirá sentar las bases de un cuestionamiento debidamente justificado.

Las **diligencias preliminares**, conforme al artículo 330.2 NCPP, tienen como finalidad inmediata realizar los actos urgentes o inaplazables destinados determinar si han tenido lugar los hechos objeto de conocimiento y su delictuosidad, así como asegurar los elementos materiales de su comisión, individualizar a las personas involucradas en su comisión, incluyendo a los agraviados y, dentro de los límites de la ley, asegurarlas debidamente.

El problema de esta definición legal es precisar aquello que es “urgente o inaplazable”. El profesor San Martín Castro, nos dice lo siguiente:

Lo primero, lo urgente, significa que debe tratarse de una actuación (obtención de fuentes de investigación o ejecución de medios de investigación) que debe realizarse de modo apremiante o prontamente. Es aquello que no puede esperar desde las exigencias del caso concreto y resulta patente su inmediata ejecución o actuación por no requerir el cumplimiento previo de alguna exigencia legal o situacional.

Lo segundo, lo inaplazable denota lo que no se puede postergar o diferir. Debe hacerse ya, pues su no actuación inmediata genera el riesgo de que esas diligencias pueda perderse o que no consiga el efecto deseado<sup>330</sup>.

330 SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho procesal penal. Lecciones*. Lima: INPECCP-CENALES, 2020, p. 531.

Por otra parte, la **investigación preparatoria propiamente dicha**, desde el artículo 321.1 NCPP:

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.

A partir de estas definiciones podemos diferenciarlas, de forma más práctica, en el siguiente cuadro comparativo:

Diligencias preliminares	Investigación preparatoria
Actos urgentes o inaplazables	Reunir los elementos de convicción
Determinar si los hechos han tenido lugar	Para decidir si se formula acusación o no
Para asegurar los elementos materiales de su comisión	Los elementos materiales –al menos en su mayoría- ya están asegurados
Individualizar al autor o partícipe	Los agentes están individualizados
Identificar a los agraviados	Los agraviados están identificados
No persigue cuantificar el daño	Persigue la cuantificación del daño y su prueba

Como se puede observar, las diferencias no son meramente temporales (sub-etapas), sino que poseen una intrínseca naturaleza que las hace diferentes. Mientras que en las preliminares la ley procesal le exige al fiscal que realice solo aquellos actos estrictamente necesarios para verificar la existencia y delictuosidad del hecho, en la investigación formal, ya no se impone esa premura al fiscal, solo se exige que reúna todos los elementos necesarios para determinar si existe causa probable para formular acusación o no. De ahí que en las diligencias preliminares el NCPP le otorga un plazo inicial máximo de solo 60 días naturales (antes 20), mientras que en la preparatoria lo deja a discreción del fiscal, hasta un máximo inicial de 120 días naturales<sup>331</sup>.

331 Aunque en la práctica dicho plazo inicial casi nunca resulta menor a los 120 días. Las disposiciones fiscales de formalización precisan ese plazo y no uno menor. Quizás se deba a una aplicación irreflexiva del artículo 342.1 NCPP, que habla de un plazo legal máximo, es decir, que el fiscal debe evaluar cuánto de ese plazo necesita para sus diligencias en dicha etapa.

La distinción de estas dos sub-etapas es esencial de cara a la fijación razonable y justificada de los plazos, por ello resulta cuestionable lo dicho por la Casación 528-2018/ Nacional, donde se continúa con la equiparación de estas dos fases, al punto que su extensión es la misma de acuerdo a este criterio jurisprudencial. No obstante, el profesor San Martín Castro la cuestiona de la siguiente manera:

En esta oportunidad la Corte Suprema señaló que la interpretación de lo urgente e inaplazable no puede limitarse a una interpretación temporal sobre su actuación, pues existen determinadas actuaciones que no pueden realizarse en un breve periodo de tiempo (fundamento jurídico sexto). Tal interpretación, empero, rebasa los alcances del enunciado legal, pues la pertinencia de los actos de investigación en sede preliminar está condicionada a que se trate de actos urgente o inaplazables; y, su definición —dentro del sentido literal posible del precepto— no puede desconocer este mandato normativo, lo que, por lo demás, es compatible con la naturaleza jurídica y objeto del procedimiento de investigación preliminar.

Es cierto que existen actos de investigación complejos y que demandan un tiempo de ejecución considerable, que eventualmente puede rebasar los fijados para tal procedimiento investigativo. Sin embargo, la razonabilidad del plazo exige que lo más complejo debe concluir durante el procedimiento de investigación preparatoria formalizado, tanto más si para formular una inculpación formal solo se requiere sospecha suficiente, menos alta probabilidad de condena<sup>332</sup>.

#### 4. Los plazos

Es necesario disgregar las diferencias entre los tipos de plazos existentes, a fin de tener clara su naturaleza y regulación, lo que es importante en este tipo de debates. Siendo así, la Corte Suprema, desde la Casación 2-2008/La Libertad, en su fundamento sexto precisó lo siguiente:

Que, el tema fundamental del caso planteado, es el plazo. Al respecto, en doctrina se hacen alusión a tres clases de plazos: **a) el plazo legal** (establecido por la ley); **b) el plazo convencional** (establecido por mutuo acuerdo de las partes); **c) el plazo judicial** (señalado por el Juez en uso de sus facultades discrecionales). De otro lado, en rigor técnico, conforme se destaca en el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, de Guillermo Cabanellas, Tomo VI, página doscientos setenta y uno, la doctrina y la legislación, se sirven como sinónimos, soslayando sutilezas técnicas, de los vocablos plazo y término; sin embargo, discrepan en esencia, por cuanto el plazo es comprensivo de todo lapso para actuar, en tanto que término integra tan solo su vencimiento o final; en ese contexto, en el presente caso, se trata de analizar el plazo de carácter legal, vale decir, el que es señalado por la ley durante el desenvolvimiento del proceso, dentro del marco de referencia del sistema de orientación acusatorio

332 SAN MARTÍN CASTRO, C. *Ob. Cit.*, p. 532.

adversarial que regula el Código Procesal Penal, en aplicación gradual en el Perú (la negrita es nuestra).

## 5. Preparación y audiencia de control de plazos

### 5.1. ¿Qué se debe sustentar?

A continuación, daremos algunas pautas que pueden servir de guía para efectos de presentar un pedido escrito de control de plazo y cómo sustentarlo en la audiencia de su propósito.

#### 5.1.1 En la solicitud escrita

El documento presentado por la defensa técnica debe contener –mínimamente–, lo siguiente:

##### a) Un petitorio preciso

Como todo requerimiento formulado ante un órgano jurisdiccional, debe destacarse con precisión cuál es la pretensión y la cita al dispositivo legal pertinente. La pretensión fija la base legal y ubica el incidente que es materia de discusión.

##### b) Requisito de procedencia

Conforme al artículo 334.2 NCPP, no es posible instar directamente un control de plazo ante el juez de la investigación preparatoria. La ley procesal exige un paso previo como requisito sine qua nom que el afectado debe recurrir, en primer término, ante el fiscal del caso “para que le dé término y dicte la disposición que corresponda”. Solo “si el fiscal no acepta la solicitud del afectado o fija un plazo irrazonable, este último podrá acudir al juez de la investigación preparatoria”.

No obstante, este paso previo solo rige para los efectos de un control de plazos en las diligencias preliminares, no así cuando se trata del vencimiento del plazo legal de la investigación formalizada, en tanto el propio dispositivo legal (art. 343.2 NCPP) autoriza al afectado a que acuda de forma directa ante el juez de garantías: “si vencidos los plazos previstos en el artículo anterior el fiscal no dé por concluida la investigación preparatoria, las partes pueden solicitar su conclusión al juez de la investigación preparatoria”.

En efecto, el profesor San Martín Castro, advierte que en este último supuesto se trata de una “solicitud directa de control del plazo”<sup>333</sup>.

333 SAN MARTÍN CASTRO, César. *Ob. Cit.*, p. 538.

### c) Complejidad del caso

Es necesario que el escrito también resalte ante qué tipo de caso nos encontramos: ¿se trata de un caso simple, complejo o de crimen organizado? Determinar el tipo de proceso es importante, ya que nos permitirá justificar —luego— nuestra petición y centrar el debate dentro de los preceptos legales pertinentes y la doctrina o jurisprudencia especializada.

El espacio temporal del plazo inicial de investigación, o su prórroga, no pueden ir más allá del precepto legal pertinente o la doctrina jurisprudencial, pero; sobre todo, no pueden ir más allá del denominado plazo estrictamente necesario, es decir, de no necesidad de esperar el vencimiento del plazo cuando no existen más diligencias que realizar, sea por inactividad o negligencia del propio fiscal.

No se requiere esperar al vencimiento del plazo legal si el fiscal fijó — por ejemplo— un plazo de prórroga de 60 días, pero solo estableció una diligencia, entonces, se hace evidente una lesión al plazo razonable. No se justifica fijar plazos excesivos para diligencias rápidas o que tomarán menos de un tercio de ese tiempo y sin posibilidad —en clave de pronóstico— de requerirse más diligencias en el futuro.

### d) Fundamentación fáctica y jurídica

En este extremo se debe justificar, desde la doctrina y la jurisprudencia, porqué el imputado se considera afectado en su derecho al plazo razonable de la investigación. Los apartados anteriores ya fijaron las bases del pedido, sin embargo, corresponde ahora argumentar esa lesión dentro del contexto del caso concreto y centrar los puntos esenciales del debate.

Los parámetros más idóneos que nos permiten justificar un control del plazo son los criterios establecidos por el Tribunal Constitucional en abundante jurisprudencia. Entre ellas tenemos sentencia recaída en el Exp. 1006-2016-HC/TC, que en su fundamento once se destacan tres criterios: i) la complejidad del asunto, ii) la actividad o conducta procesal del interesado y iii) la conducta de las autoridades.

Sin embargo, es pertinente traer a colación un criterio más referido a la afectación a la situación jurídica del afectado, adicionado por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Valle Jaramillo y otros, contra Colombia (27/11/2008), que en su fundamento 145 señaló:

El Tribunal considera pertinente precisar, además, que en dicho análisis de razonabilidad se debe tomar en cuenta la **afectación generada por la duración del procedimiento en la situación jurídica de la persona involucrada** en el mismo, considerando, entre otros elementos, la materia objeto de controversia. Si el paso del tiempo incide de manera

relevante en la situación jurídica del individuo, resultará necesario que el procedimiento corra con más diligencia a fin de que el caso se resuelva en un tiempo breve (Las negritas son nuestras).

De este modo, los **cuatro criterios** son:

- El primer criterio, la **complejidad del asunto**, es decir, debe analizarse la naturaleza y gravedad del delito o delitos, la pluralidad de involucrados (agraviados e imputados), la naturaleza de la actividad investigativa. Resulta recurrente, en este punto, que el Ministerio Público señale sus problemas logísticos —falta de peritos, entre otros—, empero, ello debe contrastarse con dos aspectos importantes: i) Las deficiencias del ejercicio del poder punitivo no puede cargarlas el imputado, ii) Se debe requerir al fiscal del caso, qué acciones administrativas ha realizado para que dicha situación cambie y no genere dilaciones indebidas (informes al superior, medidas alternativas, etc.).
- Para el segundo criterio, **actividad o conducta procesal del interesado**, importa descartar que no sea el propio imputado el que haya generado las dilaciones denunciadas. Habrá que resaltar su colaboración en la investigación y el respeto a la actuación fiscal en las distintas diligencias, sin actos obstruccionistas.
- El tercer criterio, **la conducta de las autoridades judiciales**, se debe examinar el grado de diligencia que ha tenido el fiscal en la investigación, diligencia y proactividad, sin retrasos por reprogramaciones injustificadas o mera repetición de diligencias sin objetivos diferenciados (no importa si se trata de fiscales diferentes, ya que el Ministerio Público es uno solo).
- El cuarto y último criterio, **la afectación generada por la duración del procedimiento en la situación jurídica de la persona involucrada**, no solo hace referencia a la afectación generada en el imputado por el paso del tiempo, sino que, además, puede tratarse de un imputado con impedimento de salida (en diligencias preliminares) o de un preso preventivo (en la investigación preparatoria). Un dato adicional, que también merece discusión, es el estado de salud del imputado, producto del proceso.

#### e) Propuesta de plazo para la decisión fiscal

En este punto, nos estamos refiriendo a la propuesta del peticionante al juez. Evidentemente no puede sobrepasar los diez días que autoriza la norma (art. 343 NCPP). Conforme al caso concreto y su complejidad se podrá proponer un plazo mucho menor para que el juez de garantías lo evalúe y lo disponga de considerarlo razonable.

### 5.1.2 En la audiencia

El sistema de audiencias regulado por nuestra Ley procesal penal, exige que la optimización de los tiempos en todo tipo de audiencias. De modo que hay que tener en cuenta lo siguiente con fines meramente operativos:

#### a) Exposición breve y clara

No podemos acudir a este tipo de audiencia a leer nuestro escrito o para extendernos en nuestros argumentos, pues comúnmente el juez solo concede un tiempo de 10 minutos o menos, dependiendo del caso. La exposición debe ser puntual, directo a la esencia del debate, para lo cual resulta atendible la sugerencia que nos hace Angulo Arana —aunque en el contexto del joggamiento, pero válido para cualquier audiencia—, sobre la existencia de “dos reglas de oro: claridad y brevedad, pues el juez puede interrumpirnos y dañar nuestro trabajo”<sup>334</sup>.

La concreción de los argumentos implica rescatar lo más importante, puede ser de ayuda preparar diapositivas del pedido —sobre todo hoy, en la era de las audiencias virtuales que dan mayor facilidad a este tipo de recursos—.

#### b) Congruencia entre el escrito y la oralización

No se debe perder de vista que el escrito ha fijado nuestra pretensión y nuestros argumentos principales sobre las que debe girar el debate. Por ello, Reynaldi Román nos recuerda que:

El litigante debe plantear con claridad cuál es la pretensión de su requerimiento. Luego, la exposición argumentativa debe estar vinculada a dicha pretensión. La desviación argumentativa no solo evidencia falta de estudio del caso, sino además falta de conocimiento sobre el derecho material o procesal<sup>335</sup>.

#### c) Uso de herramientas digitales

A tono con el mandato implícito de concreción de los alegatos o argumentos ante el juez de garantías, también es importante que, si se decide utilizar herramientas como las diapositivas o alguna ayuda audiovisual para la mejor comprensión del discurso, tener en cuenta lo siguiente:

- *Primero*, la cantidad de diapositivas debe ser razonable, siempre teniendo en cuenta el tiempo que tendrás para la exposición. De nada sirve llevar un Power Point que demandará más minutos de los concedidos por el juez.

334 ANGULO ARANA, Pedro. *Litigación oral en materia penal y un estudio de la teoría del caso*. Lima: Gaceta Jurídica, 2020, p. 651.

335 REYNALDI ROMÁN, Roberto. “Técnicas de debate en audiencias distintas al juicio oral”, en Jurado Cerrón, Doly (Coord.), *Técnicas de litigación oral y teoría del caso*. Lima: Gaceta Jurídica, 2018, p. 454.

- *Segundo*, si ya tenemos una cantidad adecuada, también es importante que cada diapositiva contenga solo las ideas centrales no textos extensos (los esquemas ayudan mucho). Ni el abogado acude a la audiencia a leer ni el juez está para ello. La extensión de los argumentos puede ser soportado—hasta cierto punto—en el escrito, no el acto de la audiencia.
- *Tercero*, el tamaño de la letra y el orden de las ideas centrales es vital. una letra pequeña no ayuda a que el juez la capte, tampoco la desorganización de las ideas centrales. Aquí el esquema debe ser claro y ordenado.
- *Cuarto*, no es bueno confiarse en una presentación exclusivamente en diapositivas. A veces el internet o la computadora nos juega una mala pasada y eso puede forzarnos a exponer sin ese recurso, de modo que siempre hay que estar preparado para esa contingencia.

Aunque esto pueda parecer básico, muchas veces pasa desapercibido, hasta el punto de hacer que los argumentos pierdan eficacia y solidez. Esta herramienta es una guía tanto para el expositor como para el mismo receptor (el juez), que sirva para centrar las ideas principales del discurso.

#### **d) La réplica no es para adicionar argumentos**

Luego de la primera intervención, si el juez lo considera necesario, se puede instar a una réplica que, como tal, solo permite la refutación de lo sostenido por la contraparte en un tiempo menor al otorgado para la primera intervención (suelen ser 5 o 3 minutos).

Es posible objetar si esta regla de litigación no es respetada. La objeción no exclusiva del juicio oral, en tanto constituye una manifestación del derecho de defensa, por ello es posible su uso en cualquier etapa del proceso, aunque con ciertos matices de acuerdo a la diligencia o audiencia. Así, Portugal Sánchez, con acierto nos dice que:

Ciertamente, la objeción, como acto o ejercicio del derecho a la defensa, no tiene una naturaleza de derecho constitucional expreso o de reconocimiento implícito o derivado. Es, simplemente, una técnica de litigio que sirva como instrumento al ejercicio del derecho a la defensa en juicio oral, o una de sus manifestaciones en un escenario exclusivo del proceso penal<sup>336</sup>.

#### **e) Las preguntas del juez**

La intervención del juez de garantías es una posibilidad cada vez más común. Conforme a su deber de esclarecimiento y en función a recabar

336 PORTUGAL SÁNCHEZ, Juan. La objeción como herramienta de litigio en juicio oral. Consejos prácticos. Lima: LP, 2021, p. 51.

toda la información necesaria para su decisión, puede formular preguntas tanto al peticionante como a los otros sujetos procesales que asistieron a la audiencia.

Es clave, para tal efecto, que quien interpone el control de plazos tenga todo el expediente a su disposición y sepa los detalles de la causa, eso permitirá absolver, sin problemas, las interrogantes del juez. Además, por supuesto, de conocer las bases doctrinarias y/o jurisprudenciales que sustentan su pedido de control judicial.

Hay que recordar que la idea de un juez pasivo no es propia de nuestro sistema penal, ni siquiera en fase de juzgamiento, tal y como lo ha precisado nuestra Corte Suprema a través del recurso de Casación 553-2020/Apurímac:

La denuncia del quebrantamiento del rol del juez en el procedimiento principal, de pasividad relativa, no tiene base sólida alguna. El Código Procesal Penal no impone una limitación absoluta al juez, y le autoriza a dirigir la formación de la prueba, pedir aclaraciones y precisiones de las partes, así como, ante lagunas relevantes, a interrogar a los órganos de prueba.

## 5.2. ¿Cuánto debe durar la audiencia?

Se trata de una incidencia en discusiones muy concretas: la verificación de un plazo irrazonable en la etapa de investigación. Ergo, al tratarse de un aspecto tan específico, la audiencia debería tardar, en promedio, 30 minutos. Al juez le corresponde ser claro con los tiempos al inicio de la audiencia y controlar su cumplimiento.

La brevedad del discurso y su claridad, son reglas de suma trascendencia en cualquier audiencia, pues como bien apunta Neyra Flores, siguiendo a Blanco Suárez, al definir el concepto de audiencia precisa que esta es:

“Un acto sencillo y limitado en el tiempo que cumple la función de entregar la mejor información al juez para resolver, por ello las partes no pueden utilizar todo el tiempo que quieran para hablar de temas que no son pertinentes, pues para la audiencia se requiere prepararse”<sup>337</sup>.

Es importante traer a colación lo dicho por la Corte Suprema en el Acuerdo Plenario 1-2019/CIJ-116, en su fundamento 67, a propósito de la razonabilidad de los tiempos en las audiencias de prisión preventiva:

No puede continuar una desnaturalización tan desmedida del tiempo de intervenciones, y que implícitamente se aliente la desmesura y la confusión, así como se desnaturalice la indispensable claridad de los argumentos e, indirectamente, se facilite un intercambio de agravios o calificaciones

337 NEYRA FLORES, José. Manual del nuevo proceso penal e de litigación oral. Lima: Idemsa, 2010, p. 144.

personales entre la Fiscalía y la defensa. El juez debe precisar el tiempo – único- que las partes tienen para fijar sus pretensiones y resistencias, el cual debe definirse en función a las características de la causa; y, además, debe cuidar que las intervenciones incidan en lo rigurosamente necesario o imprescindible.

## 6. ¿Es viable que el agraviado pueda solicitar un control de plazos?

Tanto el artículo 334.2 y 343.2 NCPP (control de los plazos en diligencias preliminares o investigación formal, respectivamente), cuando quieren referirse al sujeto legitimado para solicitar un control de plazos, señala al “afectado” o a “las partes”, de modo que, en principio no existiría impedimento legal para que el agraviado pueda hacer este tipo de solicitudes, pues la extensión desmedida de un plazo puede afectar tanto al imputado —o tercero civil— como al agraviado.

Además, cabe resaltar que la esencia de este tipo de mecanismos es garantizar el derecho a un plazo razonable –en el fondo es un mecanismo tutelar-, no solo cuando se trata de plazos excesivamente prolongados, también cuando éstos son excesivamente breves, en tanto la razonabilidad del mismo así lo exige. Cuando los tiempos son muy cortos, también pueden restringir derechos, como generar la imposibilidad de ingresar o requerir la realización de un acto de investigación.

Por otra parte, la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en clave de garantizar el acceso a mecanismos idóneos en igual de condiciones en medio de un proceso penal, ha señalado —para la tutela de derechos— que ésta también puede ser interpuesta por el agraviado. Por tanto, la misma lógica garantista puede trasladarse en cuanto al control de plazos, máxime si desde su propia regulación también se puede inferir que no solo el imputado se encuentra legitimado para tal acción.

Se trata del Exp. 00788-2020-PA/TC, que en su fundamento jurídico 15, precisó:

[E]n el marco de las diligencias preliminares y la investigación preparatoria, a fin de preservarse el principio de igualdad procesal, cualquiera de los sujetos procesales o partes involucradas puede cuestionar y controlar mediante tutela de derechos el ejercicio regular de las funciones del fiscal como titular de la acción penal frente al juez de garantías (artículos 1.3 del Título Preliminar y 71, inciso 4, del Nuevo Código Procesal Penal).

## 7. ¿La pandemia del Covid-19 justifica la ampliación de plazos?

La pandemia del Covid-19 tuvo un gran impacto en América Latina a inicios del 2020. En Perú, empezó a expandirse de forma preocupante a partir de marzo del mismo año, lo que generó que el gobierno tome medidas urgentes y radicales, ordenando que los ciudadanos no salgan de sus domicilios, salvo para lo estrictamente necesario, restricción intensa que paralizó muchas actividades a nivel nacional, entre ellas las labores del Ministerio Público y del Poder Judicial durante, por lo menos 4 meses (desde el 16 de marzo hasta 31 de julio del 2020).

Luego de ello, se tuvieron que adaptar todas las actividades a la virtualidad, el teletrabajo a través de las redes sociales y los programas de videoconferencia, para así poder realizar las diligencias y audiencias del sistema de justicia. Esta suspensión y posterior adaptación a la tecnología -que rige hasta la fecha en gran parte del sistema- ocasionó que muchos actos de investigación y audiencias (también juicios quebrados) se frustraran, venciéndose los plazos, dilatándose aún más el proceso.

En cuanto los plazos de la investigación preliminar y propiamente formalizada, empezaron a vencerse debido a esta situación tan alarmante y difícil. Muchos fiscales optaron por ampliar sus plazos y otros por aplicar la figura de la “reposición del plazo”, regulada en el artículo 145 NCPP:

Art. 145.- Reposición del plazo

1. Cuando factores de fuerza mayor o caso fortuito, o por defecto de la notificación que no le sea imputable, se haya visto impedido de observar un plazo y desarrollar en él una actividad en su favor, podrá obtener la reposición íntegra del plazo con el fin de realizar el acto omitido o ejercer la facultad concedida por ley, a su pedido.

Ante este escenario, cabe cuestionarse si las ampliaciones o reposiciones de plazo producto de la pandemia pueden justificar una extensión del tiempo en la etapa de investigación. En abstracto sí es justificable la extensión de los plazos o la reposición de los mismos debido a una circunstancia tan extrema como la pandemia del Covid-19. Sin embargo, hay que tener en cuenta dos cuestiones concretas:

- A tono con el debido proceso y la garantía del plazo razonable, no se justifican estas extensiones para “recuperar” el tiempo perdido en diligencias impertinentes, antes del impedimento, o por la propia inactividad del fiscal. Es decir, si antes del impedimento ya existía negligencia de parte del propio fiscal, corresponde controlar que su extensión no sea desmedida o arbitraria.
- La recuperación de los plazos por esta causa —o por cualquier otra—, encuentra justificación razonable siempre que genere un real impedimento para la ejecución de las diligencias que se habían dispuesto y que no pudieron ejecutarse. Empero, si ya existían otros medios por los cuales se podía cumplir con el objetivo, por ejemplo, a través del internet con el uso de herramientas como el Google Meet o el Zoom, entonces, estaremos ante un plazo prorrogado indebidamente. La justificación no procede en abstracto, en tanto no todos tienen o han tenido el mismo problema para continuar con las diligencias.

Ni el Código Procesal Penal, ni la Constitución, justifican el abuso del derecho. Por tanto, un impedimento —por más grave que sea— no siempre justificará la prolongación de los plazos de investigación, pues existen situaciones específicas en que esta circunstancia puede ser “aprovechada” para incurrir en arbitrariedades y mantener a alguien en la incertidumbre jurídica por tiempos excesivos.

## 8. ¿Qué pasa con las diligencias realizadas fuera de plazo?

La Corte Suprema nos ha dicho, al respecto, que la consecuencia legal de la continuación de diligencias fiscales más allá del plazo legal o del plazo vencido, sería solo de carácter disciplinario para con los agentes del Ministerio Público. Es decir, no existiría una sanción de caducidad, sino solo una probable sanción administrativo-disciplinario para aquel fiscal que se extiende más allá de los tiempos que fija la ley o la autoridad judicial.

Nos referimos a la Casación 54-2009/La Libertad que, en su fundamento décimo, destacó lo siguiente:

DÉCIMO: Que es cierto que la Ley establece un plazo para la formulación de la acusación (quince días, según lo dispuesto en el artículo 344º.1 del NCPP). El requerimiento fiscal, acusatorio o no acusatorio, sin embargo, tiene lugar no como el ejercicio de una facultad discrecional del Ministerio Público sino como la ejecución de una obligación indispensable o necesaria para la continuación del proceso, sea para definir la clausura de la causa a través del sobreseimiento o para abrir la etapa principal de enjuiciamiento.

La caducidad es una sanción procesal. Supone, según doctrina consolidada, una facultad procesal atribuida a un sujeto procesal, y consiste en la pérdida o privación de la misma por efecto del tiempo transcurrido sin haberla ejercitado. Se funda en el comportamiento procesal del sujeto y su efecto es la preclusión, en cuya virtud aquél pierde la facultad procesal de que se trate y no puede ya ejercitarla. La caducidad consumada impide la realización del acto (EUGENIO FLORIAN: Elementos de Derecho Procesal Penal, Bosch, Barcelona, 1934, pp. 133-134).

El requerimiento fiscal —acusatorio o no acusatorio—, como ha quedado expuesto, es la expresión de un deber funcional ineludible: el proceso penal no se concibe sin su ejercicio. Por tanto, el incumplimiento de los plazos legalmente previstos para su emisión, **por su carácter de acto necesario para el proceso**, sólo acarrea responsabilidad disciplinaria como lo establece el artículo 144º.2 NCPP; tienen que ser cumplidos, aunque se hubiese producido su término final.

Por otro lado, el carácter expreso o la exigencia de una específica autorización legal para imponer una sanción procesal, tal como ha sido establecido por el artículo VII, apartado 3), del NCPP, a la que se une su interpretación restrictiva, impide 'deducir' del ordenamiento un supuesto de caducidad y consiguiente preclusión. La norma establecida en el artículo 144º NCPP, en el caso de la actividad del Fiscal, no permite que se declare la caducidad del ejercicio de la acusación por vencimiento del plazo. Tal situación, además, importaría, primero, crear pretorianamente un supuesto adicional de sobreseimiento de la causa, al margen de lo dispuesto en el artículo 344º.2 del NCPP; y segundo, instituir una causal de cese de la acción penal fuera de los casos establecidos

por la ley, vulnerándose los principios de oficialidad y de obligatoriedad del ejercicio de la acción penal (el resaltado es nuestro).

Es cierto que la caducidad, como instituto debe ser una sanción procesal expresa en la ley; no obstante, nada impide ejercer un control de constitucionalidad de aquellos actos de investigación que se realizaron fuera de plazo (legal o judicial). Ergo, es posible inutilizar el material probatorio nacido en ese espacio temporal anómalo, por lo siguiente:

- Estando en la sub-etapa de diligencias preliminares, es viable interponer una tutela de derechos con motivo de esos actos de investigación. Se trata, en buena cuenta de una prueba irregular, se infringe pues la garantía del plazo razonable —no existe autorización legal o judicial para esos actos—, también se quebranta el derecho de defensa y de aportación de parte —no es posible solicitar diligencias de parte—. Por tanto, el debido proceso se infringe conscientemente, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria a que hubiere lugar.
- En la investigación formalizada, al tratarse de una etapa vencida — investigación preparatoria—, es posible que la tutela de derechos no sea admitida. Sin embargo, el mismo cuestionamiento de legalidad de estos actos de investigación puede realizarse mediante el pedido de sobreseimiento por la causal de déficit de elementos de convicción (art. 344.2, literal d, NCPP). Esta causal permite no solo cuestionar la suficiencia del material probatorio, sino también su licitud, cabe recordar que la licitud o regularidad de las fuentes de prueba pueden ser cuestionadas en cualquier etapa del proceso, precisamente porque éstas lesionan algún derecho de rango constitucional.

## 9. Recomendaciones o sugerencias

- El abogado litigante enfrenta grandes retos en este nuevo sistema procesal penal. No debe confundir la oratoria o el poder de la palabra con el conocimiento y comprensión de la ley, el primer puede ayudar, pero jamás ser un sustituto del segundo. Como advierte Reyna Alfaro, “el abogado debe evitar considerar que la elocuencia y la capacidad histriónica sustituyen la preparación. La preparación es insustituible”<sup>338</sup>. Por tanto, no podemos acudir a una audiencia sin una preparación previa, tanto de la materia como del caso mismo, de ahí la clave para asegurar un resultado positivo.
- El control de plazo se erige como un mecanismo eficaz contra el abuso del poder punitivo. Esta figura; sin embargo, debe utilizarse de forma estratégica y con el debido cuidado, en tanto, se debe tener claro los preceptos legales involucrados y su incidencia de la actuación fiscal en los derechos del imputado para no usar esta figura irrazonablemente.

338 REYNA ALFARO, Luis. *Tratado integral de litigación estratégica*. Lima: Gaceta Jurídica, 2013, p. 264.

- La fase escrita cobra mucha importancia, en tanto fija las bases del debate en la audiencia, permite desarrollar los argumentos con mayor detalle, aunque siempre es bueno no caer en el exceso. Ya en fase de sustentación oral, es trascendental ser concreto e incidir solo en aquellos puntos esenciales de nuestro pedido. Aquí cabe recordar a Ángel Ossorio cuando —citando una anécdota— nos advertía: “sé breve —aconsejaba un magistrado viejo a un abogado joven— que la brevedad es el manjar predilecto de los jueces”<sup>339</sup>. Ergo, a veces un discurso corto puede ser más efectivo que uno extenso.
- Quiroz Salazar nos dice que la audiencia “aparte de ser un foro donde se comunican y debaten dos partes antagónicas; es un contexto apropiado para que estas tengan una comunicación efectiva y eficiente comunicación oral. Es decir, para producir información al receptor judicial”<sup>340</sup>. Por tanto, la atención y el respeto de nuestra contraparte en su exposición, nos permitirá refutar sus argumentos correctamente y no caer en discursos efectistas, que solo nos hacen perder el escaso tiempo concedido por el juez, sin perjuicio de recibir una amonestación.
- No debemos olvidar que la central en este tipo de audiencias es la razonabilidad del plazo de la investigación fiscal, por lo que es importante explicar con suma precisión el incumplimiento de uno o más criterios de la garantía del plazo razonable, esto es: i) la complejidad del asunto, ii) la actividad o conducta procesal del interesado, iii) la conducta de las autoridades y, iv) la afectación generada por la duración del procedimiento en la situación jurídica de la persona involucrada.

## 10. Referencias bibliográficas

- ANGULO ARANA, Pedro. Litigación oral en materia penal y un estudio de la teoría del caso. Lima: Gaceta Jurídica, 2020.
- NEYRA FLORES, José. Manual del nuevo proceso penal & de litigación oral. Lima: Idemsa, 2010.
- OSSORIO, Ángel. El alma de la toga. Madrid: Praxis, 1919.
- PORTUGAL SÁNCHEZ, Juan. La objeción como herramienta de litigio en juicio oral. Consejos prácticos. Lima: LP, 2021.
- QUIROZ SALAZAR, William. El sistema de audiencias en el proceso penal acusatorio. Lima: Instituto Pacífico, 2015.
- REYNA ALFARO, Luis. Tratado integral de litigación estratégica. Lima: Gaceta Jurídica, 2013.
- REYNALDI ROMÁN, Roberto. “Técnicas de debate en audiencias distintas al juicio oral”, en Jurado Cerrón, Doly (Coord.), Técnicas de litigación oral y teoría del caso. Lima: Gaceta Jurídica, 2018.
- SAN MARTÍN CASTRO, César. Derecho procesal penal. Lecciones. Lima: INPECCP-CENALES, 2020.

339 OSSORIO, Ángel. *El alma de la toga*. Madrid: Praxis, 1919, p. 122.

340 QUIROZ SALAZAR, William. *El sistema de audiencias en el proceso penal acusatorio*. Lima: Instituto Pacífico, 2015, p. 44.

## LITIGACIÓN ORAL EN LOS MEDIOS DE DEFENSA TÉCNICA EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL

Rafael Elmer Cancho Alarcón<sup>341</sup> (Perú)

### 1. Introducción

En todo proceso penal es indispensable la existencia de condiciones que hagan posible el ejercicio del derecho a la defensa, consagrado en el Art. 139º.14 de la Constitución Política del Estado y en los diversos Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos. Estas condiciones deben incluir<sup>342</sup> el establecimiento de recursos o herramientas que permitan a las personas imputadas de la comisión de un delito a ejercer su propia defensa desde el mismo instante que toma conocimiento de la pretensión punitiva o la atribución de la comisión de determinado hecho delictivo (autodefensa o defensa material), como al derecho a la defensa técnica que permita la adecuada consecución del proceso (defensa formal), es decir, en el último caso, al asesoramiento y patrocinio de un abogado defensor durante todo el tiempo que dure el proceso, adecuado a sus requisitos formales y procedimentales.

En ese contexto, para hacer posible la defensa técnica, es que nuestra legislación adjetiva incorpora los medios de defensa técnica, particularmente las excepciones y las cuestiones (previas y prejudiciales), como remedios que permiten llevar un proceso con todos los requisitos exigidos por la ley, subsanándolos o, simplemente, eliminándolos<sup>343</sup>. De modo que, el ejercicio de la acción penal —como toda institución jurídica— está sujeta a ciertas reglas para la iniciación del proceso, como para su desarrollo, y la ausencia de estos requisitos se convierten en obstáculos, algunos de los cuales son insalvables por su carácter de absoluto, mientras que otras son superables, precisamente en ese contexto los medios de defensa técnica buscan resistir el progreso de la imputación.

En ese sentido, los medios de defensa técnica se constituyen como el derecho a impugnar provisionalmente o definitivamente la constitución o el desarrollo de la relación procesal, denunciando precisamente algún obstáculo o deficiencia que se base directamente en una norma de derecho y que no incida sobre el hecho que constituye el objeto sustancial de aquella, defensa sustantiva de la imputación —primera alternativa frente al proceso—, sino buscando evitar un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia —segunda alternativa—.

Ahora, las líneas que se esgrimen a continuación tienen por objeto estudiar el procedimiento que debe seguirse para la interposición de los medios de defensa técnica y el debate que debe conllevar su resolución, conforme a lo previsto en nuestro Código Procesal Penal (en adelante CPP). De modo que nuestro propósito es generar un esquema práctico y de

341 Juez de Investigación Preparatoria Supraprovincial para delitos de corrupción de funcionarios.

342 Vid. F.J. N.º 2 de la STC recaída en el Exp. N.º 4026-2007-HC/TC, del 04 de octubre del 2007; y F.J. N.º 3 de la STC recaída en el Exp. N.º 2028-2004-HC/TC, del 05 de julio del 2004.

343 SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Lima: Editorial IDEMSA, 2004, p. 336.

debate que sirva a todos los operadores jurisdiccionales en la instrumentalización de los medios de defensa técnica.

Bajo ese argumento, el proceso que seguimos para la esquematización del procedimiento y el debate se inspira en el Proceso Común previsto en el CPP, no por ello dejaremos de establecer apartados específicos sobre las particularidades que ostentan su trámite y discusión en la querrela y el proceso inmediato, además se establecerán los esquemas de los procedimientos y debate, en virtud a la etapa en que nos encontremos a la hora de interponer y resolver los medios de defensa, resaltándose situaciones problemáticas que se han observado en la aplicación del CPP y que de algún modo la jurisprudencia de la Corte Suprema se ha esmerado en superar.

## 2. Sujetos legitimados para proponer los medios de defensa

En la medida que los medios técnicos de defensa constituyen obstáculos para la acción penal, cuyo ejercicio recae en el Ministerio Público, en los delitos de persecución pública, y en el querellante particular (ofendido por el delito), en los delitos de persecución privada, se entiende que los sujetos legitimados para proponer los medios de defensa técnico son en principio los imputados de la comisión de algún ilícito penal y sus abogados defensores; sin embargo, en la medida que existe un interés por denunciar el adecuado establecimiento de la relación procesal por la omisión del cumplimiento de algún presupuesto de la acción, también estarán legitimados para proponer estos medios técnicos de defensa los demás sujetos procesales (defensor de la persona jurídica, del tercero civil, etc.), salvo el Ministerio Público y el querellante particular, pues estos son los que han establecido una relación procesal con deficiencias que serán denunciadas a través de los citados medios técnicos, al menos ese es un entendimiento válido del Art. 7º.1 del CPP.

Pese a lo anterior, dado que debemos dejar de lado una interpretación rígida y porque tampoco le está vedado al Ministerio Público, máxime si este puede ser una interpretación que favorezca los intereses del imputado (Art. VII del T.P., inciso 3), es posible reconocer que también aquel pueda promover los medios de defensa técnica<sup>344</sup>. Aquello es así, pues la práctica ha permitido identificar al menos un supuesto de actuación activa por parte del Ministerio Público, nos referimos a la excepción de naturaleza de juicio para adecuar la sustanciación de causas entre un proceso común y uno de carácter especial por faltas, en los supuestos de Agresiones contra las Mujeres (Art. 122° B del CP) frente a lesiones dolosas que constituyen faltas contra la persona (Art. 441° del CP), por la concurrencia o no del elemento normativo contextual.

344 Cfr. ORÉ GUARDIA, Arsenio. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Tomo I. Lima: Editorial Reforma, 2011, p. 439, quien establece que *el representante del Ministerio Público, en su rol de protección del principio de legalidad, también se encontrará facultado para poder subsanar su omisión*. Cuestión que inicialmente no compartimos (vid. CANCHO ALARCÓN, Rafael Elmer. *Las excepciones: procedimiento previsto en el Código procesal penal*. En: AA.VV. *Las Excepciones en el Código Procesal Penal*. Luis Miguel Reyna Alfaro [coordinador]. Lima: Jurista Editores, 2015, p. 29), pues consideramos que el Ministerio Público como titular de la acción penal contaba con otros recursos para la subsanación de tales omisiones; sin embargo, la casuística nos develó una situación distinta, tal como lo ponemos de manifiesto en el presente trabajo.

Mención especial amerita la atribución establecida por el legislador al Juez de la Investigación Preparatoria para declarar de oficio los medios técnicos de defensa, Art. 7º.3 del CPP, pues nuestra legislación no establece si aquel lo hará de plano, sin previa audiencia y notificación a las partes de su decisión (primera opción), o si correrá traslado a las partes de su voluntad de declarar fundada de oficio algún medio técnico de defensa, de ahí continuar con el procedimiento previsto para aquellos casos que hayan sido planteados por las demás partes procesales, fundamentalmente a través de la realización de otra audiencia (segunda opción), por ejemplo cuando se ha interpuesto una excepción de naturaleza de juicio y en su interregno la Judicatura considera que el hecho es atípico, por ende, que debe ser objeto de una excepción de improcedencia de acción. Sobre el particular, nosotros consideramos que la segunda opción es la correcta, dado que permitirá salvaguardar el principio del contradictorio y el real ejercicio de las facultades constitucionales al órgano acusador, además de garantizar a las partes el derecho de defensa en el interregno del proceso, descartando cualquier posibilidad de actuación arbitraria o interesada por parte de la Judicatura.

Lo anterior, evidentemente, en el supuesto que el Juez verifique en la realidad la posibilidad de aplicar de oficio los medios de defensa, que ciertamente es de casi nula ocurrencia en la práctica, pues los jueces no cuentan con un expediente en su poder y, por ende, carecen de la posibilidad de acceder a la información que allí obre para aplicar una excepción oficiosa, salvo cuestiones de carácter evidente (la necesidad de un antejuicio u otro). Distinto es el caso que, en el curso de otra audiencia (sobre todo la preliminar de la etapa intermedia), donde el Juez (frente al debate contradictorio que ocurre en ella) note el surgimiento de cierta información que pueda justificar la aplicación de oficio de un medio de defensa técnica, siguiendo la opción señalada supra.

### 3. Oportunidad y modo de proponer los medios de defensa

Los Medios de Defensa pueden interponerse durante la Etapa de la Investigación Preparatoria y también durante la Etapa Intermedia, tal como lo prevé los incisos 1) y 2) del Art. 7º del CPP. En la primera oportunidad podrá deducirse desde que el Fiscal ha decidido continuar con la Investigación Preparatoria hasta antes de su conclusión, ante el Juez de Investigación Preparatoria que ha recibido la comunicación de la Formalización de la Investigación Preparatoria (Art. 8º.1 del CPP). Mientras que, en la segunda, podrá deducirse al absolver la acusación formulada por el Ministerio Público, esto es, dentro de los 10 días de notificado con el escrito de la acusación, tal como lo prevé el literal b) del Art. 350º.1 del CPP, y ante el Juez de la Investigación Preparatoria encargado de dirigir esta Etapa, empero en esta oportunidad los medios de defensa sólo podrán plantearse a condición de que las mismas no hayan sido planteadas con anterioridad o se funden en hechos nuevos a los ya alegados.

En ese contexto, podrán distinguirse dos procedimientos para el trámite de los Medios de Defensa en el Proceso Común, los cuales serán desarrollados *infra*, empero también puede distinguirse un procedimiento atípico y que podría alcanzar un trámite relativamente mixto por lo previsto en el Art. 7º.1 del CPP, que señala que [los Medios de Defensa] se resolverán necesariamente antes de culminar la Etapa Intermedia, es decir, cuya interposición se efectúe en la Investigación Preparatoria (quizá a punto de culminar) y

cuya resolución se efectúe en la Etapa Intermedia, en cuyo caso, al transitarse de una etapa a otra y en base al principio de economía procesal, el trámite de éstas debería seguir el mismo procedimiento previsto para las interpuestas en la segunda etapa, no realizándose una audiencia particular, sino que su discusión se efectúe con las demás cuestiones previstas en el Código para un adecuado establecimiento de la relación procesal penal en la audiencia de la Etapa Intermedia.

Una situación problemática que plantea el Código Procesal Penal es el hecho que sólo permite la alegación de los medios de defensa técnica en la Investigación Preparatoria y la Etapa Intermedia, mas no en el Juicio Oral (salvo el supuesto previsto en el Proceso Inmediato que se desarrollará infra); sin embargo, debe advertirse que en esta etapa, aunado al hecho que en algunos distritos judiciales se programan juicios orales luego de varios meses de realizada la etapa intermedia, pueden darse nuevos supuestos de hecho o nuevas pruebas que se incorporen al proceso, lo que permitiría alegar alguno de los remedios previstos en el Código adjetivo, por ejemplo de prescripción, frente a lo cual la Judicatura no podrá recortar el derecho de las partes de proponerlos, aun en esa etapa, siempre que sea de carácter excepcional. En todo caso, no cabrá su procedencia o amparo, incluso de oficio, si aquello está fundado en razones que involucran una sentencia absolutoria [uid. Casación N° 673-2018/Ayacucho].

De otro lado, los medios de defensa técnica deberán proponerse a través de solicitudes debidamente fundamentadas, conforme a su naturaleza y al desarrollo que de aquel efectúa el propio Código, adjuntándose de ser necesario los elementos de convicción que correspondan (Art. 8°.1 del CPP), de manera que si el medio de defensa se propone sin estas exigencias deberá ser declarado improcedente y no ameritará pronunciamiento alguno, salvo que la Judicatura decida hacer suya la pretensión.

#### **4. Procedimiento en la investigación preparatoria**

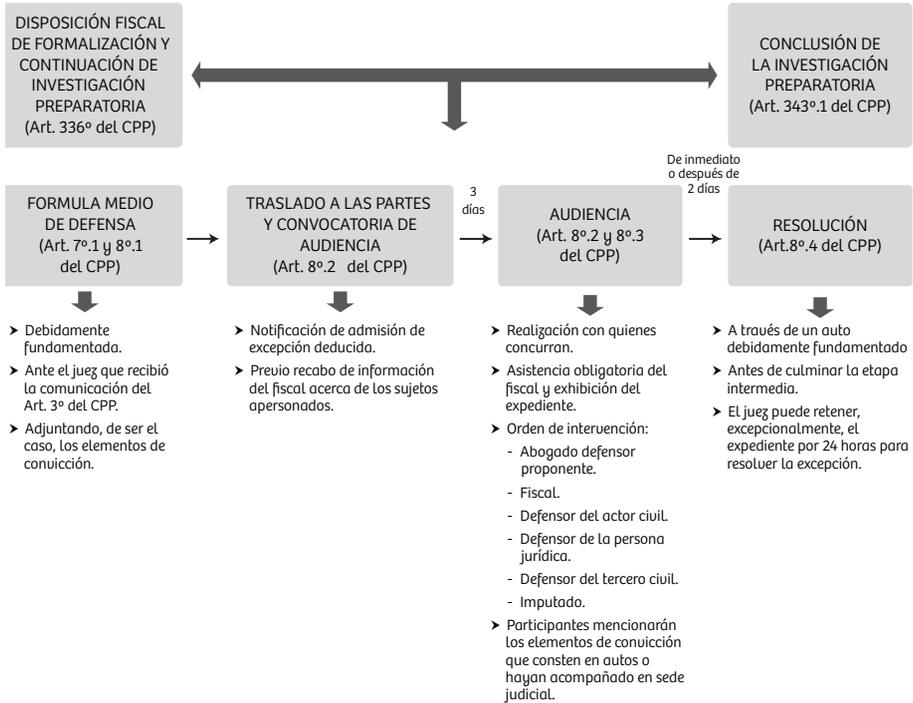
En el supuesto que el medio de defensa técnica haya sido interpuesto durante la Investigación Preparatoria, el Juez, previo informe del Fiscal acerca de los sujetos que se han apersonado en la causa, notificará a los mismos la admisión del medio de defensa deducido y señalará fecha para la realización de la audiencia dentro del tercer día, así lo prevé el Art. 8°.2 del CPP.

La audiencia se realizará con la asistencia obligatoria del Fiscal, que exhibirá el Expediente (carpeta con los actuados fiscales) para su examen inmediato por el Juez en ese acto y de quienes concurren a la misma, Art. 8°.2 del CPP, siendo ese el contexto en el que se instalará la audiencia para el debate del medio de defensa propuesto.

En la Audiencia, el Juez escuchará a las partes que hayan asistido a la misma en el orden siguiente: El abogado defensor que propuso el medio de defensa técnica, el Fiscal, el defensor del actor civil, el defensor de la persona jurídica y el defensor del tercero civil, en caso asista el imputado aquel tendrá derecho a intervenir en último término, tal como lo prevé el Art. 8°.3 del CPP, el cual también señala que al momento de su intervención las partes explicarán sus motivos para la procedencia o no del medio de defensa propuesto, así como podrán hacer mención a los elementos de convicción que consten en autos o que hayan acompañado en sede judicial.

Luego de realizada la audiencia, el Juez resolverá inmediatamente el medio de defensa técnica mediante auto debidamente fundamentado o, en todo caso, podrá resolverlo luego de dos días de celebrada la misma, tal como lo prevé el Art. 8°.4 del CPP, pero en todo caso la resolución deberá darse necesariamente antes de culminar la Fase Intermedia (Art. 7°.1 del CPP); y, excepcionalmente, para resolver el medio de defensa planteado, podrá retener el Expediente Fiscal hasta por 24 horas.

### PROCEDIMIENTO EN LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA (Art. 7°.1 del CPP)



## 5. Procedimiento en la etapa intermedia

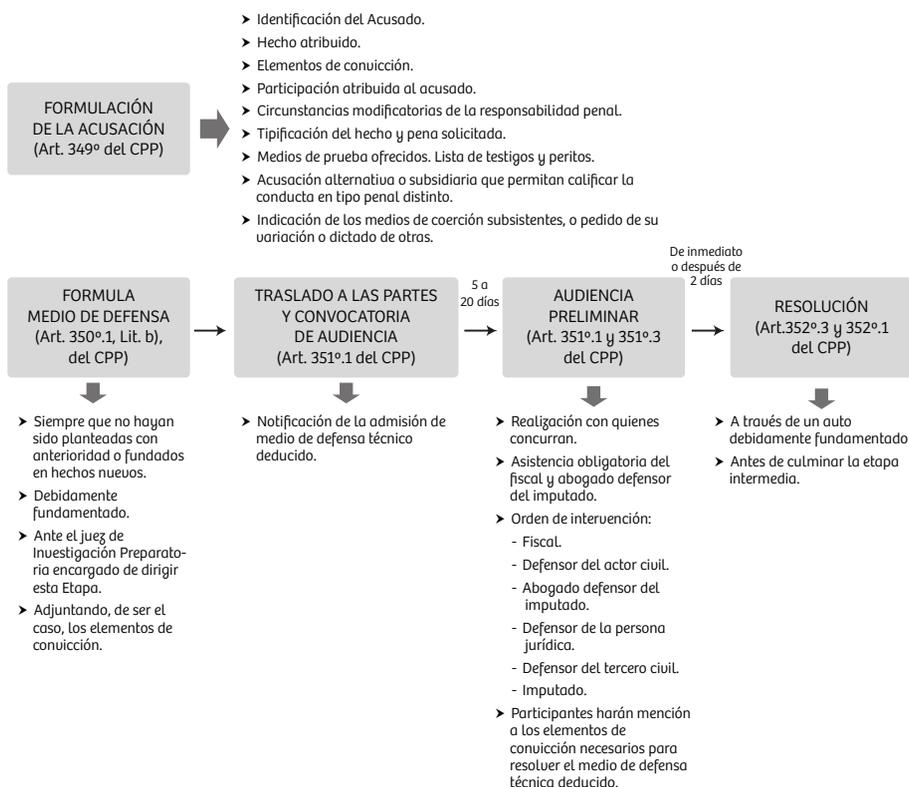
En el supuesto que el medio de defensa haya sido deducido durante la Etapa Intermedia, el Juez, en un plazo de 5 a 20 días, procederá a fijar fecha para la realización de la Audiencia Preliminar, la que se llevará a cabo con la asistencia obligatoria del Fiscal y del Abogado defensor del imputado, así lo prevé el Art. 351°.1 del CPP.

Instalada la Audiencia, el Juez escuchará a las partes que hayan asistido a la misma en el orden siguiente: El Fiscal, el defensor del actor civil, el abogado defensor del imputado, el defensor de la persona jurídica y el defensor del tercero civil, tal como lo prevé el Art. 351°.3 del CPP, articulado que también prevé la posibilidad de que el Fiscal pueda modificar, aclarar o integrar la acusación, en cuanto el asunto corresponda a una situación no sustancial de la misma.

Es evidente que en torno al medio de defensa técnico, si bien el Código Procesal Penal modifica en esta etapa el orden de la intervención de las partes con relación a la audiencia que se realiza en la Investigación Preparatoria (vid supra), la parte que explicará los motivos para su procedencia será siempre la misma que la propuso, quien deberá hacer mención a los elementos de convicción que sustenten su pedido y que evidentemente no será el representante del Ministerio Público, limitándose entonces la participación del Ministerio Público y los demás sujetos, en el orden previsto por el Código, a la exposición de los hechos, al delito que se imputa al procesado y la responsabilidad que se atribuye a la persona jurídica o el tercero civil, reservándose la réplica respecto al medio de defensa técnica y, luego, a la discusión sobre la admisión de los medios probatorios a una fase posterior de la discusión.

Luego de realizada la audiencia, el Juez resolverá inmediatamente el medio de defensa técnico planteado mediante auto debidamente fundamentado, tal como lo prevé el Art. 352°.3 del CPP, salvo que por lo avanzado de la hora o lo complejo del asunto difiera la solución hasta por el plazo de 2 días (Art. 352°.1 del CPP).

### PROCEDIMIENTO EN LA ETAPA INTERMEDIA (Art. 7°.2 del CPP)



## 6. Procedimiento en segunda instancia

Expedido el auto que resuelve el medio de defensa por el Juez de Investigación Preparatoria, las partes podrán interponer recurso de apelación en el mismo acto (Art. 405°.2 del CPP) o en el plazo de 03 días después de haber sido notificado con la resolución, tal como lo prevé el Art. 414°.1, literal c), del CPP; el mismo que al ser concedido se efectuará sin efecto suspensivo (Art. 352°.3 del CPP), salvo que se haya puesto fin a la instancia (Art. 418°.1 del CPP), y conllevará a que el Juez disponga dentro del quinto día, en caso de ser necesario, la agregación a los actuados formados a nivel judicial de copias certificadas pertinentes del Expediente Fiscal, luego de lo cual se elevará a la Sala Superior; sin embargo, si vencido este plazo no se han adjuntado las copias correspondientes, el Juez inmediatamente elevará los actuados a la Sala, la que —sin perjuicio de poner en conocimiento de este hecho al Fiscal Superior— instará al Fiscal Provincial que complete el cuaderno de apelación, así el Art. 9° del CPP.

A continuación la Sala correrá traslado del recurso de apelación a las partes por el plazo de cinco días (Art. 420°.1 del CPP), fijando fecha para la realización de la Audiencia en segunda instancia (Art. 420°.2 del CPP), la que se desarrollará en el orden siguiente: El apelante, las otras partes conforme al orden señalado para primera instancia y en último término el imputado en caso de asistir a la audiencia (Art. 420°.5 del CPP), para que luego de ella y en un plazo no mayor de 20 días se proceda a emitir la Resolución correspondiente (Art. 420°.7 del CPP).

El Art. 420°.3 del CPP establece que el Ministerio Público y los demás sujetos procesales, hasta antes de ser notificados con el decreto que fija fecha para la realización de la audiencia de apelación, podrán presentar prueba documental o solicitar se agregue algún acto de investigación actuado con posterioridad a la interposición del recurso, de lo que se pondrá en conocimiento a los demás sujetos procesales en el plazo de tres días. Excepcionalmente, la Sala Penal podrá solicitar otras copias o las actuaciones originales, sin que esto implique paralización del procedimiento.

Una problemática, a nivel de este procedimiento, es la que ha sido resuelta en el Casación N° 23-2010-La Libertad<sup>345</sup>, donde se ha establecido que cuando existe un proceso penal llevado con una pluralidad de imputados y, esencialmente, pluralidad de delitos, al declararse fundada las excepciones en los extremos de algunos delitos y quedando pendiente el juzgamiento de otros, *la impugnación debe ser objeto procesal del recurso de apelación sin efecto suspensivo y con calidad de diferida* —efecto que implica la postergación del momento de resolución del recurso a una fase ulterior desvinculada de la interposición—, en tanto el trámite del recurso impugnatorio queda reservado por el Juez para que sea resuelto por el Superior jerárquico conjuntamente con la apelación de la sentencia o el auto definitivo que ponga fin a la instancia procesal, a efectos de evitar las continuas interrupciones del procedimiento principal, pronunciamientos contradictorios y la elevación de la causa en procura de la celeridad procesal —dinámica del nuevo modelo procesal penal, concordante con la garantía constitucional del debido proceso—, con lo cual no se afecta el derecho a la libertad personal de los imputados y

345 FF.JJ. 4° Y 5° de la Casación N.° 23-2010/La Libertad, emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República el 21 de octubre del 2010.

menos causa grave perjuicio a alguna de las partes impugnantes, siendo aplicable por ello el Art. 410° del CPP.

Con la situación antes descrita, la Corte Suprema ha equiparado los autos de sobreseimiento a los autos interlocutorios, que resuelven los medios de defensa técnica, aplicándose el Art. 410°.1 del CPP, más no el Art. 418°.1 del mismo Código; sin embargo, ha incurrido en un error al manifestar que el conceder la apelación sin efecto suspensivo y con calidad de diferida no afecta el derecho a la libertad personal de los imputados, pero sobre todo, que no se causa grave perjuicio a alguna de las partes impugnantes, descartando desde ya la posibilidad prevista por el legislador en la parte in fine del citado artículo. En efecto, parece evidente que el imputado no será perjudicado por dicha situación, salvo en la eventualidad que se presente una adecuación del procedimiento al declararse fundada una excepción de naturaleza de juicio y el nuevo procedimiento resulte más perjudicial al imputado, situación similar ocurrirá con los demás sujetos procesales pasivos (tercero civilmente responsable y defensor de la persona jurídica); sin embargo, existe mayor posibilidad de afectar las facultades del Ministerio Público y el actor civil, por ejemplo, al declararse fundada una excepción de prescripción, donde se ha efectuado una interpretación errónea en los plazos ordinarios o extraordinarios de prescripción, y peligra el real ejercicio de la acción penal que aún queda expedita; o cuando al declararse fundada una excepción de improcedencia de acción, el Juez, además de pronunciarse sobre los delitos sobre la que declaró fundada la excepción (incluso de oficio), ha emitido opinión sobre la atipicidad de los ilícitos subsistentes para juzgamiento por inconcurrencia de un elemento del supuesto típico, con lo cual incluso se afecta gravemente la teoría del caso del órgano persecutor. Consideramos que en este contexto la Judicatura, incluida la propia Corte Suprema, tendrá que hacer uso del *distinguish* para evitar que en estos supuestos se ocasione grave perjuicio a alguna de las partes, tal como reza la parte in fine del Art. 410°.1 del CPP, en cuyo caso el recurso se concederá sin efecto suspensivo, pero sin la calidad de diferida, de manera que cuando dicha situación no ocurra las partes tendrán expedita la posibilidad de recurrir vía recurso de queja al superior jerárquico, tal como lo prevé el Art. 410°.2 del CPP.

## 7. Procedimientos especiales de los medios de defensa técnica

Los procedimientos hasta ahora indicados se corresponden con el modelo del Proceso Común; sin embargo, el CPP ha previsto particularmente un procedimiento y dos formas de aceleración del proceso común, los mismos que invitan a efectuar puntuales reflexiones sobre las particularidades que otorgan al procedimiento de los medios de defensa técnica, conforme desarrollamos a continuación.

### 7.1. En la Querrela

En la querrela, facultad concedida al directamente ofendido por los delitos sujetos a ejercicio privado de la acción penal, la excepción podrá ser deducida al contestar la pretensión del querellante o en el curso del juicio oral<sup>346</sup>, Art. 462°.4 del CPP, siendo

346 Arsenio ORÉ GUARDIA –Ob. Cit. p. 440. Nota al pie N.º 6– considera que la excepción deducida en esta segunda oportunidad será considerado como un argumento de defensa, interpretación que consideramos no se encuentra acorde con la normatividad procesal.

que en ambos casos la resolución de la excepción se efectuará al momento de emitirse la sentencia.

## **7.2. En la Acusación Directa**

La acusación directa forma parte del Proceso Común y es un mecanismo de aceleración que busca evitar trámites innecesarios. Se encuentra regulada en el artículo 336º.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.

En ese sentido, al haber el representante del Ministerio Público decidido pasar directamente a la etapa intermedia, prescindiendo de la etapa de investigación formal, los medios de defensa técnica sólo podrán interponerse a nivel de la Etapa Intermedia, siguiendo el procedimiento previsto para esta etapa.

## **7.3. En el Proceso Inmediato**

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, Arts. 446º al 448º del CPP correspondiente a los procesos especiales. 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 y en cuanto la norma objeto de integración jurídica no vulnere los principios que sustentan el proceso inmediato o las disposiciones y su estructura procesal<sup>347</sup>, tal como se estableció en su momento en torno al procedimiento de Terminación Anticipada<sup>348</sup>.

Estando a lo dispuesto por el Art. 447º.1 del CPP, 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, sí existe la obligación de formalizar la Investigación Preparatoria con las

347 F.J. 7 del Acuerdo Plenario N.º 6-2010/CJ-116, emitida por la Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia de la República el 16 de noviembre de 2010.

348 F.J. 6, segundo párrafo, del Acuerdo Plenario N.º 5-2009/CJ-116, emitida por la Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia de la República el 13 de noviembre de 2009.

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, en cuyo caso el trámite previsto será el procedimiento señalado (*supra*) para los medios de defensa técnica interpuestas en la etapa de Investigación Preparatoria.

En el caso que el Juez de Investigación Preparatoria admita el requerimiento de procedimiento inmediato solicitado por la Fiscalía 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, donde pueda realizarse un control formal, sustancial y sobre la suficiencia de los elementos de convicción de la acusación, será el Juez de 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, como los medios de defensa técnica, las cuáles en estas circunstancias podrán ser deducidas en el Juicio Oral con el trámite previsto para el procedimiento señalado (*supra*) para los medios de defensa interpuestos en la Etapa Intermedia.

## 8. Litigación oral de los medios de defensa técnica

El litigio y la resolución de los medios de defensa técnica deben alcanzar los objetivos siguientes: *i.-* Identificar los hechos como elemento esencial del caso y del conflicto, distinguiendo los hechos controvertidos y los no controvertidos a partir de la información brindada por las partes, el cual constituirá el principal insumo que ayudará a centrar el debate en los asuntos realmente relevantes, dejando de lado discusiones infructuosas; *ii.-* Poner de relieve la realización de una audiencia estructurada y escalonada para la discusión de la pretensión en la audiencia previa, por lo demás aplicable supletoriamente a otras audiencias, así permitir la resolución oportuna de la controversia penal a partir de la consecución de información de calidad (suficiente y relevante para dilucidar el hecho controvertido) surgida del contradictorio (relación dialéctica) y del activo rol que tiene el juez como director de la audiencia<sup>349</sup>; y *iii.-* Identificar estrategias propias del *case management*<sup>350</sup> que permita el desarrollo adecuado y la resolución de los medios de defensa técnica, es decir, racionalizando el uso de los recursos para el cumplimiento de

349 Sobre la concepción de las audiencias previas como metodologías de trabajo, donde las partes transmiten información relevante al juez para la adopción de una decisión de la mayor calidad posible, vid. LORENZO, Leticia. *Manual de Litigación*. Buenos Aires: Didot, 2016, p. 35 y ss. Similar, MENDOZA AYMA, Francisco Celis. *Bases críticas para la construcción de las Técnicas de Litigación Oral*. En: AAVV. *Técnicas de Litigación Oral y Teoría del Caso*. Doly Jurado Cerrón (Coordinadora). Lima: Gaceta Jurídica, 2018, p. 367.

350 Sobre este particular, vid. RIEGO, Cristian. *El sistema de "Case Management" y su aplicación en el contexto chileno*. En: *Sistemas Judiciales*, Año 14, N.º 18. Santiago de Chile: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2014, pp. 76-82. Consultado en: <[www.sistemasjudiciales.org/wup-content/uploads/2018/02/revista18.pdf](http://www.sistemasjudiciales.org/wup-content/uploads/2018/02/revista18.pdf)>, con fecha 18 de marzo del 2022. En el ámbito anglosajón, vid. HEALEY, Kerry Murphy. *Case Management in the Criminal Justice System*. En: National Institute of Justice. *Research in Action*. Washington D.C.: U.S. Department of Justice – Office of Justice Programs, febrero 1999. Consultado en: <<https://www.ojp.gov/pdffiles1/173409.pdf>>, con fecha 18 de marzo del 2022. En el ámbito nacional extrapenal, vid. TOLEDO TORIBIO, Omar. *La Gestión Judicial del Caso: El Case Management en el Nuevo Modelo Procesal Laboral*. En: *Jurídica*, suplemento del diario oficial "El Peruano", 04 de diciembre del 2018, pp. 4-5.

los objetivos de la administración de justicia, verificando y midiendo la eficiencia y la eficacia del servicio dirigido al ciudadano<sup>351</sup>.

Lo anterior permitirá la organización adecuada de las audiencias y la optimización del tiempo del juez, asumiendo que la oralidad y la audiencia son mecanismos para garantizar o preservar la inmediación, publicidad de la audiencia y la humanización de la función judicial, de modo que en virtud a él se prefiere la resolución del conflicto en audiencia con un papel proactivo del juez de garantía o investigación preparatoria, reduciendo a su expresión mínima la emisión de resoluciones *inaudita pars* (Arts. 123°.2 y 203°.2 del CPP). Así, las audiencias permitirán alcanzar los cometidos siguientes: *i.*- El Ministerio Público y las demás partes están obligados a acreditar los hechos que afirman en el acto de audiencia, es decir, deben proveer un relato verosímil y verificable, que sirva para una aproximación razonable a la verdad y fundamentar la decisión judicial; *ii.*- El juez podrá aplicar siempre el derecho correcto al caso, así no haya sido invocado adecuadamente por las partes, bajo la vigencia del principio *iura novit curia* (Casación N° 430-2015/Lima), sin afectar el contradictorio (Casación N° 215-2011/Arequipa), razón de ser de las audiencias; y *iii.*- Los hechos relevantes se dilucidarán únicamente a través de la información (u.gr. a partir de la actividad probatoria) introducida por las partes de manera efectiva en la audiencia, que previamente delimitó el objeto del debate, en respeto al principio de oralidad.

Aquello es así, por cuanto el objeto y fundamento de la audiencia es la aproximación razonable a la verdad, donde la audiencia se constituye en un método con fundamento epistemológico constitucional para alcanzar la verdad e impartir justicia<sup>352</sup>. De modo que la finalidad de las técnicas de litigación empleada por las partes en esta etapa será convencer al juez en el acto de audiencia para que éste pueda emitir una decisión razonable y justificada (fundamentada) en la información proporcionada por las partes, convencimiento que estará basado únicamente en razones de hecho y de derecho. Por ende, identificando la audiencia como un instrumento estratégico para la resolución del conflicto, lo que se debe lograr optimizando los recursos judiciales, por sí escasos, siempre bajo el estricto respeto de las garantías del debido proceso, el principio acusatorio y (sobre todo) el derecho de defensa; así, cumplir una función pedagógica y brindar pautas claras a las partes para el adecuado desarrollo de las audiencias.

Las pautas reseñadas permitirán identificar cuando el hecho está bien descrito y determinado, o cuando requiere de cierta aclaración, así respetar la causa de pedir (*causa petendi*) y el principio de congruencia procesal; utilizar adecuadamente los componentes de la teoría del caso (proposiciones fácticas, teoría jurídica —condición de verificabilidad— y teoría probatoria —condición de verificación—); planificar el debate,

351 Pone de manifiesto estas exigencias, diferenciando el paradigma del *case management* del macro *case management* o *court administration*, GARCÍA ODGERS, Ramón. *El case management en perspectiva comparada. Teoría, evolución histórica, modelos comparados y un caso en desarrollo*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2020, p. 495; igual, GARCÍA ODGERS, Ramón; FUENTES MAUREIRA, Claudio; y SILVA GONÍ, Rodrigo. *Control judicial del proceso: Case Management*. Santiago: Academia Judicial de Chile, 2020, p. 46. Consultado en: <[https://academiajudicial.cl/wp-content/uploads/2022/03/14\\_Control-judicial-del-proceso-Case-Management.pdf](https://academiajudicial.cl/wp-content/uploads/2022/03/14_Control-judicial-del-proceso-Case-Management.pdf)>, con fecha 29 de marzo del 2022. También, vid. LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *El proceso penal entre la eficiencia y la justicia: la aplicación de técnicas de dirección judicial del proceso al sistema acusatorio colombiano*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, 2006, *passim*. También véase nota al pie N.° 1.

352 Así, MENDOZA AYMA, Francisco Celis. Ob. Cit., p. 367.

es decir, determinar una estructura escalonada para la discusión de las audiencias, desagregándolo en tantos puntos como sean necesarios, siguiendo un orden lógico conforme a los presupuestos de hecho y/o de derecho que requieran el caso, los que deberán ser fijados por el juzgador y seguidos por las partes; centrar el debate e impedir conductas dilatorias (repetitivas) de las partes, que se desvíen en temas irrelevantes o impertinentes, con la finalidad de obtener información de calidad para resolver el conflicto penal, generándose estrategias y luego precedentes para resolver los problemas que se presenten durante las audiencias (buenas prácticas) destinadas a optimizar los recursos con los que se cuentan, a partir de directivas para las intervenciones orales de las partes, a quienes se exigirá capacidad de síntesis; construir una resolución (con una asunción de la versión del caso) más simple, lógica, creíble, convincente, persuasiva, autosuficiente y flexible; y legitimar la actuación judicial.

Lo anterior, en el caso peruano, ha sido plasmado para la audiencia de prisión preventiva con la emisión de la Casación N° 626-2013/Moquegua (F.J. 17°), donde se establece que el litigio estratégico en este tipo de audiencias debe posibilitar agotar el debate sobre todos los presupuestos (aunque uno por uno) que permitan su resolución, así, reiteramos, en la prisión preventiva se procederá del modo siguiente: *presupuesto material* (Art. 268°, literales *a*) y *b*), del Código Procesal Penal), compuestos por los fundados y graves elementos de convicción sobre la comisión de un delito grave que tiene una pena privativa de la libertad superior a 4 años; y *presupuesto procesal* (Art. 268°, literal *c*), del CPP, concordado con los artículos 269° y 270° del mismo Código adjetivo), que permitirá determinar la existencia de peligro de fuga o elusión, y de obstaculización de la actividad probatoria, además del principio de proporcionalidad con todos sus subprincipios. Asimismo, se establece que el juez podrá formular preguntas para contar con el máximo de la información sobre los elementos de convicción, estando en mejores condiciones de resolver el requerimiento de la medida.

En cambio, en el marco de las audiencias de los medios de defensa técnica no se ha previsto una situación similar; sin embargo, acogiendo de modo conjunto y sistemático lo establecido en los procedimientos de los artículos 8° y 352° del Código Procesal Penal, conforme ya reseñamos *supra* y más allá que en torno a su procedimiento haya una disparidad de quien inicia (propio de la etapa procesal), proponemos para el adecuado desarrollo de su litigio oral lo siguiente: *i.-* Iniciar con una exposición de los hechos por parte del Ministerio Público, lo que obedece básicamente a la ausencia de una audiencia de formulación de cargos donde el Fiscal pueda exponer los hechos al órgano jurisdiccional, así evitar que la parte proponente del medio de defensa técnico tergiverse los hechos que serán materia de resolución, por demás usual en la práctica<sup>353</sup>; *ii.-* Desarrollar el debate con la argumentación de la parte proponente del medio de defensa técnica, restringiéndolo a los tópicos relevantes que ameriten su discusión y conforme a las exigencias de los dispositivos legales<sup>354</sup>, por ejemplo, evitando que en

353 Así, Cas. Nos. 407-2015/Tacna (FF.JJ. 5°-6°), 92-2017/Arequipa (F.J. 62°), 10-2018/Cusco (F.J. 1°7), 673-2018/Ayacucho (F.J. 1°1) y 1974-2018/La Libertad (FF.JJ. 1° y 5°), que establecen que el imputado no puede introducir hechos nuevos para oponerse a la imputación fiscal y que (...) solo atiende a los hechos relatados por el Ministerio Público (causa *petendi* o de pedir). La alegación de otros hechos, o su negación, es una defensa de fondo que se resuelve en la sentencia y que merece una actividad probatoria concreta y relevante (absolviendo al imputado por la no existencia del hecho imputado).

354 La relevancia de la información se encuentra, como no puede ser de otro modo, en las disposiciones legales. Vid.

una excepción de improcedencia de acción se discutan cuestiones probatorias<sup>355</sup> y se limiten a abordar cuestiones eminentemente jurídicas; y iii.- Requiriendo, luego de la réplica (eventualmente, de la dúplica y reduplica), conformidad de la información a la contraparte o la comprobación (control) de la información que es proporcionada en el acto de audiencia, así permitir que ésta alcance márgenes de calidad (veracidad) para la resolución del conflicto que conlleva la deducción de un medio de defensa técnico.

En suma, el requisito sine qua non para alcanzar un debate óptimo en el desarrollo de las audiencias vinculados a los medios de defensa técnica está en la calidad de la información que tiene una relación de dependencia con la veracidad, que solo se puede alcanzar por el contradictorio y el control que efectúa la contraparte, y la adecuada transmisión de esa información, que solo se podrá efectuar a partir de una exposición ordenada y con argumentos lógicos relevantes<sup>356</sup>. Para lo anterior, todas las partes procesales (incluido los órganos jurisdiccionales) deberán estar en condición de conocer los hechos establecidos en la formalización de investigación preparatoria o la acusación, verificar las exigencias establecidas por la normatividad procesal y sustentar (o exigir una sustentación) lógica y coherente con dichas exigencias legales, pues debe convencerse al Juez con razones y no con alocuciones impertinentes (que por lo demás evidencian falta de preparación); los que, sin duda alguna, deberán ser alcanzados en el tiempo más breve posible, es decir, con criterios de eficiencia y eficacia, para alcanzar una resolución en el mismo sentido.

## 9. Efectos de los medios de defensa técnica

Si el órgano jurisdiccional declara fundado el medio de defensa técnico propuesto, Art. 6°.2 del CPP, tratándose de las excepciones de Improcedencia de Acción, Cosa Juzgada, Amnistía y Prescripción, el proceso será sobreesido y archivado definitivamente, con ello las medidas cautelares de carácter personal o real cesarán inmediatamente, además se cancelarán los antecedentes derivados del proceso, sin afectar o extinguir los efectos extrapenales; sin embargo, si se declara fundada la excepción de Naturaleza de Juicio se regularizará el proceso al trámite previsto y reconocido en el auto que resuelva la excepción planteada, resolviéndose la nulidad de los actos que han infringido de manera frontal su naturaleza procedimental, mientras que aquellos actos que sean compatibles con aquella mantendrán su validez<sup>357</sup>.

Por su lado, la cuestión previa conllevará a la anulación de lo actuado, artículo 4°.1 in fine del CPP, hasta que el requisito omitido sea satisfecho, dando lugar al reinicio de la causa, Art. 4°.2 del CPP, pues la resolución de ninguna manera constituye cosa juzgada. Finalmente, la cuestión prejudicial conllevará a la suspensión de la causa hasta que en la vía extrapenal recaiga una decisión firme, Art. 5°.2 del CPP, que permita proseguir la secuela del proceso.

---

LORENZO, Leticia. Ob. Cit., p. 35.

355 Formular juicios de mérito (responsabilidad) y desde consideraciones probatorias, y de Derecho penal sustancial (elemento subjetivo), no son susceptibles de ser examinados como defensa procesal a través de esta excepción (Cas. 1307-2019/Nacional, F.J. 4°).

356 Similar, LORENZO, Leticia. Ob. Cit., p. 35.

357 REYNA ALFARO, Luis Miguel. Excepciones, cuestión previa y cuestión prejudicial en el proceso penal. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2008, p. 124.

De otro lado, los medios de defensa técnico tendrán un efecto extensivo, beneficiando a los demás imputados, siempre que se encuentren en la misma situación jurídica, tal como lo prevé el Art. 8º.6 del CPP.

## 10. Reflexiones finales

Como se habrá notado, el litigio estratégico en los medios de defensa técnica conforme al artículo 8º del Código Procesal Penal, que como señalamos es aplicable supletoriamente a otras audiencias previas, no solo está vinculado al conocimiento de las destrezas de litigación oral, sino a la implementación del paradigma y la metodología del Case Management. Esta metodología parte por identificar la audiencia como un instrumento estratégico para la resolución del conflicto y donde el Juez cumple una función pedagógica (aun cuando usualmente en los inicios de los procesos de reforma o implementación de normas), brindando pautas claras a las partes al dirigir la audiencia; que el Juez y las partes deben identificar los hechos como elemento esencial del caso y del conflicto, para seguidamente distinguir en el caso los hechos controvertidos y los no controvertidos, teniendo como base la afirmación e información brindada por las partes; y que el Juez debe delimitar, generar y dirigir el debate sobre los hechos controvertidos, controlando que la información ingresada en la audiencia (a partir de elementos de prueba directos e indirectos, en los casos que así se requieran) sea suficiente o de altísima calidad para dilucidar el conflicto penal, conforme a las exigencias legales de cada institución procesal invocada.

## 11. Bibliografía

- CANCHO ALARCÓN, Rafael Elmer. *Las excepciones: procedimiento previsto en el Código procesal penal*. En: AA.VV. *Las Excepciones en el Código Procesal Penal*. Luis Miguel Reyna Alfaro [coordinador]. Lima: Jurista Editores, 2015.
- GARCÍA ODGERS, Ramón. *El case management en perspectiva comparada. Teoría, evolución histórica, modelos comparados y un caso en desarrollo*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2020.
- GARCÍA ODGERS, Ramón; FUENTES MAUREIRA, Claudio; y SILVA GOÑI, Rodrigo. *Control judicial del proceso: Case Management*. Santiago: Academia Judicial de Chile, 2020, p. 46. Consultado en: <[https://academiajudicial.cl/wp-content/uploads/2022/03/14\\_Control-judicial-del-proceso-Case-Management.pdf](https://academiajudicial.cl/wp-content/uploads/2022/03/14_Control-judicial-del-proceso-Case-Management.pdf)>, con fecha 29 de marzo del 2022.
- HEALEY, Kerry Murphy. *Case Management in the Criminal Justice System*. En: National Institute of Justice. *Research in Action*. Washington D.C.: U.S. Department of Justice – Office of Justice Programs, febrero 1999. Consultado en: <<https://www.ojp.gov/pdffiles1/173409.pdf>>, con fecha 18 de marzo del 2022.
- LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *El proceso penal entre la eficiencia y la justicia: la aplicación de técnicas de dirección judicial del proceso al sistema acusatorio colombiano*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, 2006.
- LORENZO, Leticia. *Manual de Litigación*. Buenos Aires: Didot, 2016.
- MENDOZA AYMA, Francisco Celis. *Bases críticas para la construcción de las Técnicas de Litigación Oral*. En: AA.VV. *Técnicas de Litigación Oral y Teoría del*

Caso. Doly Jurado Cerrón (Coordinadora). Lima: Gaceta Jurídica, 2018.

- ORÉ GUARDIA, Arsenio. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Tomo I. Lima: Editorial Reforma, 2011.
- REYNA ALFARO, Luis Miguel. *Excepciones, cuestión previa y cuestión prejudicial en el proceso penal*. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2008.
- RIEGO, Cristian. *El sistema de "Case Management" y su aplicación en el contexto chileno*. En: *Sistemas Judiciales*, Año 14, N° 18. Santiago de Chile: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2014, pp. 76-82. Consultado en: <[www.sistemasjudiciales.org/wp-content/uploads/2018/02/revista18.pdf](http://www.sistemasjudiciales.org/wp-content/uploads/2018/02/revista18.pdf)>, con fecha 18 de marzo del 2022.
- SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Lima: Editorial IDEMSA, 2004.
- TOLEDO TORIBIO, Omar. *La Gestión Judicial del Caso: El Case Management en el Nuevo Modelo Procesal Laboral*. En: *Jurídica*, suplemento del diario oficial "El Peruano", 04 de diciembre del 2018.

## LITIGACIÓN EN LAS AUDIENCIAS DEL PROCESO DE SEGURIDAD

**Dante Heredia Obregón<sup>358</sup> (Perú)**

### 1. Introducción

La formación en materia de litigación en juicios orales penales se ha centrado en el proceso común. Poco se ha profundizado en los otros procesos especiales del Código Procesal Penal (Decreto Legislativo N° 957), el proceso inmediato, el proceso a altos funcionarios públicos, el proceso por ejercicio privado de la acción o lo que aquí nos interesa, la litigación dentro del proceso de seguridad.

El desarrollo del conjunto de lineamientos que permitan un adecuado manejo de las técnicas de litigación oral tendría que ser abordados desde dos perspectivas: La primera, a partir de la profundización desde el estudio del derecho procesal de las técnicas de litigación oral para su acoplamiento estructural en ese diseño arquitectónico del Decreto Legislativo N° 957. De tal manera que una cierta técnica no sea aplicada dándole la espalda al contexto social, normativo y procedimental. La legitimación solo se produce en base a los procedimientos sociales como diría Luhmann. Un ejemplo de esto, son las objeciones, que históricamente no han tenido un desarrollo en la tradición del derecho euro-continental ni latino-americano, pero nadie dudará que urge adaptarlas al contexto peruano. La segunda perspectiva consiste en identificar precisamente esos aislados tópicos ajenos a los clásicos temas de la litigación (teoría del caso, alegatos de apertura o de clausura), cuya dificultad radica precisamente en la particular legislación que tenemos. Un ejemplo de esto último es el proceso de seguridad y dentro de él, aspectos sustantivos como la culpabilidad o la peligrosidad precisamente para saber si corresponde o no una medida de seguridad. Estos tópicos aislados han sido obviados tanto por la dogmática como por la jurisprudencia, por eso es necesario abordarlos y contribuir en su clarificación.

El proceso de seguridad es particular en varios aspectos. Es un juicio oral sin público y con un adulto que representa al procesado. Además, por lo general, se vería con mucha extrañeza que un juez de garantías sea el que dirija el interrogatorio y el contrainterrogatorio de un perito y no así un juez de juzgamiento como normalmente sucede. Además, la discusión principal radica en la peligrosidad del sujeto para saber si corresponde o no una pena, y en su defecto una medida de seguridad, pero ¿Cómo se prueba la peligrosidad de un sujeto? Sumado a ello ¿Cómo se hace el análisis de la personalidad futura de un sujeto que en teoría ni tiene personalidad, culpabilidad o libertad? Finalmente, se hace el intento por cuantificar la proporcionalidad, pero ¿Qué

---

358 Abogado penalista por La Universidad Nacional Santiago Antúñez de Mayolo, Master por La Universidad de Castilla La Mancha – España. Egresado del Master de Derecho penal de La Universidad de Sevilla – España. Autor de diversas publicaciones de Derecho penal en revistas especializadas.

criterios se debe tener en cuenta para hablar de una medida suficientemente necesaria? Por doquier emergen más y más preguntas en aras de su correcta aplicación<sup>359</sup>.

El objetivo de este texto consiste en dar cuenta de un conjunto de lineamientos muy prácticos orientados a los operadores jurídicos para un adecuado desarrollo de las audiencias en el proceso de seguridad acorde con los objetivos de cada sujeto procesal, ya sea la probanza de un estado de inimputabilidad, la ausencia de culpabilidad, la peligrosidad del sujeto o el juicio de pronóstico de delitos futuros. Estos temas tan propios de la parte general del Derecho penal, serán desarrollados desde el fundamento mismo de las medidas de seguridad para tener una suficiente base teórica, pero el abordaje lejos de ser etéreo tiene como objetivo ser tan práctico que termine aterrizando estos temas tanto en las audiencias de incoación como de juzgamiento del proceso de seguridad. Creemos que ello se logrará con una lista de preguntas que dejaremos en cada tópico para que los operadores busquen la respuesta en plena actuación de la prueba, principalmente la pericial (la prueba estelar del proceso de seguridad).

Aquellas primeras veces que uno afronta un proceso de seguridad hay una gran dificultad para materializar su teoría del caso pues los temas aquí tratados pertenecen a la teoría pura y dura de la dogmática del Derecho penal, dogmática que ha confesado, además, lo difícil que es aplicar las medidas de seguridad. Sintetizar criterios prácticos que sirvan para el litigio diario es un reto. Si en algo reducimos esa brecha entre teoría y práctica – que en el fondo no son sino dos caras de una misma moneda – el presente trabajo habrá cumplido con creces su propósito.

## 2. Audiencias del proceso de seguridad

### 2.1. *Ámbito de aplicación del proceso de seguridad*

El objetivo principal de las audiencias de este proceso es imponer una sanción penal<sup>360</sup> a quien carece de culpabilidad, personas inimputables por la presencia de una anomalía o una alteración psíquica. Esto de por sí es complicado porque ciertamente hay zonas claras y evidentes de inimputabilidad, pero también otras zonas oscuras o donde la imputabilidad es incierta<sup>361</sup>. Por ejemplo, probablemente un cuadro grave de esquizofrenia paranoide implique la declaratoria de la eximente completa de responsabilidad por anomalía o alteración psíquica<sup>362</sup> pues el individuo no tiene como comprender la ilicitud de lo que hace, pero no es claro si a los psicópatas

359 Por ejemplo, cuestionable es la aplicación del proceso especial de terminación anticipada al interior del proceso de seguridad y cómo se haría la cuantificación y la aplicación de las consecuencias jurídicas como por ejemplo la multa que establece el delito. Más o menos lo mismo con la reparación civil, la inhabilitación, la aplicación simultánea de la pena y la medida. Entre otros aspectos más. Un pronunciamiento actual sobre la reducción de la pena por bonificación procesal y otras atenuantes en SALA PENAL PERMANENTE (ponente: Sr. Juez Armando COAGUILA CHAVEZ), Recurso de Nulidad N.° 195 - 2021 Lima, Lima: 12 de octubre del 2021. FJ. 10.

360 Esta naturaleza de sanción penal ha sido establecida en la jurisprudencia nacional. Vid. SEGUNDA SALA PENAL TRANSITORIA (ponente: Sr. Juez Javier VILLASTEIN), Recurso de Nulidad N.° 104 - 2005 Ayacucho, Lima: 16 de marzo del 2005. Jurisprudencia que tiene el carácter de precedente vinculante.

361 URRUELA MORA, Asier, Imputabilidad penal y anomalía o alteración psíquica. La capacidad de culpabilidad a la luz de los modernos avances de la psiquiatría y genética. Publicaciones de la cátedra interuniversitaria, fundación BBVA, Bilbao – Granada, 2004, p. XXI.

362 Como frecuentemente sucede a nivel de la jurisprudencia con este trastorno mental dado su gran número de resoluciones en material penal. *Ibid.*, p. 260.

igualmente podemos ubicarlos dentro del concepto de anomalía psíquica grave. En el caso de estos, es un poco más difícil negar que carezcan de esta comprensión. Uno y otro camino distan mucho, uno termina en un hospital psiquiátrico mientras que el otro camino podría terminar en un establecimiento penitenciario<sup>363</sup>.

Ahora bien, el artículo 77 del Código penal peruano habla de medidas de seguridad a imputables y con esto se está refiriendo a imputables relativos: toxicómanos y alcohólicos. Los delitos cometidos por estos drogadictos o adictos al alcohol sí son injustos culpables. Aquí la dogmática es unánime al considerar que en el caso del artículo 77 tiene que aplicarse las reglas del proceso común<sup>364</sup> y no el proceso de seguridad. En las líneas siguientes solo desarrollaremos lo que corresponda a inimputables absolutos.

## 2.2. Grado de certeza sobre la inimputabilidad del sujeto

El grado de certeza que alcance el juez variará acorde con el principio de progresividad de la investigación. Este proceso, tiene dos momentos principales diferentes: **(i)** El inicio del proceso de seguridad con la incoación del proceso de seguridad regulado en el artículo 75° del Código procesal penal; y **(ii)** La imposición de la sentencia que finalmente imponga la medida de seguridad regulado en el artículo 456°.10 del Código procesal penal. En ambos escenarios los operadores evaluarán cuan desconectado se encuentra el sujeto de la realidad, pero con diferentes baremos.

Por un lado, para instaurar el proceso de seguridad no se requiere que exista certeza sobre la inimputabilidad del procesado, *basta solo, con que no pueda excluirse dicho estado* por una apariencia de alguna patología mental o biológica (criterio asumido además por el *Bundesgerichtshof* alemán)<sup>365</sup>. Bastaría entonces una ligera sospecha.

Por otro lado, obviamente para el segundo momento, el grado de sospecha debe ser mayor, pero, ¿cuánto más? Cuando se llegue a un escenario de duda sobre la capacidad del sujeto, es decir, si hay posibilidad de que haya obrado o sin capacidad o con capacidad disminuida, no se podrá imponer una pena, pues el internamiento psiquiátrico queda excluido para personas con plena responsabilidad<sup>366</sup>. En esa línea se discute si la prueba para la imposición de una medida de seguridad debería exigir el estándar de certeza más allá de toda duda razonable, manteniendo así la vigencia del *in dubio pro reo* (lo que parecería muy razonable). GARCÍA CAVERO acierta cuando señala no estamos ante la prueba de un hecho, sino meramente sobre la prognosis de

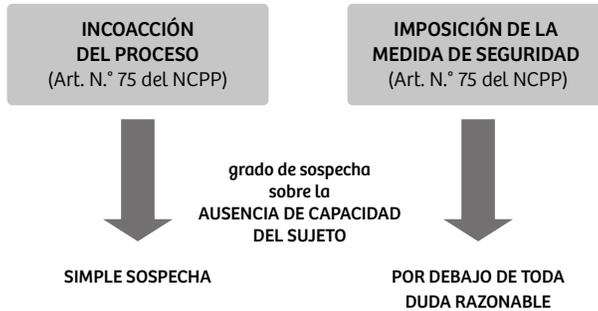
363 JESCHECK, Hans-Heinrich y Thomas WEIGEND, Tratado de derecho penal. Parte general, vol. 2, traducción de la 5.a ed. alemana (1996), renovada y ampliada por Miguel Olmedo Cardenete, Instituto Pacífico, Lima, 2014, p. 1206. Sugiere que a los psicópatas se les recluya mejor en centros penitenciarios y no en hospitales de tratamiento psiquiátrico.

364 SAN MARTÍN CASTRO, Cesar, Derecho Procesal Penal. Lecciones, INPECCP, CENALES, 2015, 3a. edición, Lima, p. 1137; NEYRA FLORES, José Antonio, Manual del nuevo proceso penal e litigación oral, Lima, 2010, p. 450; GARCÍA CAVERO, Percy, Derecho penal. Parte General, IDEAS, 3a. edición, Lima, 2019, p. 1062. San Martín cita como referencia además el modelo de Costa Rica en donde la regulación permite llegar a la misma conclusión.

365 SAN MARTÍN CASTRO, Cesar, Derecho Procesal Penal. Lecciones, Ob. Cit, p. 1063.

366 JESCHECK y WEIGEND, Tratado de derecho penal. Parte general, vol. 1, Ob. Cit, p. 1208.

la probabilidad futura<sup>367</sup>, y como tal, el estándar para la imposición de la medida de seguridad en este estadio podría ser inferior al del in dubio pro reo en el extremo de la ausencia de capacidad del sujeto.



A manera de ejemplo, en este punto la actuación probatoria podría enfocarse en los siguientes aspectos: *Luego de realigado el examen pericial ¿Cuánta seguridad tiene usted sobre la falta de desconexión del sujeto analizado con las personas y cosas? ¿Está muy seguro de su desconexión con la realidad?*

### 2.3. Tópicos que requieren probarse en ambas audiencias

Dada la naturaleza de las medidas de seguridad que se imponen en este proceso. Son cuatro los tópicos que requieren actuación probatoria para que la decisión resulte suficiente: **(i)** Finalidad que se busca para que imponga la medida al sujeto; **(ii)** La peligrosidad del sujeto; **(iii)** La proporcionalidad de la medida y del tiempo de injerencia y; **(iv)** La ausencia de culpabilidad del sujeto.

Si bien cada tópico se desarrollará con detalle en las líneas siguientes, por ahora tocaremos estos temas sólo para entender un orden sistemático entre ellos. Tanto la teoría del caso como la estrategia de defensa tendrían que centrarse en estos cuatro temas. En el caso de la finalidad de la medida, esta tiene que evitar la instrumentalización inaceptable del sujeto basando su imposición solamente en parámetros de estricta prevención. Teniendo este presupuesto, el siguiente paso sería la evaluación de la peligrosidad del sujeto basado en cuanto criterio se pueda incorporar para suponer que delitos graves serán cometidos en el futuro. Como tercer paso, cabría analizar si no hay un exceso en la imposición de la medida y finalmente, en base a todos estos datos y valoraciones correspondería llegar a la conclusión de si el sujeto presenta o no culpabilidad.

#### 2.3.1 ¿Qué aspecto de la culpabilidad se discute?

Ciertamente materializar la culpabilidad presenta una gran dificultad. Con razón se ha dicho que intentar esto exigiría mezclar temas de medicina,

367 GARCIA CAVERO, Percy, Derecho penal. Parte General, Ob. Cit, p. 1055.

psicología, filosofía, antropología y hasta de política<sup>368</sup> y a riesgo de caer en un reduccionismo excesivo, para la sistemática que pretendemos bastaría con entender que el inimputable “no tiene la capacidad de actuar conforme a su deber, pero dirige sus acciones a finalidades específicas, conforme su voluntad”<sup>369</sup>. Situación que sin caer en el servilismo de los dictámenes periciales<sup>370</sup>, se apoyará en enunciados empíricos y valoraciones normativas principalmente sobre las tipologías y síntomas enumerados en clasificaciones internacionales DSM-IV<sup>371</sup> y CIE-10<sup>372</sup>. Es decir, al margen de la prueba psiquiátrica<sup>373</sup> — cuya actuación es obligatoria — tendría que haber una verificación probatoria de los síntomas del subtipo del trastorno. A manera de ejemplo, quien alegue la presencia de un trastorno bipolar, tendría que identificar el subtipo de trastorno: Bipolar maniaco único, hipomaniaco, mixto, depresivo, etc., a efectos de verificar si el cuadro descrito por el profesional coincide con las clasificaciones internacionales, con una corroboración periférica de estos síntomas con pruebas personales y documentales.



368 ALBERTO DONNA, Edgardo, *Teoría del delito y de la pena. Imputación objetiva*, Editorial Astrea, Vol. 2, Buenos Aires, 1995, p. 224.

369 OLIVEIRA RODRIGUEZ, Víctor Gabriel, “Requisitos de la aplicación de la medida de seguridad”, Ob. Cit, p. 398. Sin que debamos entender por esto que el Estado trata de imponer una cierta “normalidad” coactivamente al sujeto, Vid. STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal. Parte General I. El hecho punible*, Ob. Cit, p. 54.

370 URRUELA MORA, Asier, *Imputabilidad penal y anomalía o alteración psíquica*, Ob. Cit, p. 385.

371 Clasificación internacional de las enfermedades elaborada bajo los auspicios de la Organización Mundial de la Salud (OMS).

372 Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales (DSM-IV).

373 Si bien, por lo general se alude a pericias psiquiátricas y psicológicas, por mandato legal estas pericias tienen que ser psiquiátricas y no podrían ser realizadas por un profesional psicólogo. Excepcionalmente se aceptan médicos cirujanos. Vid. Artículo 25 de la Ley 30947. Ley General de la Salud: “El diagnóstico y la determinación de la existencia de un problema de salud mental se realizan por médico psiquiatra colegiado con apoyo técnico del equipo de salud mental; y, en ausencia de este, por médico cirujano colegiado, de acuerdo a las normas técnicas aceptadas internacionalmente. El médico cirujano colegiado está facultado para requerir una interconsulta del caso al médico de la especialidad, principalmente en casos de emergencia.”

A continuación, desarrollaremos con detalle cada uno de estos tópicos.

### 3. El Derecho Penal de las medidas de seguridad

#### 3.1. Origen y finalidades que deben verificarse para su imposición

Cuando se comete un hecho típico y antijurídico por lo general se aplica una pena, esto si se logra constatar la culpabilidad del agente. Pero en otras ocasiones, en virtud a los artículos 70 y 71 del Código penal peruano, corresponde la imposición de una medida de seguridad. Este “dualismo punitivo” de respuesta al delito (“*zwoites Spur*”) es común en la mayoría de ordenamientos procesales del mundo, predominando actualmente, frente a los modelos monistas que entienden ahora y entendían en el pasado a la pena como única respuesta al delito<sup>374</sup>.

Esto no siempre fue así. Durante mucho tiempo el Derecho penal fue un sistema de “única vía” solamente existía la pena. El Derecho penal de las medidas de seguridad es relativamente reciente<sup>375</sup>, surgió a finales del siglo XIX como una idea de la prevención especial del “delincuente peligroso” cuando la idea de la pena como una reacción retributiva al delito, resultaba insuficiente<sup>376</sup>. Ello debido a la influencia de la política-criminal de Franz Von Liszt<sup>377</sup> en su conocido *Programa de Marburgo* de 1882. Liszt distinguía tres finalidades diferentes de la reacción penal acorde al tipo de delincuente del que estemos hablando: al delincuente principiante se le puede socializar, corregir (prevención especial positiva); al delincuente ocasional, se le puede intimidar pues no es que se le requiera corrección sino *disuasión, intimidación* (prevención especial negativa); finalmente hay un grupo de delincuentes “habituales” y frente a ellos no se puede pensar en una corrección o mejora. Para ellos, solo puede pensarse en el *aislamiento, pues son meros focos de peligro. La sociedad solo puede buscar protegerse* (prevención especial neutralizante)<sup>378</sup>.

Ahora bien, algunos autores han sugerido un enfoque más comunitarista, de tal manera que sin perder el sentido primigenio preventivo-especial lo fusionan con un enfoque comunitario-general o preventivo general<sup>379</sup>, pero una amplia mayoría se

374 Esta expresión “*monismo versus dualismo*” se utiliza frecuentemente para hacer alusión a esta discusión entre los modelos que recogen una sola consecuencia jurídica o si por el contrario tienen una doble alternativa frente a esta. Vid. SANZ MORÁN, Ángel José, “*Las medidas de seguridad*” en: Roca de Agapito, Luis (Dir.), Un sistema de sanciones penales para el siglo XXI, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 304.

375 Sobre el origen de las medidas de protección Stratenwerth se remonta al Código general territorial prusiano de 1794, donde a los ladrones con tendencias depravadas se les impedía su liberación hasta que demostraran como ganarse la vida honestamente. Vid. STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal. Parte General I. El hecho punible*. 3ª. edición, Hammurabi, Buenos Aires, p. 51. Precedente 100 años antes del Programa de Marburgo.

376 GARCÍA – PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Introducción al Derecho penal*, 3ª. edición, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2005, pp. 354 y ss.

377 SANZ MORÁN, Ángel José, *Las medidas de corrección y seguridad en el Derecho penal*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2003, p. 19 y ss.

378 FRISCH, Wolfgang, “Franz von Liszt – Obra e influencia”, en *InDret* 2.2017, Barcelona, 2017.

379 POLAINO ORTOS, Miguel, *Lo verdadero y lo falso del Derecho penal del enemigo*, 1ª. edición, Grijley, Lima, 2009, p. 552. Menciona el profesor: “ese sujeto es peligroso precisamente porque vive en Sociedad, porque si viviera en un paraje aislado, no socializado, entonces decaería toda necesidad de combatir penalmente a ese peligro y a ese sujeto”.

inclina simplemente por identificar una *función de prevención ante sujetos peligrosos, esto es una prevención especial*<sup>380</sup>.

Claro que esta es una función genérica de todas las medidas de seguridad, luego es posible asignarse una función específica acorde al tipo de medida solicitada. Cuando se solicita el internamiento en un centro psiquiátrico o el tratamiento ambulatorio del artículo 71° del Código penal peruano, estamos ante medidas terapéuticas, aquí la función de la medida es la mejora de *la salud o la curación total del paciente*, aunque nadie negará que también concurre una finalidad asegurativa para la colectividad<sup>381</sup>. Pero ¿Qué sucede si el diagnóstico forense señala que el individuo es incurable o no mejorable pero sí peligroso? Aquí la medida adopta una finalidad *netamente asegurativa* y ya no podría buscar la curación.

En un sentido parecido aparecen las medidas que tienen un sentido educativo para menores inimputables o las medidas *puramente asegurativas* como la libertad vigilada del artículo 96° numeral 3.3 del Código penal español, las que, si bien cumplen con una estricta función de inocuización, de ser posible también deberían procurar la resocialización del sujeto. Señala MIR PUIG: *“Las tres clases de medidas se justifican por la necesidad de prevención, pero mientras que las asegurativas tienen, de forma directa, puesta la mira en la sociedad, las reeducadoras y curativas atienden de forma inmediata al beneficio del sujeto a ellas”*<sup>382</sup>. En la jurisprudencia nacional se ha aceptado que tiene fines *curativo terapéutico, educativo, asistencial y socialmente integrador*<sup>383</sup>.

En este estadio la actuación de la prueba podría tomar como referencia — a manera de ejemplo — los siguientes puntos: *¿Usted cree que con una medida de internamiento la salud mental del paciente, mejorará? ¿De qué manera mejorará su condición mental de manera positiva en caso se le interne? ¿Es posible llegar a la conclusión de que el paciente no mejorará con una medida de internamiento en un hospital psiquiátrico? En caso de que no se aplique el internamiento ¿El paciente podría lesionar a sus familiares? ¿Podría lesionar a sus vecinos? ¿El paciente no podría lesionar a nadie?*

#### 4. Presupuestos para la imposición de las medidas de seguridad de índole curativas.

El artículo 72 del Código penal peruano establece dos requisitos concurrentes para la medida de seguridad de índole curativo: **(i)** Que el agente haya cometido un hecho previsto como delito y, **(ii)** Que tanto del hecho, así como de la personalidad del agente pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele una elevada probabilidad de comisión de nuevos delitos.

380 MIR PUIG, Santiago, Derecho penal. Parte General, 10<sup>o</sup>. edición, Editorial B de F, Barcelona – Montevideo, 2016, p. 98. “No se discute que la función que a éstas corresponde es la prevención de delitos frente a un sujeto peligroso: prevención especial”.

381 Ibid., p. 99.

382 Ibid., p. 99.

383 SALA PENAL PERMANENTE (ponente: Sr. Juez Aldo FIGUEROA NAVARRO), *Recurso de Nulidad N.° 2234 – 2019. Lima Norte*, Lima: 12 de octubre del 2021. FJ. 5.

#### 4.1. ¿Qué tan delito tiene que ser el delito?

El artículo 72 tiene la misma redacción que el artículo 95.1 del Código penal español de 1995. Mientras el código penal peruano prescribe: “Que el agente haya realizado un hecho previsto como delito”, el español señala: “Que el sujeto haya cometido un hecho previsto como delito”. Esto supone una desventaja en la interpretación en comparación con su par alemán en el artículo 63 del StGB (“Hat jemand eine rechtswidrige Tat”<sup>384</sup>) que habla más bien de un “hecho antijurídico”, lo que sí está definido en el artículo 11.5<sup>385</sup>. Este punto es polémico porque exige circunscribir qué se debe entender puntualmente por delito, si delito en toda la extensión de la teoría del delito incluyendo sus múltiples categorías (omisión, tentativa, participación, error, etc.), o quizá meramente una subsunción provisional de los elementos del tipo penal. En ese sentido señalan JESCHECK-WEIGEND:

*“El requisito de un requisito de un “hecho antijurídico” es demasiado conciso en tanto que, por ejemplo, permitiría también el internamiento en un hospital psiquiátrico si el autor actúa en estado de necesidad exculpante (§ 35) o si concurre un desistimiento de la tentativa liberado de pena (§ 24). No obstante, en estos casos está excluida la posibilidad de ordenar el internamiento porque solo puede ser motivo de una medida de seguridad punitiva un comportamiento que por sí mismo fundamentaría la punibilidad del autor si su capacidad de culpabilidad no estuviera excluida”<sup>386</sup>.*

El problema viene cuando se hace el intento de interpretar el artículo 72 del Código penal peruano, esto es, un “hecho previsto como delito”. Es complicado interpretar restrictivamente esto a manera de subsunción formal en el catálogo de delitos, obviando el conjunto de circunstancias que posibilitan la existencia de un delito. Una interpretación más abierta le da a este primer requisito OLIVEIRA RODRÍGUEZ cuando interpreta el artículo 72 del Código penal peruano:

*“Vea como las reglas gramaticales del tipo criminal permanecen abiertas solo con la enunciación de algunas preguntas: ¿el tipo como unidad de dirección contiene (o no) las causas de justificación? ¿El inimputable tiene elemento subjetivo (dolo) aunque neutral, en su acción no culpable? (...) ¿O se puede hablar de acción u omisión, independientemente de la figura verbal, basada únicamente en un concepto formal de acción? (...) Las preguntas pueden parecer insistentes o demasiado etéreas, pero hay entendimiento de que si el tipo penal no consolida una unidad lingüística (por lo tanto, autónoma y con sus propias reglas), pierde su razón de ser y se rebaja a la condición de un artículo de cualquier ley, como en el viejo*

384 Artículo 63 del StGB alemán: “Hat jemand eine rechtswidrige Tat im Zustand der Schuldunfähigkeit (§ 20) oder der verminderten Schuldfähigkeit (§ 21) begangen, so ordnet das Gericht die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus an” (“Si alguien comete un hecho antijurídico en estado de incapacidad de culpabilidad (§ 20) o con capacidad de culpabilidad reducida (§ 21), entonces el tribunal ordenará la internación en un hospital psiquiátrico”).

385 Artículo 11.5 del StGB alemán: “Im Sinne dieses Gesetzes ist (...) 5. rechtswidrige Tat: nur eine solche, die den Tatbestand eines Strafgesetzes verwirklicht” (“En el sentido de esta ley es (...) Hecho antijurídico: solo aquel que realice el tipo de una ley penal”).

386 JESCHECK y WEIGEND, Tratado de derecho penal. Parte general, vol. 1, Ob. Cit, p. 1207.

*corpus criminalis. Este, sin embargo, no nos sirve para elucidar causa y extensión de lo que sea la acción que se exige del individuo inimputable para que se le pueda imponer la medida de seguridad*<sup>387</sup>.

Independientemente de la diferencia en la redacción, parece correcto entender que el alcance del primer requisito (“hecho previsto como delito”) tenga que ser interpretado como la concurrencia de todos los elementos conformantes del delito, incluyendo circunstancias de punibilidad y circunstancias objetivas de punibilidad, con la única excepción del requisito de culpabilidad. Como señalan JESCHECK-WEIGEND, “presupone una acción plenamente punible con excepción de la capacidad de culpabilidad del autor”<sup>388</sup>.

Ahora bien, es cierto que no se puede obviar que aquellos componentes subjetivos del delito tienen incidencia sobre las categorías como la imputación objetiva y subjetiva. En otras palabras, si el sujeto, se encuentra mentalmente desconectado de la realidad ¿realmente se puede decir que tuvo dolo al momento de actuar? Si el sujeto no puede diferenciar personas y objetos reales debido a una distorsión de percepción por esquizofrenia ¿se puede negar la presencia de un error de tipo? Si el sujeto cree defenderse un ataque producto de sus alucinaciones ¿Podría descartarse prematuramente la presencia de un error sobre una causa de justificación? Precisamente por ello es un acierto entender que por “hecho previsto como delito” debe enfatizarse en el análisis de los aspectos objetivos del mismo, soslayando la relevancia de los aspectos subjetivos como los sugiere GARCÍA CAVERO<sup>389</sup>, esto implica dejar de lado (cuanto menos provisionalmente) aspectos como conocimiento, voluntad, intencionalidad, y otros similares. Ese sería el alcance de este requisito.

#### **4.2. Análisis de la peligrosidad del sujeto**

El segundo requisito exige hacer un pronóstico futuro basado en la personalidad del autor. Del agente se deben esperar delitos futuros graves “para cuya prevención resultaría manifiestamente ineficaz una pena adecuada a la culpabilidad”<sup>390</sup>, eso implica que se le tiene que dar prima facie prioridad a la aplicación de la pena si esta, de por sí, es suficiente para la corrección y aseguramiento<sup>391</sup>.

Ahora bien, anteriormente hablamos en extenso sobre la característica de “peligrosidad” del sujeto ¿Cómo se compatibiliza la peligrosidad con este segundo requisito? ¿Son requisitos independientes? ¿Son requisitos concurrentes o alternativos? O es que acaso ¿La prognosis de la comisión de futuros delitos es lo mismo que exigirle al sujeto que su personalidad sea peligrosa?

La dogmática entiende que hay hasta dos interpretaciones posibles de este segundo requisito que consiste en la prognosis de nuevos delitos. Por un lado, entenderlo

387 OLIVEIRA RODRIGUEZ, Victor Gabriel, “Requisitos de la aplicación de la medida de seguridad” en: SALAZAR SANCHEZ, Nelson, Comentarios al Código penal peruano. Parte General. Tomo III, Gaceta Jurídica, Lima, 2019, p. 379.

388 JESCHECK y WEIGEND, Tratado de derecho penal. Parte general, vol. 1, Ob. Cit., p. 1207.

389 GARCIA CAVERO, Percy, **Derecho penal. Parte General**, Ob. Cit., p. 1056.

390 Ibid., p. 1200.

391 Ibid., p. 1200. Vid. Nota de pie número 2.

meramente como peligrosidad y, por otro lado, tratar de darle *un contenido propio diferente a la peligrosidad y ahondar en aspectos tanto filosóficos como psicológicos* que permitan una previsión del comportamiento delictivo.

OLIVEIRA RODRÍGUEZ cuando se refiere a entender la preuisibilidad meramente como peligrosidad señala:

*“Hay 2 formas de entender este foresight, este complejo intento de ver para delante en el comportamiento del criminal. El primero es pensar que el Código construyó toda enunciación del artículo 72.1 sencillamente como un largo eufemismo para evitar la palabra “peligrosidad”. Si es así, es decir, si hay que utilizar el antiguo concepto de “sujeto peligroso” al inimputable, poco hay que añadirse a los tradicionales estudios médico-forenses, que imponen predicativos de “peligroso” a algunos sujetos, sin más posibilidad de intervención del Juez”<sup>392</sup>.*

La otra posibilidad es tentar el esbozo de una serie de criterios propios no necesariamente coincidentes con la peligrosidad, pues *“si el legislador optó por utilizar la palabra “peligrosidad” en este momento específico, entonces obliga a que la peligrosidad deje de ser la base de la medida de seguridad, para que venga a imponerse un debate sobre cómo se puede hacer la previsión, con grados próximos a certeza (...)”<sup>393</sup>.*

Por nuestra parte, adelantando una mayor afinidad sobre esta segunda posición, es sabido que la literatura especializada alemana siempre ha denunciado la enorme dificultad que significa comprobar este presupuesto para la imposición de una medida de seguridad. Ni podemos saber si el sujeto cometerá más delitos, ni podemos saber si la medida de seguridad servirá para prevenirla:

*“Los conocimientos de la Criminología moderna dan lugar a un planteamiento escéptico sobre ambos puntos: ni disponemos de métodos seguros para la previsión del comportamiento legal futuro del individuo, ni existe un motivo fundado empíricamente que conduzca a confiar en que la estancia que, por ejemplo, se desarrolla en un centro de desintoxicación (§ 64) conducirá a un delincuente alcohólico o drogadicto multirreincidente a un comportamiento adecuado a Derecho”<sup>394</sup>.*

*Teóricamente hablando, esta incipiente indeterminación, de aquello que debería corroborarse fácticamente, debería conducir al uso excepcional de las medidas de seguridad<sup>395</sup> dejando de lado su uso casi automático ante la sospecha de cualquier cuadro psicológico anómalo, tenga una capacidad de juicio afectado<sup>396</sup> o un trastorno*

392 OLIVEIRA RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel, “Requisitos de la aplicación de la medida de seguridad”, Ob. Cit, p. 385.

393 Ibid., p. 386.

394 JESCHECK y WEIGEND, Tratado de derecho penal. Parte general, vol. 1, Ob. Cit, p. 1202.

395 Ibid., p. 1203.

396 Según el Reglamento de la Ley N.º 29889, Ley que modifica el artículo 11 de la Ley N.º 26842, Ley General de la Salud, y Garantiza los Derechos de las personas con problemas de salud mental. En su artículo 3.2 define a la capacidad de juicio afectado como *“alteración cuantitativa y/o cuantitativa del pensamiento consistente en*

*mental y del comportamiento* que por su propia definición son graduables, algunos más leves y otros más graves<sup>397</sup>.

Teniendo presente esa premisa, hay algunos criterios que podrían condensar lo nebuloso del tema. Por ejemplo, Jescheck-Weigend señalan en base a la jurisprudencia especializada que las medidas de seguridad tienen que ser valoradas en un pronóstico futuro, “no puede justificarse únicamente sobre la base de la gravedad del hecho motivador”<sup>398</sup> (es decir, el delito actualmente procesado). Una posición similar parece mostrar García Cauero: “Los delitos que el sujeto peligroso muy probablemente cometerá en el futuro no deben ser de igual naturaleza que el previamente cometido. La regulación legal es indeterminada “nuevos delitos”.<sup>399</sup>, pudiendo también afectarse bienes jurídicos de diferente tipo. Podría pensarse por ejemplo que el hecho motivador es un delito contra bienes individuales pero los nuevos delitos en el futuro, afecten bienes jurídicos colectivos graves.

Asimismo, si bien podría pensarse que no puede resultar legítimo que el Derecho penal sancione lesiones para uno mismo, la normativa peruana no hace ninguna exclusión. Es legítimo imponer una medida de seguridad en aras de proteger al mismo inimputable<sup>400</sup> Señala Stratenwerth: “(...) en el caso de los menores o de personas psíquicamente perturbadas – entonces, esto puede justificar que se tomen las medidas necesarias para proteger a la colectividad o también e interés del propio afectado”<sup>401</sup>.

Otro punto radica en que la prognosis, debe ser un pronóstico de peligro “para la colectividad”. En los casos en los que las intenciones criminales del autor se dirigen sólo contra una persona (por ejemplo, su mujer o su enemigo personal) se recomienda la evaluación de un tratamiento ambulatorio (si acaso eso) y no la del internamiento<sup>402</sup>.

García Cauero sugiere algunos otros factores a evaluar como la animosidad, la normalidad de la situación o la ausencia de alguna provocación externa<sup>403</sup>. En la jurisprudencia nacional se ha tomado en cuenta los delitos del sujeto durante su adolescencia, vinculación al pandillaje, distanciamiento afectivo o el control sobre sus impulsos<sup>404</sup>.

---

*percibir cognitivamente la realidad de manera distorsionada”.*

397 Reglamento de la Ley N.º 29889. Trastorno mental y del comportamiento: “Condición mórbida que sobreviene en una determinada persona, afectando en intensidades variables el funcionamiento de la mente y el comportamiento, el organismo, la personalidad, la personalidad y la interacción social, en forma transitoria o permanente”.

398 JESCHECK y WEIGEND, Tratado de derecho penal. Parte general, vol. 1, Ob. Cit, p. 1202, citando asimismo la sentencia del *Bundesgerichtshof* BGH 24, 134. “El delito cometido (“hecho motivador”) se erige sólo como un indicio de peligrosidad futura del autor” Vid. Nota de pie 12.

399 GARCIA CAVERO, Percy, *Derecho penal. Parte General*, ob. cit., p. 1058.

400 En el mismo sentido JESCHECK y WEIGEND, Tratado de derecho penal. Parte general, vol. 1, ob. cit., p. 1207.

401 STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal. Parte General I. El hecho punible*, Ob. Cit., p. 53.

402 *Ibid.*, p. 1210. Respalda esta idea en la sentencia del *Bundesgerichtshof* BGH 26, 321.

403 GARCIA CAVERO, Percy, *Derecho penal. Parte General*, Ob. Cit., p. 1057.

404 SALA PENAL PERMANENTE (ponente: Sr. Juez Javier VILLASTEIN), *Recurso de Nulidad N.º 195 - 2021 Lima*, Lima: 12 de octubre del 2021. FJ. 10.

### 4.3. Proporcionalidad de la medida

El Código penal regula la proporcionalidad de la medida de seguridad en 2 momentos: (i) Si en base a un juicio de proporcionalidad debería o no proceder según el artículo 73 y, (ii) por cuánto tiempo debería proceder según el artículo 75.

Cuando se habla de los fines preventivo-especiales y de protección de la colectividad, esto para nada es una trivialidad. Dicha intervención penal tiene que hacerse con límites. En ciertos momentos en la dogmática penal, se exageró en la capacidad pragmática de cara a estos fines. Ciertamente había utilidad en ellas, pero como señala STRATENWERTH: “La pura idea de utilidad no impide un abuso”<sup>405</sup>, por ejemplo, la muerte de discapacitados mentales en la Alemania de mediados del siglo XX ejecutadas en nombre de su utilidad social.

Este temor siempre ha estado presente, lo que origina diversas críticas (“crisis de la doble vía”) en el sentido de que los planteamientos utilitaristas del Estado instrumentalizan a la persona<sup>406</sup> pues se le sanciona por una infracción *no responsable, no culpable* de las normas. Precisamente por todo esto, la injerencia estatal *solo es legítima si es la menos necesaria posible*, pero necesaria, al fin y al cabo. En esa línea se ha pronunciado Tribunal Constitucional alemán en un pronunciamiento sobre el confinamiento en los hospitales psiquiátricos<sup>407</sup>, para que se pueda restringir el derecho a la libertad personal, tienen que garantizarse adecuados procedimientos y una adecuada justificación para proceder con el paso del confinamiento. Los importantes intereses de terceros legitiman la injerencia<sup>408</sup>. Por eso – como señalan JESCHECK-WEIGEND - siempre hay que preguntarse “si la medida de seguridad, de acuerdo con su naturaleza e importancia, se encuentra en una proporción adecuada con el fin que ella persigue”<sup>409</sup>. Solo así es posible evitar un dolor innecesario.

Señala OLIVEIRA RODRÍGUEZ: “cuando se trata del inimputable, el juez debe cuidar de hacer la medida lo más humana posible, porque no es la crueldad o la intensidad de la medida que vuelven a estabilizar el sistema, sino la existencia de la medida es sí misma. Sin eso, la medida de seguridad se transforma en castigo (...) el juez impone medidas de seguridad que pueden saber ineficaces, pero que la ley le obliga a imponer. En este punto hay que pensar una vez más que el juez no puede sobrecargar al individuo imputable un sufrimiento sencillamente por cumplir la norma, lo que llegaría a un formalismo inaceptable”<sup>410</sup>. El cumplimiento de los fines no se puede hacer a toda costa y así lo han entendido la jurisprudencia peruana<sup>411</sup>.

405 STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal. Parte General I. El hecho punible*, Ob. Cit., p. 52.

406 Rechazan esta crítica JESCHECK y WEIGEND, *Tratado de derecho penal. Parte general*, vol. 1, Ob. Cit., p. 1201.

407 BVerfGE 70, 297. Vid. OXFORD UNIVERSITY PRESS, *Constitucional German Law*, 1<sup>o</sup> edición, Oxford, p. 174.

408 BVerfGE 22, 180. Vid. ALÁEZ CORRAL Benito y ÁLVAREZ ÁLVAREZ Leonardo, *Las decisiones del Tribunal Constitucional Federal alemán en las encrucijadas del cambio de milenio*. Boletín Oficial del Estado. Centro de estudios políticos y constitucional, Madrid, 2008, p. 938.

409 JESCHECK y WEIGEND, *Tratado de derecho penal. Parte general*, vol. 1, Ob. Cit., p. 1202.

410 OLIVEIRA RODRIGUEZ, Víctor Gabriel, “Requisitos de la aplicación de la medida de seguridad”, Ob. cit., p. 385.

411 SALA PENAL PERMANENTE (ponente: Sr. Juez Aldo FIGUEROA NAVARRO), *Recurso de Nulidad N.º 2234 – 2019*. Lima Norte, Lima: 12 de octubre del 2021. FJ. 6. “Ni los fines de la medida de seguridad pueden justificar una justificación desproporcionada en su duración e intensidad”.

Entonces, si bien la protección de la colectividad es un fin válido, tanto como evitar que el imputable se lesione a sí mismo. En casos en donde el sujeto solo pueda herirse asimismo y no al resto, la medida será menos necesaria de cara a una autoprotección de él mismo. Por el contrario, cuando se encuentren en juego los graves intereses de terceros, será legítima una rigurosa intervención social.

Otro punto importante reside en valorar la proporcionalidad de la medida en casos de delitos de bagatela, donde la dogmática se ha mostrado por rechazar las medidas de seguridad<sup>412</sup>, restringiéndola a aquellos casos donde medie violencia o amenaza y no simples infracciones patrimoniales como señalan JESCHECK-WEIGEND.

Una situación parecida se presenta con situaciones de trastorno psicológico temporal y no permanente. La dogmática ha rechazado que un arrebató puntual pueda justificar la medida, debiendo reservarse la misma para trastornos de larga duración<sup>413</sup>. En un sentido parecido ha resuelto la jurisprudencia nacional que valoró positivamente el tratamiento psiquiátrico que ya venía recibiendo el paciente con apoyo de un familiar y que además la enfermedad no era permanente, variando la medida de internamiento por una de tratamiento ambulatorio<sup>414</sup>.

## 5. Bibliografía

- ALBERTO DONNA, Edgardo, *Teoría del delito y de la pena. Imputación objetiva*, Editorial Astrea, Vol. 2, Buenos Aires, 1995.
- FRISCH, Wolfgang, "Franz von Liszt – Obra e influencia", en *InDret* 2.2017, Barcelona, 2017.
- GARCIA CAVERO, Percy, *Derecho penal. Parte General*, IDEAS, 3ª. edición, Lima, 2019.
- GARCÍA – PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Introducción al Derecho penal*, 3ª. edición, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2005.
- JESCHECK, Hans-Heinrich y Thomas WEIGEND, *Tratado de derecho penal. Parte general*, vol. 2, traducción de la 5.a ed. alemana (1996), renovada y ampliada por Miguel Olmedo Cardenete, Instituto Pacífico, Lima, 2014.
- MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte General*, 10ª. edición, Editorial B de F, Barcelona – Montevideo, 2016.
- NEYRA FLORES, José Antonio, *Manual del nuevo proceso penal & litigación oral*, Lima, 2010.
- OLIVEIRA RODRIGUEZ, Víctor Gabriel, "Requisitos de la aplicación de la medida de seguridad" en: SALAZAR SANCHEZ, Nelson, *Comentarios al Código penal peruano. Parte General. Tomo III*, Gaceta Jurídica, Lima, 2019.
- POLAINO ORTS, Miguel, *Lo verdadero y lo falso del Derecho penal del enemigo*, 1ª. edición, Grijley, Lima, 2009.

412 JESCHECK y WEIGEND, *Tratado de derecho penal. Parte general*, vol. 1, Ob. cit., p. 1203.

413 *Ibid.*, p. 1209.

414 SALA PENAL PERMANENTE (ponente: Sr. Juez Aldo FIGUEROA NAVARRO), *Recurso de Nulidad N.º 2234 – 2019. Lima Norte*, Lima: 12 de octubre del 2021. FJ. 8.

- SAN MARTIN CASTRO, César, *Derecho Procesal Penal. Lecciones*, INPECCP, CENALES, 2015, 3ª. edición, Lima.
- SANZ MORÁN, Ángel José, “*Las medidas de seguridad*” en: Roca de Agapito, Luis (Dir.), *Un sistema de sanciones penales para el siglo XXI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- SANZ MORÁN, Ángel José, *Las medidas de corrección y seguridad en el Derecho penal*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2003.
- STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal. Parte General I. El hecho punible*. 3ª. edición, Hammurabi, Buenos Aires.

## LINEAMIENTOS SOBRE EL RECONOCIMIENTO EN RUEDA DE PERSONAS DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL

**Diego Jesús Valderrama Macera<sup>415</sup> (Perú)**

### 1. Introducción

Cuando un denunciante activa el aparato estatal dedicado a la persecución de delitos, lo hace con la finalidad de acceder a la administración de justicia en materia penal. Para ello, la información percibida por sus sentidos es recabada como parte de la investigación preliminar, de este modo, los dichos sobre la información ocular que revelan tanto víctimas como testigos, constituyen una sospecha inicial para la realización de distintas diligencias preliminares.

El reconocimiento es un juicio de identidad entre una cosa o persona, para reconocer es necesaria una primera percepción que sea cotejada con una segunda; reconocer es un conocer de nuevo, en otras palabras, recordar lo ya conocido<sup>416</sup>. Sin embargo, no puede ser fiable este reconocimiento si la persona agraviada o quien testifica, no señala de forma inequívoca e indubitable a la persona imputada.

En el proceso penal, el resultado de un reconocimiento en rueda es generalmente usado para la tesis fiscal, esto debido a que *“los reconocimientos de testigos son una herramienta para la investigación y persecución de criminales; este tipo de evidencia se encuentra dentro de los testimonios más persuasivos que pueden ser empleados en un juzgado”*<sup>417</sup>. Por tanto, el litigante debe mantenerse alerta y exigir que se cumpla con el procedimiento señalado en la ley.

### 2. Reconocimiento en rueda de personas

Es imposible negar la influencia de las prácticas de investigación policial estadounidenses sobre aquellas que se realizan en Latinoamérica y específicamente la técnica denominada también como reconocimiento ocular. Así pues, reconoce que existen dos procedimientos principales por medio de los cuales se realizan identificaciones de sospechosos en los sistemas de justicia criminal, como es lógico, la terminología que escoge el legislador penal para adoptarlas en su ordenamiento jurídico nacional varía dependiendo de cada país, pero se mantiene en cuanto al procedimiento.

415 Titulado en Derecho por la Universidad Católica de Santa María. Maestrante en Derecho Penal por la Universidad de Buenos Aires (Argentina). Director del Taller de litigación oral penal de LP. Pasión por el Derecho, así como redactor de artículos para el área penal de dicho centro de capacitación jurídica. Instructor de técnicas de litigación oral acreditado por la *American Bar Association Rule of Law Initiative* de los EE. UU. con sede en México. Investigador invitado para la editorial Gaceta Jurídica y Exponente en distintos eventos académicos en materia procesal penal a nivel nacional e internacional.

416 SAN MARTÍN CASTRO, Cesar. Lecciones de Derecho Procesal Penal. Lima: INPECCP 2015. p.339.

417 Division of Behavioral and Social Sciences and Education. *Identifying the Culprit: Assessing Eyewitness Identification*, Washington D.C.: Committee on Law and Justice; National Research Council, 2014, p.7.

En primer lugar, se encuentran los reconocimientos en rueda de imputados (lineup), es decir, aquellos en donde se le pide a la víctima o el testigo que observe a un número de personas presentes (por ejemplo 5 ó 6) con el objeto de identificar al partícipe del delito, como parte de este procedimiento, debe haber cuando menos, un sospechoso en el conjunto de personas exhibidas. En segundo lugar, los reconocimientos en ruedas o set fotográficos (*photo array*) es decir, la exhibición que se realiza a la víctima o al testigo, empleando un número acotado de fotografías (por ejemplo, entre 5 a 10) dentro de las cuáles al menos una corresponde al investigado<sup>418</sup>.

En el Perú, mediante Decreto Supremo N° 010-2018-JUS, se aprobó una serie de nuevos protocolos que reemplazarían a los aprobados en el año 2014; entre estos, el Protocolo de actuación interinstitucional específico de reconocimientos, en adelante (Protocolo), mismo que establece 19 pasos a cumplir para emitir el Acta de reconocimiento correspondiente, claro está, con base legal en los artículos 189°, 190° y 191° de nuestro Código Procesal Penal, en adelante (CPP); ambos textos normativos señalan que con la finalidad de lograr la individualización del presunto autor o partícipe, se ordenará practicar el reconocimiento, la calidad del aporte de este procedimiento es en grado de medio probatorio.

Si bien el protocolo antes citado y los artículos 190° y 191° aluden a otros tipos de reconocimiento como lo son de objetos y de voz, para efecto del presente artículo nos dedicaremos a analizar lo referente al entendimiento, validez y confiabilidad de los reconocimientos oculares (*eyewitness identification*) en rueda de personas.

Expuesto lo anterior, nos damos cuenta que el procedimiento regulado en la norma indica que el reconocimiento se debe realizar por el agraviado o por el testigo, ellos serán quienes deben realizar una descripción previa antes del reconocimiento propiamente dicho. Esta descripción previa consiste en detallar los rasgos físicos como el color de piel y de cabello; información sobre su edad aproximada, sexo, estatura, contextura, entre otros datos específico como, por ejemplo, tatuajes en el cuerpo o cicatrices. Así pues, lo previamente descrito debe estar manifestado en el acta momentos antes de la exhibición en rueda de personas. Por tanto, no se puede pretender suplir el acto de descripción previa con los dichos de interrogatorios policiales in situ en el momento de la intervención. En ese mismo sentido resuelve la Corte Suprema en el Recurso de Nulidad 197-2016, Lima<sup>419</sup>.

418 Police Executive Research Forum. *A National Survey of Eyewitness Identification Procedures in Law Enforcement Agencies*, 2014, pp.103-104.

419 En el Recurso de Nulidad 197-2016, Lima. (F. J. 10) La Sala Penal Transitoria cita el numeral 1 del artículo 189 del Código Procesal Penal de 2004 y señala que se encuentra precisado el procedimiento a seguir en los reconocimientos físicos: (...) Quien lo realiza, **previamente describe a la persona aludida. Acto seguido**, se le pondrá a la vista junto con otras de aspecto exterior semejantes (...) En estas condiciones, el "reconocimiento" de los acusados realizado en el interior del interrogatorio policial del agraviado y su enamorada, Luz Josselin Ramos Cisneros no está dotado de la debida seriedad, y como tal, no debe ser tomado en cuenta para el conuencimiento judicial.

## 5 PASOS DEL RECONOCIMIENTO EN RUEDA DE PERSONAS

(Código Procesal Penal y Protocolo Interinstitucional Específico de Reconocimiento)



La norma es clara en requerir un aspecto cualitativo sobre las personas que integran la rueda de reconocimiento, de manera que, entre estas deben guardar similitud sobre sus características físicas. Empero, existe un vacío sobre el aspecto cuantitativo tal como se reconoce en la Casación 1326-2018, Ica; cuando se expresa que la ley no exige un número determinado de las personas que han de integrar la rueda<sup>420</sup>.

El reconocimiento debe darse con presencia del representante del Ministerio Público y del abogado defensor que asiste al detenido o caso contrario, con presencia del juez de investigación preparatoria ante la ausencia del letrado. Ahora bien, los sujetos antes mencionados deben velar por impedir que, sobre el agraviado o testigo, recaigan cualquier tipo de sugerencias, presiones, sesgos o indicaciones para que vincule a la persona detenida.

El término **multiplicidad de reconocimientos**, debe entender en dos sentidos: i) multiplicidad de procesados y ii) multiplicidad de personas que harán el reconocimiento. Respecto al primer caso, el protocolo señala que quien hará el reconocimiento de varias personas puede hacerlo en un solo acto. Sin embargo, en caso esto último afecte el derecho de defensa de alguno de los imputados, puede realizarse una diligencia por cada persona a reconocer. Sin embargo, se mantiene la unidad de acta de reconocimiento al final. En cuanto al segundo caso, el personal policial debe garantizar que cada reconocimiento se practique por separado, así como impedir que se comuniquen entre sí, de manera que, al término de estos múltiples reconocimientos, cada uno de estos conste en un acta aparte.

420 Al respecto, la Corte Suprema en la Casación 1326-2018, Ica. (F. J. 4) reconoce el vacío sobre la determinación de cuántas personas integran la rueda de personas pero el argumento es invocado para señalar que la rueda haya sido integrado por personal policial, esto último tiene bastante respaldo en pronunciamientos jurisprudenciales cuando indican que no se le resta validez al acta de reconocimiento a pesar que la rueda de personas haya sido integrada por efectivos policiales en tanto y en cuanto esta se haya llevado a cabo, con ajuste a los demás requisitos ya desarrollados en el presente artículo.

## 2.1. Formalidad de la descripción previa

La descripción previa, se denomina así, precisamente porque debe hacerse antes de colocar la rueda de personas ante la vista de los testigos. Pese a esto, existen distintas posturas en cuanto a querer hacer valer una declaración anterior y así omitir este paso en la diligencia de reconocimiento en rueda, entendiéndose erróneamente que cualquier descripción dada inclusive en sede policial o al momento de denunciar, es válida para completar este requisito previo. Al respecto, una lectura del protocolo nos permite afirmar que la descripción previa y válida es aquella que se realiza luego de la instalación, esto es, **después** de verificar la concurrencia de los sujetos necesarios para dar inicio al procedimiento y **antes** de la exhibición en rueda. Lo señalado asegura de mejor manera la espontaneidad del reconocimiento y mayor control de su formalidad. Tanto más si en el paso número 02 del Protocolo<sup>421</sup>, nos indica en su párrafo final lo siguiente: *las descripciones que se efectúen deben detallarse en el acta de reconocimiento*. De manera que, debe entenderse como un momento temporal en secuencia. Así, el efectivo policial a cargo debe dejar constancia de la descripción previa en el acta ulterior. Respecto al nivel de detalle en la descripción mencionada, esta no puede ser genérica, de lo contrario resultará la invalidez del acta de reconocimiento. Al respecto, la Corte Suprema se pronunció recientemente en el Recurso de Nulidad 780-2020, Lima Sur, del cual se destaca lo siguiente<sup>422</sup> *"la agraviada (...) de manera genérica, sólo aludió a que estos eran de tez morena, de dieciocho a veinte años aproximadamente y de contextura delgada. (...) En consecuencia, se evidencia que no se realizó una debida diligencia de reconocimiento físico y, por lo tanto, menos aún puede meritarse en perjuicio del encausado"*.

Ahora bien, respecto a la naturaleza de este procedimiento, la lectura del protocolo y de la norma procesal, nos permite afirmar que no debería permitirse un segundo contacto visual antes de la diligencia de reconocimiento por parte del agraviado o testigo hacia el acusado, pues lo contrario, generaría un vicio en la naturaleza de la actividad de recuerdo e individualización libre de sesgos y presiones. Sin embargo, no podemos omitir las situaciones fortuitas, como así se señala en el pronunciamiento jurisprudencial recaído en la Casación 1148-2018, Puno, el cual versa sobre el cuestionamiento a la validez de una acta de reconocimiento de persona, siendo el argumento de la defensa impugnante que el agraviado ya había tenido un segundo contacto visual con el acusado en la localidad de Sandía, este segundo contacto se dio en fecha posterior a los hechos delictivos y anterior al reconocimiento; empero,

421 Decreto Supremo N° 010-2018-JUS Protocolo de actuación interinstitucional específico de reconocimientos. Consultado en: <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1526234/PROTOS-DE-ACTUACION-INTERINSTITUCIONAL-VERSI-C3%93N-FINAL%20%281%29.pdf>

422 Se resuelve así en el Recurso de Nulidad 780-2020, Lima Sur (F. J. 10°) En lo que respecta a los dos actos de reconocimiento físico, se advierte lo siguiente: i) la agraviada Barrionuevo Hurtado, quien siguió al procesado luego del robo, cuando describió las características de los seis sujetos, de manera genérica, sólo aludió a que estos eran de tez morena, de dieciocho a veinte años aproximadamente y de contextura delgada. Igualmente, el agraviado Félix Yañac mencionó las mismas características; ii) cuando se iba a realizar la diligencia de reconocimiento, solo se puso a la vista a dos personas de edades diferentes (dieciocho —procesado— y veintiocho años), de modo que sus características fisonómicas no serían semejantes; iii) no participó el abogado defensor —público o privado— del procesado, y iv) no se dejó constancia de que la persona reconocida —procesado— tenía las mismas características que las descritas por los agraviados. En consecuencia, se evidencia que no se realizó una debida diligencia de reconocimiento físico y, por lo tanto, menos aún puede meritarse en perjuicio del encausado.

ello resultó ser de manera circunstancial y no inducido o provocado por un accionar policial indebido, por ende no se invalidó el acta de reconocimiento<sup>423</sup>.

En ese orden de ideas, lo que no puede entenderse ni permitirse como hecho circunstancial es cuando los efectivos policiales no toman las medidas del caso para evitar que se produzca este segundo contacto, tal como se da, cuando los detenidos son trasladados con marrocas y se les hace tomar asiento en un lugar fácilmente observable por la víctima o el testigo que ingresa a la comisaría; estos últimos luego de ver las características físicas de una persona sentada en tales condiciones, lógicamente volverán a sindicarlo al mismo sujeto enmarcado durante la rueda de reconocimiento, tornándose esta diligencia en mero trámite y sin el valor con el que debe contar una individualización espontánea y conforme al protocolo.

Lo señalado puede denominarse como una forma de **sugestión omisiva** —pues los efectivos policiales no evitan que se produzca un contacto visual hacia el investigado antes de que se realice el reconocimiento— este accionar evidentemente crea un sesgo en el testigo o agraviado, aunado a lo anterior, tampoco puede ser tratado como circunstancial todo acto de **sugestión comisiva**, esto es, las irregularidades de la función policial, por ejemplo, cuando el efectivo, durante un reconocimiento fotográfico, de manera adrede muestra la foto contenida en la ficha RENIEC que corresponde al procesado antes de un reconocimiento o cuando este enfatiza innecesariamente que debe apuntar dicha foto antes del reconocimiento; son estas y otras problemáticas que se suscitan en la práctica, generan problemas y reclaman que a la par de exigir una defensa eficaz (reacción debida de la defensa técnica), se sume también una correcta ejecución del procedimiento por parte de la institución policial a cargo, antes y durante el reconocimiento.

## 2.2. Validez de identificación fotográfica

Cuando el autor de un hecho delictivo no es conocido, o cuando hay dudas sobre la identidad del mismo, la actividad policial de investigación puede conducir, entre otras posibles actuaciones, a procurar una identificación a través de fotografías, estas fotografías serán reconocidas por quienes vieron al ejecutor o a los ejecutores del hecho delictivo; este se conoce como reconocimiento fotográfico<sup>424</sup>. Así pues, de resultar positivo el resultado de la identificación, su valor probatorio puede ratificarse durante el juicio oral.

La norma procesal es clara en cuanto a primero agotar las posibilidades de ubicación y traslado del investigado para que pueda ser sometido a un reconocimiento físico, es decir, si lo anterior resulta inviable recién podrá realizarse un reconocimiento mediante fotografías.

423 En la Casación 1148-2018, Puno (F. J. 11 ° .2) la Corte Suprema señala que, si el agraviado vio al acusado antes del reconocimiento en rueda, ello no invalida su valor probatorio en la medida que este suceso haya sido circunstancial y no provocado. De suerte que, en el caso en concreto, la población es reducida y es factible volver a ver.

424 Rosas Yataco, Jorge. La prueba en el proceso penal. Lima: Legales. 2016, p.842.

Para la realización de este reconocimiento fotográfico, los requisitos de validez que debe tener son muy idénticos que los requeridos para el reconocimiento en rueda física: *i) debe llevarse a cabo en sede policial con presencia del Fiscal, ii) debe incluirse varias fotos (se mostraron 6 en este caso) fotografías, y iii) debe darse en condiciones en las que quien reconoció no fue objeto de sugerencias, presiones o indicaciones para que vincule al imputado*<sup>425</sup>. Hasta aquí lo expuesto, *contrario sensu*, podemos identificar una serie de inconductas e irregularidades que no deben ocurrir: *i) mostrar fotografías del investigado a la persona que hará el reconocimiento sin previamente solicitarle describir sus rasgos físicos ii) no colocar a la vista del testigo fotos de personas con similares características a las del investigado, y iii) colocar a la vista del testigo o agraviado, de manera anticipada y extra protocolar. Sobre esto, la Corte Suprema señala las omisiones a tomar en cuenta para estimar que la identificación fotográfica no es fiable*<sup>426</sup>.

### 3. Litigación en rueda de reconocimiento

Sobre lo tratado hasta el momento, qué duda cabe del valor de esta prueba de cargo y su trascendencia a lo largo del proceso penal, por ello, es necesario detenernos en las impugnaciones (durante) y las solicitudes de exclusión (ex post) que puedan ser invocadas por el litigante que advierte una irregularidad procedimental, para esto, el CPP faculta al litigante a adoptar las siguientes medidas.

En cuanto al momento impugnatorio durante la realización del reconocimiento, el litigante puede solicitar que no se lleve a cabo el mismo hasta que no se aseguren las condiciones preestablecidas, esto si por ejemplo, se infringe con el requisito previo (descripción previa) o se advierte cualquier otra infracción sobre el procedimiento normado en el CPP y en el protocolo ya expuesto; en caso no sea atendido su reclamo y el reconocimiento concluya, puede invocar su solicitud de exclusión mediante la figura procesal denominada tutela de derechos.

Respecto a la tutela de derechos, recordemos que esta institución se encuentra consagrada en el Art. 71° del Código Procesal Penal y además está avalada con todo un bloque normativo, desde el art. 139° de nuestra Constitución Política, el art. 11° de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el art. 14° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como el inciso 2 del art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Sin embargo, la tutela de derechos es de carácter accesoria o residual, pues únicamente procede si el legislador no ha establecido específicamente el procedimiento a seguir para discutir dicha afectación, en otras palabras, toda actuación que vulnere derechos del imputado pero que tengan vía propia reconocida en el CPP no puede pretender ser conocida en una audiencia de tutela de derechos<sup>427</sup>.

425 Sobre tres requisitos para determinar la fiabilidad del reconocimiento fotográfico. Recurso de Nulidad 1473-2014, Madre de Dios (F. J. 4°).

426 Recurso de Nulidad 593-2018, Lima Este (F. J.: 18 ° .2) Así, como se observa a foja treinta y tres, la citada testigo no fue capaz de precisar las características físicas del autor material del evento delictivo; solo logró observar que era de estatura baja y de tez trigueña, pues se cubría la cabeza con la capucha de su casaca. Cuando acudió a la etapa de instrucción, se le puso a la vista la fotografía del encausado Zapata Sánchez, sin previamente solicitarle otorgar los rasgos físicos del sujeto activo ni colocar la ficha Reniec del sospechoso junto con otras de similares características, para garantizar la fiabilidad de este tipo de identificación (véase a foja trescientos cuarenta y seis).

427 Sobre la extensión para su procedibilidad y límites, vid. VALDERRAMA, Diego. ¿Qué es la tutela de derechos?, 2021.

Sobre la idoneidad de interponer una tutela de derechos para lograr la exclusión del reconocimiento en rueda de personas, citamos el reciente pronunciamiento jurisdiccional que se encuentra recaído en la Resolución 3° del expediente 4627-2020-3, Lima Este<sup>428</sup>; mismo que consignó válida la interposición de la tutela de derechos conforme lo prescribe el art. 71.4 del CPP y terminó resolviendo a favor de la defensa en el sentido de excluir el reconocimiento en rueda de personas pues el agraviado habría incumplido con efectuar la descripción previamente establecida.

En cuanto a la oportunidad para que la defensa pida interrumpir el reconocimiento o solicite su exclusión vía tutela de derechos una vez terminado, el hecho que este momento procesal se haya dejado pasar por parte de la defensa técnica (omisión de la reacción por parte del litigante) no puede ser motivo para que el representante del Ministerio Público alegue que: como la defensa estuvo presente pero no reaccionó ni objetó en ningún momento del reconocimiento en rueda de personas, más aún si esta diligencia llegó a su fin con la emisión del acta correspondiente, toda irregularidad debe convalidarse. Lo dicho es un craso error en el razonamiento jurídico y la interpretación sistemática de nuestra normal procesal penal.

Al respecto, recordemos que no basta la presencia de un abogado defensor para asegurar que el derecho a la defensa de un imputado se satisfizo plenamente, sino que, esta defensa además debe ser **eficaz**<sup>429</sup>. En ese sentido, ya sea parte de la estrategia de litigio (solicitar su exclusión de manera posterior) o con motivo de un cambio de abogado defensor (la nueva defensa advierte irregularidades graves en el acta de reconocimiento expedida), se mantendrá incólume la posibilidad de plantear la exclusión de un acta de reconocimiento inuálida.

Por tanto, ante la inacción de la defensa no puede pretenderse una convalidación de actos procesales que afecten los derechos constitucionales del imputado durante el proceso, tanto más si la exclusión que señalamos también puede ser determinada de oficio por el propio fiscal mediante una disposición suya<sup>430</sup>, recordemos, la función fiscal

---

Consultado en: <https://lpderecho.pe/tutela-derechos-proceso-penal/>, con fecha 11 de mayo de 2022.

- 428 De este modo, Resolución 3°. Expediente 4627-2020-3, Lima Este (F. 7°-2) se deja constancia de la participación de la representante del Ministerio Público vía WhatsApp, luego de lo cual se pregunta a la persona que va a reconocer si requiere la presencia de su abogado obteniendo respuesta negativa, para en la segunda pregunta indicarle que precise si las personas que se le pone a vista que responden a los nombres (...) son los que participaron en el robo ocurrido el 09 de febrero del 2020 a las 4.30 horas; de lo que se evidencia que al momento de efectuar el reconocimiento físico de persona se ha incumplido lo previsto por el artículo 189 del Código Procesal Penal, así como lo dispuesto en el Protocolo(...). Consultado en: <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2021/04/Expediente-4627-2020-3-LP.pdf>, con fecha 11 de mayo de 2022.
- 429 Así, Recurso de Nulidad 1432-2018, Lima (F.J. 10°) señala que existen 6 supuestos para la identificación de una defensa ineficaz: a) no desplegar una mínima actividad probatoria; b) inactividad argumentativa a favor de los intereses del imputado; c) carencia de conocimiento técnico jurídico del proceso penal; d) falta de interposición de recursos en detrimento de los derechos del imputado; e) indebida fundamentación de los recursos interpuestos; y f) abandono de la defensa.
- 430 Disposición Fiscal 3° de la Carpeta Fiscal 1306014502-2018-678-0 (F. 5°) - Como puede advertirse en las diligencias de reconocimiento en rueda no se habría cumplido con lo establecido en el artículo 189° del Código Procesal Penal, esto es la participación de personas de semejante característica física al de los imputados, debiéndose precisar que en las diligencias de reconocimiento en rueda de prensa no hubo ninguna objeción por parte de la defensa técnica de los imputados, el Ministerio Público debe actuar como defensor de la legalidad. Parte decisoria: Por las consideraciones expuestas precedentemente (...) De oficio excluir los actos de investigación consistentes en las actas de reconocimiento en rueda (...). Consultado en: <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2021/09/Carpeta-Fiscal-1306014502-2018-678-LPDerecho.pdf>, con fecha 12 de mayo de 2022.

no se reduce a ser un mero persecutor del delito, sino que su función trasciende a ser garante de la legalidad sobre las diligencias que dispone.

#### 4. Psicología del testimonio aplicada al reconocimiento ocular

La psicología del testimonio trata sobre la percepción y la memoria, precisamente de los testigos. Asimismo, podemos entender por psicología del testimonio al conjunto de conocimientos sobre los recuerdos de las personas que presenciaron hechos delictivos, cuya percepción —testimonios prestados— tiene base en su memoria, la cual, es estudiada en cuanto a su exactitud y credibilidad<sup>431</sup>. Ahora bien, la memoria para los efectos de llevar a cabo reconocimientos se desarrolla en tres procesos diversos: i) la codificación (que corresponde al registro y retención inicial de los datos de un rostro percibido), ii) el almacenamiento (en el que se guardan o almacenan a más largo aliento los datos codificados), y iii) la recuperación (proceso en que se accede a la información almacenada de manera consciente y ella es usada para tomar decisiones y guiar comportamientos)<sup>432</sup>.

Esta misma literatura ha descrito que la memoria puede verse afectada o distorsionada en cada uno de los procesos por diversos factores que tienen un impacto directo en la precisión de un reconocimiento posterior. Para efectos prácticos clasificaremos estos en **factores intrínsecos** y **factores extrínsecos**. En cuanto a lo intrínseco, son las circunstancias en las que la víctima o el testigo percibió los hechos, siendo que sus sentidos durante tal momento deben de ser valorados, por ejemplo: la distancia y luminosidad que había al momento de la percepción, el tiempo de duración de la percepción, la presencia o no de un arma, el estado de shock de la persona, entre otros; son factores importantes que no muchas veces son sometidos a contradicción por el litigante con miras al juicio oral. Los pronunciamientos jurisdiccionales no son ajenos a estos factores, así pues, encontramos jurisprudencia que los identifica al momento de valorar la confiabilidad y precisión del reconocimiento ocular respectivo.

En cuanto a la temporalidad como rango máximo de tiempo para realizar el reconocimiento —el cual tampoco se encuentra taxativamente señalado en norma procesal o protocolo— encontramos pronunciamientos jurisdiccionales impares. Así, por un lado, ante la incertidumbre por identificar a la persona del imputado, se recomienda realizar el reconocimiento lo más antes posible después de cometido el hecho delictivo, con esto, se evita un cambio en la apariencia del autor, así como probables distorsiones en la memoria o recuerdo del testigo como consecuencia del transcurso del tiempo<sup>433</sup>. Por

431 SOLETO, Helena. La identificación del imputado: Rueda, fotos, ADN...de los métodos basados en la percepción a la prueba científica. España: Tirant lo Blanch. 2009, p.59.

432 GONZÁLEZ, José Luis, *Avances en Psicología del Testimonio*, Santiago: Ediciones Jurídicas de Santiago, 2013, pp. 83-90.

433 Casación 03-2007, Huaura. (F. J. 8°) Se cuestiona la corrección jurídica del reconocimiento realizado por la menor agraviada porque no se cumplió el artículo 189 del Código Procesal Penal. Si bien no se trató propiamente, de un reconocimiento en rueda, y aún cuando es de entender que el reconocimiento es —por su propia naturaleza de identificación de la persona del imputado cuando no se sabe con certidumbre quién es— una diligencia sumarial de carácter preconstituido que se debe realizar inmediatamente de cometido el hecho, es de resaltar que el imputado era conocido por la agraviada y los testigos de cargo, y que el examen probatorio que se llevó a cabo no descansa únicamente en la diligencia de reconocimiento. Su carácter es subsidiario si existen otras medidas de identificación, en tanto corren en autos otras fuentes de prueba ya incorporadas a través de las testificales antes anotadas, revela la falta de necesidad de su actuación cuando se conoce quién es el imputado.

otro lado, una razón más para practicar el reconocimiento con un criterio de temporalidad más próximo a la fecha de los hechos delictivos se daría para así evitar que ocurran influencias ilícitas sobre el agraviado o testigo.

Sin embargo, llama la atención una reciente jurisprudencia recaída en el Recurso de Nulidad 641-2018, El Santa; en la que se señala que un reconocimiento efectuado 13 años después de la comisión de hechos delictivos, no es usual ni indebida. Esto se debe pues a que los resultados de un reconocimiento no son la piedra angular del proceso penal, una mirada integral de nuestro sistema nos permite afirmar que existen también otros medios de identificación y prueba para poder esclarecer los hechos delictivos, como por ejemplo *“los métodos antropométricos o reconocimiento antropométrico, como las diligencias de reconocimiento dactiloscópicas, las intervenciones corporales, a través de las cuales se puede averiguar el código genético del autor del delito”*<sup>434</sup>; estos otros medios pueden determinar al imputado junto con otros de orden periférico. Por tal razón, el acta de reconocimiento en la jurisprudencia mencionada no se invalida a pesar de la cantidad de años transcurridos pues *“las impresiones de un evento traumático pueden quedar grabados en la memoria muchos años”*<sup>435</sup>.

Si bien el acta de reconocimiento empleado en la jurisprudencia citada fue avalada por otros medios de prueba, es importante asumir este caso como una excepcionalidad, pues no es recomendable afirmar a ciencia cierta que un hecho traumático se impregne de manera indeleble e intacta en la memoria, no podemos desconocer los alcances modernos del razonamiento probatorio en cuanto a la psicología del testimonio, por ejemplo, un estado de shock impide recuerdos lúcidos, justamente por tratarse de un estado en el que los sentidos de una persona no se encuentran en un ejercicio normal, lo que puede afectar que vuelva a identificar plenamente a una persona a la cual observó por primera vez.

Esto último se agrava en el caso de multiplicidad de agentes activos, en cuyo caso *“a medida que aumenta el número de agresores disminuye la exactitud del testigo”*<sup>436</sup>. Esto cobra sentido frente a situaciones en las que la víctima es apuntada con el cañón de un arma de fuego de manera directa y en la frente, por ende, la víctima asienta su atención y su mirada en los rasgos de sólo uno durante este estado de shock, lo que puede determinar que, en escenarios como este u otros, en caso de pluralidad de agentes, solo se pueda dar rasgos específicos o pormenorizados respecto de uno y únicamente generales respecto de los demás. Al estar presentes varios rostros y el testigo poseer recursos atencionales limitados, necesariamente el rendimiento se resiente porque hay que dividir esos recursos finitos entre las distintas caras presentes, a diferencia de cuando solo hay que atender a un único rostro<sup>437</sup>.

434 NEYRA FLORES, José. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Lima: Idemsa. 2015, p.555.

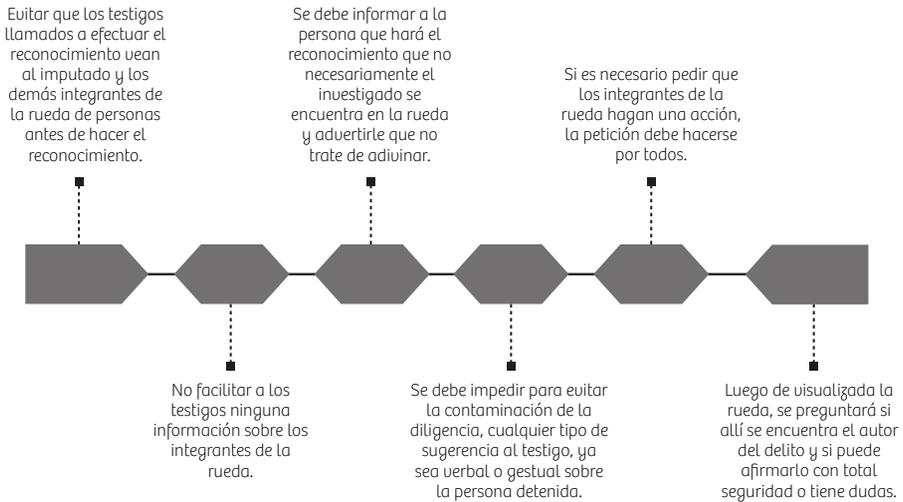
435 En ese sentido resuelve la Corte Suprema en el Recurso de Nulidad 641-2018, El Santa. (F. J. 4°) Que, si bien Silva Álvarez se negó a declarar y guardó silencio, la sindicación de Ferrer Polo –prestada en sede preliminar con el concurso del Fiscal y en sede sumarial– y la identificación del agraviado Rodríguez Pineda constituyen prueba plural, fiable y suficiente para enervar la presunción constitucional de inocencia. Es verdad que pasaron cerca de trece años luego de la comisión del robo, pero el agraviado al ver al imputado lo identificó, lo que no se puede estimar inusual o indebido –las impresiones de una experiencia traumática pueden quedar grabadas en la memoria de la víctima muchísimos años– (...).

436 DIGES, Margarita. *La prueba de identificación desde la psicología del testimonio*. Madrid: Marcial Pons, 2014, p 36.

437 DIGES, Margarita. Ob.cit, p 36.

En cuanto a los **factores extrínsecos** que impactan sobre la confiabilidad de un reconocimiento ocular, hacemos referencia a la intervención del sistema penal que lleva adelante los procesos de reconocimiento mediante su aparato estatal “por ejemplo, el lenguaje usado por los funcionarios que administran el procedimiento; la entrega de información previa o posterior a la persona que realiza el reconocimiento por parte de los funcionarios; la forma en que se diseñan y componen las ruedas; entre otras”<sup>438</sup>. Ante esto, un factor de suma importancia para reducir los factores extrínsecos, son las instrucciones que se le proporcionen a la víctima o testigo al momento de iniciar el reconocimiento, para esto, compartimos el siguiente gráfico a partir de las recomendaciones de Diges Margarita y Mira José<sup>439</sup>.

### RECOMENDACIONES PARA LA FIABILIDAD DEL RECONOCIMIENTO desde la óptica de la psicología del testimonio



Nos damos cuenta, que estos factores extrínsecos son aquellos que sí dependen del sistema de justicia penal y que, por lo mismo, pueden ser controlados a través de políticas para frenar las prácticas que interfieren negativamente con los procesos de memoria de la persona que debe practicar el reconocimiento. Por tanto, es necesario abocarnos a las condenas erradas a continuación.

438 MORENO HOLMAN, Leonardo. *Algunas consideraciones sobre el funcionamiento de la Reforma Procesal Penal*. Chile: Thomson Reuters. 2013 pp. 84.

439 DIGES, Margarita y MIRA, José. *La identificación de personas por parte de testigos y víctimas: medidas de imparcialidad*” En: Justicia, 1988, vol. II, p. 674 citado por MORALES, Ana y WEISCH, Gherman. El reconocimiento de imputados en Chile y a nivel comparado. Chile: Fundación paz ciudadana, 2011, p.22 Consultado en: <http://www.proyecto100centos.cl/resources/upload/files/documento/a6509b2c51d64498d0e801dbf2f0644f.pdf> con fecha 15 de mayo de 2022.

## 5. Reconocimiento en rueda de personas y condenas erradas

### 5.1. Condenas erradas - *Wrongful convictions*

Al inicio del presente trabajo se hizo mención a la corriente criminalística norteamericana y su influencia en la adopción de los reconocimientos oculares como parte del proceso penal. Así pues, la literatura comparada ha llegado a un fuerte consenso respecto a que los reconocimientos visuales son menos confiables de lo que se estima y, por lo mismo, constituyen el principal factor que explica la condena de inocentes<sup>440</sup>. De esta manera, se da cuenta de los importantes riesgos que tiene para el funcionamiento del sistema de justicia criminal el uso de este tipo de diligencias que no cumplan con las formalidades procedimentalmente requeridas.

En cuanto a la confiabilidad y precisión de los reconocimientos, los resultados de investigaciones aplicadas a la realidad norteamericana —de la cual importamos la práctica de los reconocimientos oculares— nos dan mayores luces para lograr hacernos una idea sobre la necesidad de adoptar lineamientos en favor de nuestro sistema procesal peruano. Es así, como a pesar de contar con instituciones policiales que dan mayor capacitación a sus efectivos policiales y mayor desarrollo infraestructural, recientes investigaciones establecen un porcentaje de identificaciones erróneas y, por lo mismo, conducen tanto a los órganos de persecución penal como a los tribunales a tomar decisiones equivocadas.

El análisis tomó como muestra Estados Unidos e Inglaterra, sobre la base de revisión de procedimientos de rueda en casos reales, da cuenta de resultados muy consistentes donde en promedio en un 21% de los casos se escoge a una persona que integra la rueda en calidad de “cebo” o “relleno”, es decir, que se sabe es inocente (lo que se denomina como un “falso positivo”)<sup>441</sup>.

Las estadísticas presentadas resultan lógicamente impactantes para quienes consideran que los reconocimientos son el producto de un ejercicio relativamente sencillo de comparación entre imágenes anteriormente percibidas y que al tiempo del reconocimiento vuelven a ser proyectadas, razón por la que debiera ser bastante confiable la rueda de personas o fotográfica en cuanto a sus resultados, lamentablemente, nuestra memoria no funciona de esta forma y eso se refleja en las estadísticas de error citadas anteriormente.

Un sistema penal más cercano al nuestro y con evidentes matices en cuanto a reconocimientos es el caso de Chile, sobre esto, en 2017 Mauricio Duce realizó una investigación sobre reconocimientos oculares a partir de resultados basados en

440 FINDLEY, Keith. *Learning from our mistakes: a criminal justice commission to study wrongful convictions*. En: California Western Law Review. Vol. 38 N.º 2, 2002, p. 333. Citando a Borchard, Edward. *Convicting the innocent: sixty five actual errors in criminal justice*. Yale University Press. 1932. Consultado en: [https://media.law.wisc.edu/m/jc2nj/findley\\_cal\\_western\\_article.pdf](https://media.law.wisc.edu/m/jc2nj/findley_cal_western_article.pdf), con fecha 16 de mayo de 2022.

441 SMALARZ, Laura. *Why do motions to suppress suggestive eyewitness identifications fail?*, Washington D.C.: American Psychological Association, 2012, p. 174. Consultado en: [https://www.researchgate.net/publication/260990790\\_Why\\_do\\_motions\\_to\\_suppress\\_suggestive\\_eyewitness\\_identifications\\_fail](https://www.researchgate.net/publication/260990790_Why_do_motions_to_suppress_suggestive_eyewitness_identifications_fail), con fecha 17 de mayo de 2022.

empírica<sup>442</sup> entre uno de sus principales aportes se encuentra la información obtenida a partir de la muestra conformada por distintos operadores jurídicos (abogados defensores, jueces, fiscales) quienes en su mayoría cuestionaron la real espontaneidad del procedimiento en la práctica, por ejemplo un juez del Tribunal Oral en lo Penal (TOP) indicó que *“la verdad es que la práctica nos ha enseñado que carabineros los lleva a propósito cerca de donde está la víctima para que esta diga [oiga, esos son]”*. Un defensor manifestó que *“(…) espontáneamente la víctima reconoce al imputado mientras lo ve bajando del furgón llegando a la comisaría”*; otro defensor en similar sentido: *“tienen al tipo haciéndole un control de identidad en la comisaría, llega la víctima para reconocer y lo mira mientras estaba sentado en el escritorio de funcionarios de los carabineros”*.

Respecto al reconocimiento fotográfico y su cuestionamiento en juicio oral<sup>443</sup>, un juez del Tribunal Oral en lo Penal (TOP) respondió: *“(…) según ellos incorporan rostros similares de personas, uno se da cuenta con el contrainterrogatorio que no es así, de hecho, hemos tenido juicios en los que se ha autorizado —porque viene como prueba de la defensa— el set fotográfico y uno lo compara y se da cuenta que las personas no tienen las mismas características.”* Otra práctica identificada, esta vez por un Juez de Garantías entrevistado fue que no siempre la víctima o testigo se encuentra separada de otras víctimas y testigos al momento de practicar la identificación. *“Esto constituye un evidente riesgo ya que la elección de un sospechoso puede estar contaminada por la identificación que ya se ha realizado previamente y que se ha presenciado (...) una de las víctimas decía que cuando le habían exhibido en el computador las fotografías el otro testigo estaba atrás...”*.

Así pues, nos damos cuenta que la memoria no es una cámara que registra de manera precisa los eventos que percibimos en un disco y que luego puede ser revisado en el futuro, sino que, es necesario en ciertos casos, emplear un segundo tamiz valorativo denominado psicología del testimonio sobre la persona que realiza un reconocimiento; aunado a lo anterior, las causas que generan condenas erradas en torno a los reconocimientos oculares también lo son una defensa ineficaz, una indebida labor policial institucional y vacíos detectados en la norma protocolar que conllevan a este tipo de sentencias condenatorias.

442 DUCE, Mauricio. *“Reconocimientos oculares: una aproximación empírica a su funcionamiento y algunas recomendaciones para su mejora”*. En: Política Criminal. Vol. 12, N.º 23, 2017, pp. 326-327. Consultado en <https://scielo.conicyt.cl/pdf/politcrim/v12n23/art09.pdf>, con fecha 16 de mayo de 2022.

443 Similares cuestionamientos sobre el reconocimiento fotográfico. DUCE, Mauricio. Ob. Cit., p.337 y p.342.

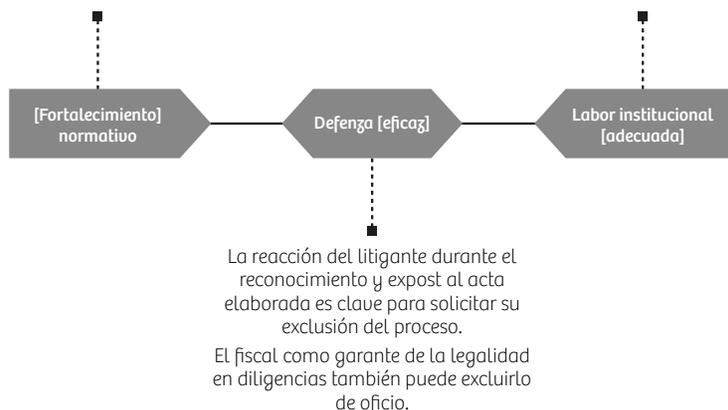
## LINEAMIENTOS PARA EVITAR CONDENAS ERRADAS en torno al reconocimiento en rueda de personas

El protocolo presenta vacíos tales como la omisión en cuanto a la cantidad de personas que deben integrar la rueda de reconocimiento.

La interpretación sobre vacíos no cubiertos da lugar a múltiples criterios jurisprudenciales no similares entre sí.

Capacitación al personal policial para extinguir las prácticas que sugestionan a la persona que hace el reconocimiento.

Es necesaria una infraestructura adecuada para evitar que el agraviado o testigo vea al detenido momentos antes del reconocimiento.



### 5.2. Jurisprudencia sobre valoración del reconocimiento ocular

Finalmente, es importante tener en cuenta que el proceso penal no gira alrededor de los resultados del reconocimiento ocular, puesto que a este medio de prueba, se adiciona un conglomerado de otros medios probatorios que serán valorados de forma conjunta por el juzgador; por tanto, lo desarrollado hasta el momento servirá definitivamente para alcanzar una visión más crítica sobre los reconocimientos oculares sin dejar de lado los pronunciamientos jurisdiccionales ya expedidos, esto para no omitir lo que acontece en nuestra realidad nacional y darnos cuenta además, sobre cómo desde nuestras problemáticas para ejecutar instituciones procesales importadas, los órganos jurisdiccionales resuelven cada caso en particular.

Sea como fuere, no basta el cumplimiento de la formalidad del reconocimiento, ni que tampoco logre un estándar de credibilidad subjetiva, sino que, cuando el reconocimiento se trate de la prueba estelar de fiscalía —única que vincula al investigado— dicha prueba debe de ser reforzada con datos periféricos que lo corroboren, indicios, reglas de la lógica o máximas de la experiencia, así como también es valorable conocer con cuánta posterioridad se realizó el acta de reconocimiento. En esa línea de ideas resuelve el Recurso de Nulidad 2062-2016, Ica<sup>444</sup>, al señalar que un

444 Sobre un caso de violación: Recurso de Nulidad 2062, Ica. (F.J. 15°) De la valoración conjunta del acervo probatorio se advierte que los hechos ocurrieron el seis de diciembre de dos mil siete, y al cabo de más de siete meses, esto es, el veintiocho de julio de dos mil ocho, la menor A. E. C. S. participa del reconocimiento fotográfico, donde señala que el sujeto de la foto número tres es quien intentó violarla, siendo este el acusado Luis Alberto Tasayco Martínez. Es esta diligencia la única que vincula al acusado con los hechos; en consecuencia, un reconocimiento

acta de reconocimiento, por sí solo, no puede sustentar una sentencia condenatoria, más aún si se practicó 7 meses después de los hechos delictivos.

En otro ejemplo la Corte Suprema<sup>445</sup> señala que la naturaleza procesal de un reconocimiento fotográfico es únicamente provisional y accesorio, pues su finalidad es poder acrecentar una sospecha inicial y continuar con el séquito de las investigaciones, no para considerarla prueba de cargo idónea por sí sola para motivar una condena.

## 6. Comentarios finales

El reconocimiento en rueda de personas es una institución procesal ya abordada en el Código de Procedimientos Penales pero que es retomada por el Código Procesal Penal, la implementación de este último reclama un mayor involucramiento por parte de los operadores jurídicos y el sistema penal, así, la interpretación para su correcto procedimiento requiere tomar como ejes no sólo la norma procesal del Código mencionado, sino también, el Protocolo de actuación interinstitucional, ambos delimitan pautas y alcances que deben ser entendidos desde una visión sistemática de nuestro nuevo proceso penal, sólo ello nos permitirá reconocer situaciones para la exclusión de un acta de reconocimiento cuya incorporación al proceso afectaría los derechos del procesado, exclusión que inclusive puede darse de oficio por parte del fiscal. Así mismo, una interpretación sistemática nos sirve para proponer un fortalecimiento institucional, tanto protocolar como infraestructural en nuestro sistema penal, ello para reducir las prácticas de sugestión al momento de un reconocimiento que únicamente persigue sentar a como dé lugar a alguien sobre el banquillo del acusado. Finalmente, en la medida que este medio de prueba pueda ser valorado más allá del cumplimiento cabal de su formalidad preestablecida, sino también desde la óptica de la psicología del testimonio, podrá enriquecerse el debate en cuanto a la utilidad de su aporte a la investigación, la cual, debe ser valorada conjuntamente con otros medios probatorios en el regular ejercicio del razonamiento probatorio.

---

en las circunstancias descritas no puede sustentar una sentencia condenatoria.

445 Recurso de Nulidad 1899-2014, Ayacucho. (F.J. 5) Sin embargo, dicha diligencia preliminar sobre la que, casi solidariamente, se estructura la imputación típica contra el procesado, no deja de ser un acto de investigación y no un acto de prueba. Así, respecto a la naturaleza de esta diligencia se debe puntualizar que el reconocimiento fotográfico consiste en la selección, que efectúan los testigos presenciales o agraviados, de una imagen que consideren corresponda –o más se asemeje– a la del presunto autor del ilícito que presenciaron, que se encuentran contenidas en un álbum o una serie de fotografías de presuntos delincuentes conocidos que, por su modus operandi, pueden ser sospechosos de haber cometido el delito que se persigue, si bien constituye una actividad legítima –de iniciación de la investigación– orientada a la identificación del presunto autor, no pasa de ser una técnica de investigación habitual de imprescindible empleo en todos los casos en los que se desconoce la identidad del autor del hecho punible, dirigiéndose contra la concreta persona reconocida, cuyo valor es de naturaleza procesal, por lo que no constituye por sí sola una prueba idónea para enervar la presunción de inocencia; pues resulta ser de naturaleza provisional y accesorio [...].

## 7. Bibliografía

- DIGES, Margarita. La prueba de identificación desde la psicología del testimonio. Madrid: Marcial Pons. 2014.
- DUCE, Mauricio. Reconocimientos oculares: una aproximación empírica a su funcionamiento y algunas recomendaciones para su mejora. En: Política Criminal. Volumen. 12, N.º 23, Año 2017. Consultado en <https://scielo.conicyt.cl/pdf/politcrim/u12n23/art09.pdf>, con fecha 16 de mayo de 2022.
- FINDLEY, Keith. Learning from our mistakes: a criminal justice commission to study wrongful convictions. En: California Western Law Review. Vol. 38 N.º 2, 2002. Consultado en: [https://media.law.wisc.edu/m/jc2nj/findley\\_cal\\_western\\_article.pdf](https://media.law.wisc.edu/m/jc2nj/findley_cal_western_article.pdf), con fecha 16 de mayo de 2022.
- GONZÁLES, José Luis. Avances en Psicología del testimonio. Santiago: Ediciones Jurídicas, 2013.
- MORALES, Ana y WEISCH, Gherman. El reconocimiento de imputados en Chile y a nivel comparado. Chile: Fundación paz ciudadana, 2011. Consultado en: <http://www.proyecto inocentes.cl/resources/upload/files/documento/a6509b2c51d64498d0e801dbf2f0644f.pdf> con fecha 15 de mayo de 2022.
- MORENO HOLMAN, Leonardo. Algunas consideraciones sobre el funcionamiento de la Reforma Procesal Penal. Chile: Thomson Reuters. 2013.
- NATIONAL RESEARCH COUNCIL. Division of Behavioral and Social Sciences and Education. Identifying the Culprit: Assessing Eyewitness Identification, Washington D.C.: Committee on Law and Justice; 2014. Consultado en: <https://www.ojp.gov/pdffiles1/nij/grants/242617.pdf> con fecha 16 de mayo de 2022.
- NEYRA FLORES, José. Tratado de Derecho Procesal Penal. Lima: Idemsa. 2015.
- POLICE EXECUTIVE RESEARCH FORUM. A National Survey of Eyewitness Identification Procedures in Law Enforcement Agencies, 2014.
- ROSAS YATACO, Jorge. La prueba en el proceso penal. Lima: Legales, 2016.
- SAN MARTÍN CASTRO, César. Lecciones de Derecho Procesal Penal. Lima: INPECCP, 2015.
- SMALARZ, Laura, Why do motions to suppress suggestive eyewitness identifications fail? Washington D.C.: American Psychological Association, 2012. Consultado en: [https://www.researchgate.net/publication/260990790\\_Why\\_do\\_motions\\_to\\_suppress\\_suggestive\\_eyewitness\\_identifications\\_fail](https://www.researchgate.net/publication/260990790_Why_do_motions_to_suppress_suggestive_eyewitness_identifications_fail), con fecha 17 de mayo de 2022.
- SOTELO, Helena. La identificación del imputado: Rueda, fotos, ADN de los métodos basados en la percepción a la prueba científica. España: Tirant lo Blanch. 200.
- VALDERRAMA MACERA, Diego. ¿Qué es la tutela de derechos? Consultado en: <https://lpderecho.pe/tutela-derechos-proceso-penal/>, con fecha 11 de mayo de 2022.

## CONSEJOS PRÁCTICOS PARA LA GESTIÓN Y DIRECCIÓN DE AUDIENCIAS: CONTROL DE ACUSACIÓN

*Miguel Ángel Vásquez Rodríguez<sup>446</sup> (Perú)*

### I. Introducción

Es importante señalar, como información preliminar, que las audiencias de control de acusación en estricto son de un solo acto según la normativa procesal penal. Como se sabe el acuerdo plenario 06-2009/CJ-116 ha establecido que las audiencias corresponden a la fase oral de la etapa intermedia, pues dicha etapa tiene dos fases sucesivas, una escrita y una oral (fundamento 12 del Acuerdo Plenario). La fase escrita comprende desde la presentación del requerimiento acusatorio hasta la emisión del auto de enjuiciamiento. No debe olvidarse que un requerimiento de sobreseimiento también podría dar inicio a una etapa intermedia en la idea de que este podría ser declarado improcedente y ante la falta de doble conformidad fiscal tendría que culminar en una acusación fiscal, sin embargo, dado que estamos tratando del control de acusación, nos remitiremos específicamente al requerimiento acusatorio. Como se tiene dicho, una vez presentado el requerimiento acusatorio se inicia formalmente la etapa intermedia y se produce el traslado de la acusación escrita a las partes para que hagan valer sus posiciones tal como establece el artículo 350 del Código Procesal Penal.

Una vez que las partes han hecho valer sus derechos, pretensiones o posiciones, e incluso sin ello, el juez programará audiencia, que de acuerdo a nuestro ordenamiento se llama audiencia preliminar, lo que nos acerca a la idea de las audiencias de preparación de juicio del sistema anglosajón. El término de audiencia preliminar nos anuncia que el paso siguiente —de prosperar la acusación— será el juicio oral. Entonces se trata de una audiencia preliminar al juicio oral y por tanto se trata de una de preparación y filtro para tal evento. El inciso 1 del artículo 352 nos da a entender la necesidad de celeridad de esta actuación, culminada la audiencia se resuelve inmediatamente todo lo planteado y se emite —en ese mismo acto— el auto de enjuiciamiento. La excepción a esta regla procesal es que la complejidad del asunto (o el haberse extendido del horario regular por alguna otra razón), amerite un pronunciamiento diferido. En todos los demás casos los pronunciamientos se harán en el acto conforme el espíritu de privilegiar la oralidad que tiene el ordenamiento procesal penal vigente.

Además de las excepciones señaladas, la norma establece también la posibilidad de suspender la audiencia porque se debe corregir o subsanar la acusación cuando los defectos exigen un estudio más detenido por parte del fiscal a cargo.

Dejando de lado lo anterior, resulta claro entonces que el propósito es que la audiencia se desarrolle en un solo acto. Esto además se desprende del hecho que si se hace la comparación del nivel de detalle que contiene la audiencia preliminar con la del juicio

446 Juez Titular Superior de la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios.

oral - que debe hacerse en una sola sesión - resulta que la audiencia de juicio es más compleja. En ese orden de ideas termina siendo un despropósito que las audiencias preliminares de control de acusación terminen durando un tiempo mucho mayor que el que se exige para un juicio oral. Es precisamente por ello que el legislador realizó la modificatoria del cuarto inciso del artículo 351 del Código Procesal Penal, respecto a la duración de la etapa intermedia; pues en el texto original del Código Procesal Penal del 2004 no se había contemplado una duración específica, en cambio ahora a partir de las modificatorias la audiencia tiene el carácter de inaplazable y el plazo máximo de duración entre la presentación del requerimiento acusatorio y la emisión del auto de enjuiciamiento es de cuarenta días en procesos ordinarios y de noventa en casos complejos y por crimen organizado. Cabe indicar que el exceso en el plazo no acarrea sanción de nulidad, pero sí la responsabilidad administrativa del juez moroso.

Precisado lo anterior, corresponde desarrollar propiamente la audiencia preliminar o de control de acusación. Como se ha indicado, no existe ningún control previo en la fase escrita, el juez trasladará a las partes las postulaciones que aparezcan sin mayor observación que el plazo. Las únicas hipótesis permisibles de observación formal podrían ser eventualmente aquellas que impliquen un correcto emplazamiento, por ejemplo, la aclaración de un domicilio, todo lo demás debe ser analizado y dilucidado en la audiencia.

El trámite de la audiencia está regulado de manera muy breve en el artículo 351 del código procesal penal. Se establece que las partes no podrán realizar actividad probatoria salvo los casos de prueba anticipada. También se hace referencia a las documentales, sobre este punto será necesario abundar un poco más.

La regla general es que los medios probatorios deben ser actuados únicamente en juicio. Si bien los medios de prueba se originan en los actos de investigación fiscal y son incorporados en la carpeta como elementos de convicción lo cierto es que entre estos y los medios de prueba para juicio no existe identidad en estricto, salvo en el caso de los documentos. La deposición de un testigo - durante la investigación - y que aparece como elemento de convicción, fluye del acta donde se consignaron las respuestas que proporcionó ante el fiscal en las primeras etapas. En el juicio oral el testigo concurrirá a declarar frente al juzgador. Lo mismo sucede con el examen de los peritos, cuyo sustento durante la investigación es el documento donde aparece la forma como se desarrolló la pericia y sus conclusiones. Si bien puede aparecer en una carpeta fiscal como una documental, en el juicio y al momento de su actuación deberá servir como soporte para el examen del perito que lo emitió. En cuánto la prueba material, ésta se consigna con sus características durante la investigación, pero en el juicio oral deberá ser examinada directamente por el juez conforme el principio de inmediación. En el caso de los documentos es diferente porque el mismo documento que aparece en la carpeta fiscal como elemento de convicción será exactamente el mismo que se oralizará en la audiencia del juicio oral. Como puede verse, de la lectura del documento que se llama a un elemento de convicción, se pueden extraer las mismas conclusiones que podría obtener el juez de juzgamiento al momento de su actuación en juicio.

Es por ello que existe la prohibición de la actuación salvo en los casos de la prueba anticipada que tiene sus propias reglas y el caso de las documentales que no exigen un trámite adicional para la obtención de información que de ellas fluye.

Ahora bien, es necesario explicar por qué en audiencia de control podrían eventualmente realizarse actuaciones o valoraciones de los elementos de convicción. La principal razón es que las partes pueden deducir excepciones o un pedido de sobreseimiento y, para que el juez pueda resolver estas excepciones o pedidos de sobreseimiento, en algunos casos deberá valorar actuaciones que aparezcan en la carpeta fiscal cuidando de no realizar actuación probatoria propiamente dicha. Ello se desprende de la lectura de los artículos 350 y 351 del Código Procesal Penal.

## II. Convenciones probatorias

La naturaleza de la audiencia es eminentemente técnica y es por ello que es facultativa la presencia del procesado. El código establece la obligatoria concurrencia del fiscal y del defensor del procesado, el primero para que sustente el requerimiento acusatorio y soporte la contradicción y el segundo para garantizar el derecho de defensa del procesado. La asistencia facultativa del procesado ha dado pie a algunos inconvenientes respecto a la aplicación de las convenciones probatorias. Un sector de la judicatura nacional considera que no podría realizarse convenciones probatorias sin la presencia del procesado dado que éstas implican la aceptación de hechos y solamente el imputado podría responder por ello y de ser el caso, admitir su realización. Cómo se puede ver esto nos lleva a un evidente problema práctico, pues en todos los casos donde no concurra el procesado a la audiencia de control sería materialmente imposible arribar a convenciones probatorias, las que a su vez son importantes porque permiten desarrollar un juicio mucho más eficiente debidos a que se elimina el debate sobre hechos no controvertidos y sobre todo la actuación de prueba respecto a ellos. Se debe agregar que además permite que los jueces de juzgamiento puedan desarrollar sentencias de mejor calidad - y menor extensión - debido a que se concentrarán en la motivación de los hechos controvertidos. La anterior, es sin duda alguna, una interpretación posible; sin embargo, se debe tomar en cuenta que en las convenciones probatorias no existe una aceptación de cargo tal como sucede en la conclusión anticipada o en la terminación anticipada. Se trata del reconocimiento de dar por probados determinados hechos específicos. El inciso 6 del artículo 352 del Código Procesal Penal establece que los hechos se dan por probados y no indica que sean reconocidos o aceptados irremediadamente. Esto está orientado claramente a permitir la estrategia de defensa de cada una de las partes. A su vez el procedimiento está vinculado a la hipótesis defensiva que postule la defensa técnica del acusado. En ese orden de ideas, si la posición de la defensa fuese, por ejemplo, el error de tipo en un delito de violación sexual, carecerá de objeto el examen del perito médico si lo que se va a discutir es el conocimiento o no de la edad de la agraviada por parte del agente. Una forma de resolver el problema aún con la inconcurrencia del procesado es que la convención probatoria se postulé en el escrito que absuelve el traslado de la acusación; si este escrito está firmado por el acusado ya no existe la dificultad en cuanto a su participación material en la audiencia. La dificultad de esta solución es que impide la realización de nuevas convenciones no previstas por las partes o que sean

introducidas por el juez de control dado que el debate en la audiencia única es conforme al modelo oral. La idea es que de esta discusión surjan elementos que permitan la mejor preparación posible para el juicio y por tanto carece de lógica que se impida o restrinja la participación del juez para un mejor resolver.

Dado que la norma permite y establece la concurrencia facultativa del procesado a la audiencia de control, es de entenderse que el legislador ha propuesto a las convenciones probatorias como una ocurrencia procesal de orden técnico y no material y obedece a la necesidad de facilitar el desarrollo del juicio oral y la contradicción sobre los temas que realmente importan a fin de dilucidar la responsabilidad o no del procesado.

Una cuestión adicional surge de una atenta lectura del artículo 352 pues este indica que, si la convención probatoria está vinculada a la actuación de un medio probatorio, este se puede actuar en juicio en función a la referencia hecha en el auto de enjuiciamiento. Ello implica el planteamiento de una condición suspensiva, es decir, la convención probatoria se tendrá por dada solamente después de la actuación de algún medio probatorio específico en determinado sentido. Si el resultado de esa actuación opera en el sentido previsto entonces la convención probatoria se tendrá por realizada.

Esto último es complejo y lo cierto es que no se viene usando en los procesos seguidos con el Código Procesal Penal del 2004. Sin embargo, no es difícil pensar en supuestos ejemplificadores, por ejemplo, decir que si la persona que aparece en determinado video (a actuarse en juicio) resulta ser X, solo entonces se aceptará que Y se habría reunido previamente con él. Cómo se puede ver estos supuestos resultan ser riesgosos porque se introduce un elemento que eventualmente podría contaminar al juez, pues podría elaborar inferencias a partir de las razones que llevaron al acusado a postular la convención probatoria en esos términos. La defensa preferirá evitar este tipo de convención y dejar que las premisas de responsabilidad fluyan naturalmente de la actuación en juicio. Por supuesto la realidad supera siempre la teoría y es posible que más adelante encontremos casos donde esta fórmula pueda jugar en favor del proceso sin generar afectaciones a las teorías del caso de las partes.

Planteados estos temas previos vamos a dar cuenta de algunas recomendaciones que surgen de la práctica para un mejor desarrollo de la audiencia de control.

### **III. Los llamados casos fáciles**

Antes de las modificatorias del proceso inmediato y la inclusión en él de los procesos por omisión a la asistencia familiar era usual que los juzgados de investigación preparatoria tuviesen a su cargo audiencias de control de acusación de estos delitos en su agenda diaria. Dada su naturaleza estos procesos no exigen una profunda elaboración fáctica y por lo tanto los fiscales solían concurrir a la audiencia básicamente al leer la acusación escrita. Si bien es una facultad del juez exigir la oralización, carece de objeto por fines prácticos hacer que el fiscal se aprenda de memoria este tipo de casos, es por ello que una buena práctica era pedir al fiscal que plantee los hechos de manera concreta junto con la pena y la reparación civil y sin necesidad de leer el resto de la acusación. Luego se requería a la defensa para que indique si tenía observaciones dejando constancia de

algunas cuestiones particulares, como por ejemplo dejar constancia que la acusación había sido debidamente trasladada y con ello se lograba un debate específico sobre puntos relevantes sin la necesidad de entrar a una lectura u oralización en extenso que terminaban siendo estériles. Este consejo o buena práctica sigue siendo válida para los jueces que tienen a su cargo procesos inmediatos y aquellos jueces ordinarios que se encuentran con casos que no revisten mayor gravedad o complejidad.

En aquellos casos donde la complejidad o gravedad del asunto lo ameriten, será menester que el fiscal oralice los aspectos más relevantes de la acusación. El juez está facultado siempre a solicitar aclaraciones por parte de la fiscalía, por ejemplo, para establecer la convicción que tiene el Ministerio Público para llevar el caso a juicio, pues cómo se sabe el juez de la investigación tiene la posibilidad de declarar el sobreseimiento de oficio cuando detecta la inexistencia de causa probable. En estos casos graves o complejos, por su naturaleza, el fiscal debe conocer su carpeta y ello se advierte justamente con el trámite de la oralización.

Entonces, una correcta gestión de los tiempos conforme la complejidad de cada caso permite realizar un número mayor de audiencias de control en el día sin sacrificar la calidad de estas. El rol del juez en esta etapa es determinante pues la calidad del juicio oral depende del eficiente control que éste haya realizado de la imputación, de la subsunción al tipo penal y de los medios probatorios a ser actuados en juicio, incluyendo las convenciones probatorias.

El saneamiento de la acusación es sobre sus aspectos formales y bastará que no haya errores de identificación y que los hechos sean comprensibles para que la acusación sede por saneada. El Código Procesal Penal no establece un orden específico, pero por cuestiones prácticas es aconsejable que el control sustancial se produzca luego de la admisión de los medios probatorios. A la luz de aquellos que fueron admitidos resultará más eficiente el pronunciamiento respecto a un eventual sobreseimiento de parte o la formulación de uno de oficio. Si, por ejemplo, a primera vista la acusación tiene una lista de medios probatorios que sostienen la hipótesis fiscal, será difícil disponer un sobreseimiento de oficio. Sin embargo, si luego del análisis de admisibilidad de los medios probatorios se determina que algunos de ellos fueron obtenidos o ingresados ilegítimamente afectando contenido esencial de derechos fundamentales entonces la decisión sobre un sobreseimiento tendrá un sustento mucho más sólido.

#### **IV. EL debate de los medios probatorios**

Junto con el debate de los medios probatorios se realiza también el de las convenciones probatorias de lo que ya hemos tratado en líneas previas. En cuanto a los medios probatorios resulta poco eficiente mencionarlos uno por uno y correr traslado a las partes para que se pronuncien al respecto. Lo más eficiente en estos casos es solicitar directamente a la defensa que señale aquellos medios probatorios sobre los cuales tiene observación y que especifique con claridad si estas observaciones tienen que ver con cuestiones de pertinencia, utilidad, conducencia y si es el caso con prueba ilegítima. Postulada con precisión la observación, el fiscal pasará a absolver cada una de las observaciones, luego de lo cual el juez emitirá pronunciamiento indicando si admite o

no cada medio probatorio observado y las razones para su separación o admisión. Cómo es evidente no se requerirá motivación respecto a los medios probatorios que no fueron observados. Ello no implica que el juez no realice un control de oficio de estos medios probatorios pues su función es evitar el pase de medios probatorios que sean a todas luces impertinentes, no útiles por sobreabundantes o inconducentes, sí de sus enunciados ello se desprende cotejando por supuesto la imputación fiscal.

Una cuestión importante que está vinculada a la mejor realización del juicio oral es la forma cómo se deben consignar los medios probatorios admitidos en el auto de enjuiciamiento. En la experiencia de estos años se advirtió que, al principio, a fin de no contaminar al juez de juzgamiento, se consignaban en el auto de enjuiciamiento solo los medios probatorios admitidos. Esto en la práctica generó un problema, pues durante el juicio oral las partes podían promover ante el juez el juzgamiento un nuevo pronunciamiento respecto a los medios probatorios inadmitidos, conforme el artículo 373 inciso 2 del Código Procesal Penal. Entonces resultaba que el juez de juzgamiento no tenía a la mano las razones por las cuales el medio probatorio no había sido admitido o, peor aún, se dieron casos en los que maliciosamente se postulaba medios probatorios nunca ofrecidos como si fuesen medios probatorios inadmitidos en etapa de control. Entonces se incorporó la siguiente solución: el auto de enjuiciamiento consigna los medios probatorios admitidos para juicio, pero también los inadmitidos con una breve sumilla o resumen sintético de las razones de la inadmisibilidad. Ello permite un debate mucho más fluido de esta etapa del juicio oral sin necesidad de requerir la carpeta de la etapa intermedia lo que sin duda sí podría generar una contaminación innecesaria del juez de juzgamiento.

Dicho esto, es necesario señalar que el rol del juez de la investigación preparatoria en esta parte es determinante pues permitirá que pasen a juicio solamente aquellas pruebas que permitan dilucidar las cuestiones penalmente relevantes en el proceso y a partir de ellas también establecer la existencia de una causa probable que de pie al auto de enjuiciamiento.

## V. Las fallas de imputación suficiente

En los últimos años se ha producido un devenir respecto a la información que debe ser provista por el fiscal como parte de la imputación suficiente. Si la atribución fáctica no resulta adecuada, en un primer momento se estableció en algunas cortes que ello propiciaba la existencia de una excepción de improcedencia de acción (calificación de casación 6-2015/Arequipa). Seguido sin embargo la Corte Suprema ha afianzado en los últimos años la idea de que no es posible amparar una excepción de improcedencia de acción a partir de fallas en la imputación de hechos (Casación 392 2018 Arequipa). El problema es que también ha precisado la Corte Suprema que no es posible que el juez de juzgamiento al detectar estas fallas pueda devolver el expediente hasta la etapa intermedia y que la facultad de nulidad basada en estos aspectos solo es atribución de la Sala Superior cuando conoce la apelación o en último caso a la Corte Suprema. Si esto es así la responsabilidad del juez de investigación preparatoria resulta ser grave porque estaría generando la existencia de un juicio oral en el que, incluso advirtiéndose las fallas de imputación suficiente por falta de control, el proceso tendría que avanzar

sé hasta la apelación. La Corte Suprema indicado que la solución en estos casos, como ya se adelantó, es retrotraer la causa al momento en que se produjo el vicio, esto es al momento del control de la acusación (casaciones 392-2018 Arequipa, 864-2016 Ancash, 1590-2018 Arequipa, entre otras), cabe resaltar que también ha quedado establecido que no es posible regresar a la etapa de la investigación preparatoria (Casación 727-2019 Ica).

Ello implica que el juez debe realizar el control de la imputación incluso si no ha sido invocado por la defensa técnica. El acuerdo plenario 06-2009 sobre control de acusación, en su fundamento 13, establece claramente que esta facultad puede ser ejercida de oficio dada la trascendencia de la atribución del hecho y las consecuencias que lleva tanto en el juicio de primera instancia como la apelación. El juez deberá tomar el tiempo necesario para revisar que los hechos en primer término sean comprensibles para el acusado y además tal cómo están formulados por el Ministerio Público se subsuman en el tipo penal que se invoca. La falta de detalle que pueda estar respaldada por elementos de convicción podrá ser materia de subsanación por el Ministerio Público. Por el contrario, si la falla u omisión de un elemento fáctico no encuentra correlato en los elementos de convicción existentes y el juez advierte que no existe la posibilidad de subsanación aun devolviendo la acusación, deberá optar por dictar el sobreseimiento de oficio.

## **VI. ¿Cuántas veces se puede devolver la acusación?**

No existe un consenso en la judicatura sobre este punto. Algún sector considera que la devolución debe hacerse tantas veces como sea necesario hasta que la acusación se encuentre correctamente subsanada y pueda pasar a juicio. Otro sector acoge la idea de que la subsanación solo puede hacerse en una sola vez y si luego de ello el fiscal no logra satisfacer el requerimiento del juez de investigación preparatoria tendrá que decidir por el sobreseimiento de la causa. Aún no existe pronunciamiento jurisprudencial de la Corte Suprema en ese sentido, pero de las casaciones mencionadas líneas arriba respecto a la nulidad hasta etapa intermedia, se podría inferir que la posición de la Corte Suprema sería la de flexibilización a fin de procurar la realización de un juicio oral en condiciones mínimas de garantías. En ese tema en particular será necesario esperar aún un pronunciamiento específico de la máxima instancia. Se debe adelantar que esto por ahora resulta ser poco probable debido a que cómo se sabe el auto de enjuiciamiento no es impugnabile y ello ha impedido hasta la fecha que la Corte Suprema analice actuaciones de etapa intermedia como consecuencia de esta limitación. Lo que se ha visto hasta la fecha son casaciones derivadas de resoluciones que se pronuncian sobre excepciones o pedidos de sobreseimiento formulados en etapa intermedia.

## **VII. El tiempo en la realización de las audiencias**

Una vez que se va a señalar fecha para la audiencia de control, es responsabilidad del personal jurisdiccional en coordinación con el magistrado la determinación del tiempo que durará la audiencia para efectos de agendamiento. Se debe tomar en cuenta si es que existen pedidos de sobreseimiento, excepciones u otras defensas similares. También si es que hay observaciones formales a la acusación u otro elemento que se deba tomar en cuenta, como por ejemplo la cantidad de sujetos procesales que participarán de la audiencia. Cada juzgado sobre este punto ya debería tener un ratio proyectado de tiempo

estimado de participación por cada parte que fórmula un pedido. Para ello se deben tomar en cuenta participaciones anteriores y establecer una media de cuánto demora cada participación y proyectar de esa manera la duración del total de la audiencia. El juez debe estar atento a las incidencias y una práctica que debería incorporarse es que al inicio de la audiencia proceda a fijar reglas de participación y entre ellas el tiempo máximo de intervención por cada una de las partes. Ello permitirá un debate más fluido y que se alcancen los tiempos programados para la audiencia sin perjudicar el resto del agendamiento del día. En lo posible se debe intentar que la audiencia se realice en un solo acto. Solo en los casos de procesos complejos o ciertamente graves ameritará eventualmente la suspensión y continuación en una fecha posterior.

Un último punto a tomar en cuenta es la formulación de pedidos de sobreseimiento o excepciones en audiencia, cuando no se habían pedido antes. La Corte Suprema mediante la casación 53 2010 Piura estableció que el plazo de diez días del traslado es perentorio para la presentación de sobreseimientos o excepciones, los formulados fuera de ese plazo son extemporáneos. Sin embargo, en la práctica se suelen disfrazar los pedidos extemporáneos con el argumento del sobreseimiento o excepción de oficio. Como resulta claro, aquello que se solicita, por definición ya no es un acto oficioso. El juez debe rechazar estos pedidos, pero si de lo actuado se advierte que la causal es palmaria, podrá eventualmente pronunciarse al respecto sin aceptar que lo hace como consecuencia de la solicitud, pues estaría validando la extemporaneidad. Será parte de la estrategia defensiva inteligente, hacer notar el vicio sin que implique un pedido expreso que el juez pueda calificar de extemporáneo y por tanto perder la oportunidad de un pronunciamiento que pudiera poner fin al proceso.

## LITIGACIÓN EN AUDIENCIAS DE PROCESO INMEDIATO

Paul Antonio Ruiz Cervera<sup>447</sup> (Perú)

### 1. Aspectos generales

La entrada en vigor del Código Procesal Penal del año 2004 (CPP) trajo consigo una estructura sencilla del proceso penal y lo impulsó sobre la base un procedimiento común, el cual no tenía un tratamiento especial ni diferenciado y se aplicaba para todo tipo de delito y situación procesal, sin dejar de lado las garantías de ser un proceso contradictorio y oral.

También se innovaron un conjunto de procesos especiales que dentro de la naturaleza de su aplicación se justificaron en la necesidad de garantizar un proceso penal con respuestas céleres y justas, teniendo en cuenta, además, las circunstancias del caso ya sea en su ámbito penal y/o procesal.

El proceso inmediato es uno de esos procesos especiales, de fuente italiana, que trae consigo la noción de una causa simplificada que tiene como finalidad la supresión de algunas etapas del proceso (común), así como aliviar el sistema probatorio (mediante la “prueba evidente”)<sup>448</sup>, pero sin perder ni reducir su efectividad dentro de los estándares del proceso justo<sup>449</sup>.

Es, además, un proceso que responde a la exclamación social de “justicia celeré”, lo que a su vez se convierte en una causal para la reducción de etapas procesales. Esto le permite obtener un respaldo constitucional o de fundamentos razonable y objetivo para la inmediatez exigida.

En relación con su aplicación el artículo 446 del CPP, modificado por el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1194, publicado el 30 de agosto de 2015, el mismo que entró en vigencia a nivel nacional a los 90 días de su publicación en el diario oficial El Peruano, señala que solo se podrá incoar al proceso inmediato en los siguientes supuestos: a) *el imputado ha sido sorprendido y detenido en flagrante delito, en cualquiera de los supuestos del artículo 259*, b) *el imputado ha confesado la comisión del delito, en los*

<sup>447</sup> Abogado por la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, Magister en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú y con estudios de Especialización Avanzada en Derecho Penal y Procesal Penal por la misma casa de estudios. Cuenta además con una formación en destrezas de litigación oral por la California Western School of Law, es docente universitario y autor de diversos artículos relacionados con la materia de derecho procesal penal y derecho constitucional.

<sup>448</sup> Cfr. Acuerdo Plenario Extraordinario N° 2-2016/CIJ-116 del 1 de junio de 2016 emitido en el II Pleno Jurisdiccional Extraordinario de las Sala Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema, fundamento jurídico 7.

<sup>449</sup> Véase la STC N° 6149-2006-PA/TC y 6662-2006-PA/TC (Caso: Minera Sulliden Shahuindo SAC y Compañía de Exploraciones Algamarcas SA), fundamento jurídico 37: “Se ha señalado, igualmente, que dicho derecho comprende, a su vez, diversos derechos fundamentales de orden procesal y que, en ese sentido, se trata de un derecho “continente”. En efecto, su contenido constitucionalmente protegido comprende una serie de garantías, formales y materiales, de muy distinta naturaleza, cuyo cumplimiento, efectivo garantiza que el procedimiento o proceso en el cual se encuentre comprendida, una persona, pueda considerarse como justo”.

*términos del artículo 160; o c) los elementos de convicción acumulados durante las diligencias preliminares, y previo interrogatorio del imputado, sean evidentes.*

Agrega, además la norma procesal, que el proceso inmediato también procede en los delitos de omisión de asistencia familiar y los de conducción en estado de ebriedad o drogadicción. Cuando se traten de casos con múltiples investigados, se precisa que sólo será viable *si todos los involucrados se encuentran en una de las situaciones previstas con anterioridad* (flagrancia, confesión o suficiencia probatoria) y estén implicados en el mismo delito. Los casos complejos en donde sea necesario el desarrollo de un sin número de actos de investigación quedan exceptuados del proceso inmediato.

Siendo esto así, el proceso inmediato se presenta como la materialización concreta de los reclamos ciudadanos que exigen una decisión rápida en casos no complejos, pero en donde prima la evidencia suficiente, lo que sirve como sustenta para la reducción de etapas procesales y la obtención de una justicia rápida.

## **2. ¿Un proceso con respaldo constitucional?**

El nuevo diseño del proceso penal tiene sus bases en la Constitución por lo que es razonable pensar que el proceso inmediato se construye sobre cimientos constitucionales. Así se tiene que durante su tramitación se ven garantizados los principios del proceso debido, proporcionalidad, plazo razonable, la debida motivación de las disposiciones y resoluciones fiscales, el de defensa procesal, el contradictorio, entre otros.

Es cierto que en toda persecución penal el *ius puniendi* del Estado puede causar afectaciones a los derechos fundamentales de las investigados, por ello, la constitucionalización del proceso penal y, consecuentemente, del proceso inmediato, evita que el uso arbitrario del poder estatal ocurra, revistiéndola de todas las garantías del proceso común, según sus propios matices.

Hablar de un respaldo constitucional en el proceso inmediato es entender que la justicia célere no tendrá cuestionamiento alguno porque se encuentra dotado de garantías que cumple con un fin claro: resolver causas en un plazo breve y sobre los parámetros de lo justo.

En palabras del profesor Mendoza Ayma<sup>450</sup> los artículos que regulan el proceso inmediato no pueden ser interpretados sin una visión constitucional, puesto que se dejaría de lado la aplicación directa de garantías que validan el desarrollo de un proceso debido y que son esenciales dentro de la justicia penal. Por eso, agrega, citando a Lorca Naverrate, que todo proceso (incluido el inmediato) no se debe conceptualizar como un mero instrumento jurisdiccional atemporal, acrítico y mecanicista, sino, que siempre debe entenderse, como un sistema de garantías.

Solo se hablará válidamente, entonces, de un proceso inmediato constitucionalizado si las actuaciones judiciales que emiten los operadores jurídicos tienen como sustento el

450 Cfr. MENDOZA AYMA, Celis. *Sistemática del proceso inmediato. Perspectiva Procesal Crítica*. 2da Ed., Zela Grupo Editorial, Lima, 2019, pp. 32 – 34.

respeto a las garantías. De lo contrario, se hablará de un proceso arbitrario y con eficacia punitiva, pero no debido.

Por último, se debe tener en cuenta que el proceso inmediato no solo es un mecanismo procesal que permite al ciudadano resolver conflictos que surgen de la convivencia social, en tanto interesa a la sociedad y a la víctima su superación<sup>451</sup>, sino que también es un instrumento jurídico que permite ponerle límites al Estado desde una mirada constitucional que no desconoce los derechos fundamentales de las personas ni las garantías que deben envolver el proceso penal<sup>452</sup>.

### 3. La incoación del proceso inmediato: Supuestos, modo y oportunidad

#### a) Supuestos

Dentro de las características o rasgos más relevantes del proceso inmediato se encuentra, sin duda alguna, la simplificación de etapas, lo que origina un salto considerable de la etapa investigativa, sin embargo, dicho supresión procesal tiene que estar relacionada o aparada con ciertas situaciones, como son: a) la flagrancia delictiva, d) la confesión del ilícito o c) la existencia de prueba suficiente.

Así, lo ha señalado el propio artículo 446° del CPP cuando hace referencia directa a los presupuestos que convalida la procedencia del proceso especial. Textualmente se señala:

1. El Fiscal debe solicitar la incoación del proceso inmediato, bajo responsabilidad, cuando se presente alguno de los siguientes supuestos:
  - a) El imputado ha sido sorprendido y detenido en flagrante delito, en cualquiera de los supuestos del artículo 259;
  - b) El imputado ha confesado la comisión del delito, en los términos del artículo 160; o
  - c) Los elementos de convicción acumulados durante las diligencias preliminares, y previo interrogatorio del imputado, sean evidentes.

La procedencia del proceso inmediato y de su solicitud a la incoación de dicho proceso especial está ligado a la presencia de cualquiera de los supuestos antes citados, debiéndose tener en cuenta, además, la naturaleza del caso (complejidad y/o número de imputados).

Esto es muy importante tenerlo presente desde el momento de la postulación fiscal, toda vez que servirá como insumo para la defensa del imputado al momento de contradecir, en la audiencia de incoación, la valides o no del requerimiento fiscal.

451 Cfr. BINDER, Alberto. *Introducción al derecho procesal penal*. Editorial Ad-Hoc, Buenos Aries, 2002, p. 29.

452 Cfr. RODRÍGUEZ HURTADO, Mario. *La constitucionalización del proceso penal. Principios y modelo del Código Procesal Penal 2004 (NCPP)*. Foro jurídico, Lima, número 6, p. 73. Ubicado en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/18431/18671>

## b) Modo

La incoación del proceso inmediato ha de ser siempre simple porque únicamente se requiere la verificación de los hechos imputados y la existencia de información suficiente producida por las fuentes obtenidas en un contexto de flagrancia delictiva, las mismas que tendrán que ser fiables<sup>453</sup>.

La solicitud fiscal de incoación siempre es por escrito y debidamente motivada. Recordemos que el artículo 122° del CPP establece que todos los requerimientos fiscales, incluido el del presente proceso especial, se formulan ante la autoridad competente y debidamente fundamentados, exigiendo además el acompañamiento de la evidencia correspondiente y que justifique su pedido escrito.

Queda claro que no se admiten postulaciones orales, sino que se existe un acto previo que es el requerimiento escrito. Y, solo lo plasmado en la solicitud fiscal será objeto del debate en la audiencia de incoación. Si esto no ocurre así, la defensa deberá advertir ello oralmente en la misma diligencia para que el juez controle los argumentos de la fiscalía, haciendo valer así la garantía del proceso debido en su relación con el principio de congruencia procesal.

No debe perderse de vista también el cumplimiento del plazo de ley para postular la incoación, de lo contrario se pierde la oportunidad de variar las reglas de tratamiento procesal.

## c) Oportunidad

El artículo 447 del CPP es claro al precisar que existen dos momentos para incoar el proceso inmediato. El **primero**, relacionado con la flagrancia delictiva (literal a inciso 1 del art. 446° del CPP), en específico, *al término del plazo de la detención policial establecido en el artículo 264, el Fiscal debe solicitar al Juez de la investigación preparatoria la incoación del proceso inmediato* y, el **segundo**, con los dos supuestos restantes (incisos b y c del art. 446° del CPP), cuando se señala textualmente que *solo en estos supuestos, el requerimiento se presenta luego de culminar las diligencias preliminares o, en su defecto, antes de los treinta (30) días de formalizada la Investigación Preparatoria*. Vencido los plazos que proscriba la incoación al proceso especial.

La Corte Suprema, refiriéndose a los momentos de postulación del proceso inmediato, ha precisado en el Acuerdo Plenario Extraordinario N° 2-2016/CIJ-116 del 1 de junio de 2016 emitido en el II Pleno Jurisdiccional Extraordinario de las Sala Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema, que:

18. [...]

*El proceso inmediato por delito flagrante requiere que el imputado esté detenido y que no se necesite realizar, luego de las veinticuatro horas de*

453 Cfr. PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. *El Proceso Inmediato. Análisis sustantivo, procesal y jurisprudencial*. Pacífico Editoris, Lima, 2019, p. 234.

*detención, algún acto de investigación adicional o de confirmación ineludible. En tal caso, el fiscal inmediatamente debe formular el requerimiento y el juez debe realizar la audiencia única de incoación del proceso inmediato dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a dicho requerimiento.*

Agregan, además, los magistrados supremos, que:

*19. Si no se presenta el caso de delito flagrante, tal como se ha dejado estipulado precedentemente, es absolutamente viable, si se cumplen los presupuestos de delito confeso o de delito evidente -en tanto en cuanto la meta de esclarecimiento no presente complejidad, no quiera de indagaciones dificultosas y los actos de investigación sean concluyentes o incontrovertibles-, que el fiscal inste el proceso inmediato dentro del plazo estipulado en el párrafo final del artículo 447° del NCPP. En este último caso -literales b) y c) del apartado 1 del artículo 446° del NCPP- los plazos se extienden -se trata de los plazos para señalar fecha para la audiencia única de incoación del proceso-. [...]*

Como en todas las etapas del proceso penal, teniendo en cuenta, además, cada una de las instituciones procesales y su naturaleza, siempre rige el principio de preclusión procesal, el cual establece que una vez vencido los plazos establecidos por ley se deberá continuar con la etapa procesal siguiente según las reglas del ordenamiento procesal vigente.

En este caso, vencido los plazos para la incoación del proceso inmediato, así como la oportunidad establecida por el CPP para su postulación, la fiscalía deberá continuar con los parámetros procesales del proceso común, cerrándose así la puerta de incoar el caso dentro de los alcances del proceso especial analizado.

Estos aspectos formales son de mucha importancia, como se viene señalando, porque permitirán establecer la viabilidad o no del proceso inmediato con relación a su admisión, pudiendo ser observado cada uno de los requisitos antes señalados por la parte interesada al momento de la audiencia de incoación al proceso inmediato.

Ahora bien, dentro del aspecto sustancial del requerimiento de incoación al proceso inmediato se tienen que cumplir con el desarrollo de ciertas circunstancias, tal como se señaló líneas arriba, es decir, de la presencia de una conducta en flagrancia delictiva, una confesión de parte y la existencia de suficiente evidencia. Sino se cumple con ello, las partes interesadas podrán alegar la improcedencia del proceso especial ante el juez competente.

Para entender un poco el contenido de los supuestos sustanciales del requerimiento de incoación, pasaremos a desarrollar brevemente cada uno de ellos.

## 4. Audiencia única de incoación

### a) Naturaleza y plazo

Una vez postulada la incoación del proceso inmediato, y habiéndose cumplido con los requisitos formales descritos líneas arriba, el CPP promueve el desarrollo de una audiencia para el análisis de su procedencia.

El artículo 447° del CPP señala que la incoación del proceso inmediato será resuelta en audiencia única e inaplazable. Es en ese espacio en donde, por su naturaleza, se ve materializada la celeridad del proceso y se ejerce el contradictorio para una aproximación razonable de la verdad<sup>454</sup>.

La inconcurrencia del abogado, según el propio artículo 48° del CPP<sup>455</sup>, a la audiencia de incoación tiene como consecuencia su subrogación y reemplazo, esto en mérito a la naturaleza misma de la diligencia que se ha dicho es única e inaplazable.

Asimismo, se tiene que la propia norma procesal penal citada exige que la audiencia única se realice dentro de un plazo sumamente corto. En específico, señala la norma que la audiencia deberá realizarse dentro de las 48 horas luego de haberse presentado el requerimiento fiscal.

El incumplimiento del plazo por el órgano jurisdiccional competente no genera un efecto negativo dentro del proceso inmediato, porque la misma norma procesal no especifica una consecuencia de improcedencia ante su incumplimiento. Sin embargo, eso no exime de responsabilidad administrativa al juez encargado del caso.

Un aspecto relevante con relación al plazo para el desarrollo de la audiencia única es que si se tiene a una persona detenida el tiempo para la diligencia genera un cumplimiento más estricto, pues que el artículo 447° citado establece que la persona privada de su libertad deberá comparecer en dicha situación hasta el día de la audiencia, en donde se podrá resolver su situación jurídica.

### b) Trámite y derecho de defensa

Es importante precisar que dentro del trámite de proceso inmediato el CPP no ha establecido la existe de una etapa previa a la audiencia de incoación para que la defensa pueda presentar, por escrito, los medios técnicos de defensa que considere pertinentes, ni mucho menos los argumentos por los que se considere inadmisibles o improcedentes el requerimiento. La razón es la propia naturaleza de la institución procesal analizada.

454 MENDOZA AYMA, Celis. *Op. Cit.*, p. 189.

455 **Artículo 48.-** 1. Si el abogado defensor no concurre a la diligencia para la que es citado, y ésta es de carácter inaplazable, será reemplazado por otro que, en ese acto, designe el procesado, o por un defensor público, llevándose adelante la diligencia.

Sin embargo, eso no es impedimento alguno para que la defensa del imputado presente oralmente todos sus argumentos en la audiencia. Esto, en la medida que la defensa del imputado es otra de las garantías que se ven protegidas en la audiencia única y está relacionada con presentación de argumentos que impidan la incoación del proceso especial.

Así, se tiene que el investigado podrá cuestionar la falta de presupuestos y evidencia exigidos para su procedencia. Una limitación a ese derecho se grafica como una afectación al proceso debido.

### c) Notificación y plazo razonable

Uno de los problemas que surge en relación con el derecho de defensa procesal es el relacionado con el plazo razonable y el tiempo para la programación de la diligencia de audiencia única en situaciones de flagrancia. Si leemos literalmente el artículo 447° del CPP se evidencia una obligación legal de que luego de incoado el proceso inmediato el juez tiene que fijar audiencia dentro de las 48 horas siguientes al requerimiento.

Sin embargo, debe quedar sentado que la interpretación válida no es una restrictiva ni mucho menos rígida, por el contrario, es una amplia que permite postular que el plazo para que el juez pueda llamar a audiencia no opera desde la presentación del requerimiento fiscal, sino desde la notificación efectiva del pedido a la defensa del imputado, pues es la única forma de garantizar que se estructure una defensa dentro de un plazo razonable<sup>456</sup>.

El Tribunal Constitucional en su sentencia del 20 de agosto de 2002, recaída en el Expediente N° 0649-2002-AA/TC (Caso: CALCOSTA S.A.), señaló —en su fundamento jurídico 5— que:

*En efecto, el derecho de defensa consiste en la facultad de toda persona de contar con el tiempo y los medios necesarios para ejercerlo en todo tipo de procesos, incluidos los administrativos, lo cual implica, entre otras cosas, que sea informada con anticipación de las actuaciones iniciadas en su contra.*

456 Acuerdo Plenario Extraordinario N° 2-2016/CJ-116 del 1 de junio de 2016 emitido en el II Pleno Jurisdiccional Extraordinario de las Sala Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema, fundamento jurídico 18 segundo párrafo: [...] Es importante, a los efectos de garantizar el derecho de defensa —plazo razonable para que el imputado prepare su defensa: artículo IX, inciso 1), del Título Preliminar de la NCPP— que dicho plazo se cuente necesariamente desde que dicho imputado se notifica efectivamente con la citación a la referida audiencia. El imputado deberá ser notificado del auto en referencia y del propio requerimiento fiscal; Sólo a partir de ese momento podrá comenzar a correr el término respectivo. En virtud de la citada regla, y en especial del artículo 8, apartado dos, literal c), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que exige que el imputado cuente con un tiempo razonable para preparar su defensa, es posible que el juez, en atención a la entidad del delito imputado y los requisitos del caso —para remover los obstáculos que impiden una defensa eficaz—, hacen uso de la facultad de fijar un término judicial, distinto, pero siempre breve, para la celebración de dicha audiencia.

La notificación es importante para conocer los hechos imputados y conocer los fundamentos de la fiscalía dentro de la incoación<sup>457</sup>, por ello, es vital que la solicitud sea puesta en conocimiento del investigado para su debido análisis y cuestionamiento dentro de un plazo razonable.

Ahora bien, toda conducta maliciosa por parte de la defensa del imputado es reprochable y deberá ser castigada. Así, por ejemplo, si el abogado defensor, luego de haber sido notificado válidamente, no concurre a la audiencia única será subrogado y sancionado, de conformidad con el artículo 292<sup>458</sup> de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

El Tribunal Constitucional en su sentencia del 23 de noviembre de 2004, recaída en el Expediente N° 2915-2004-HC/TC (Caso: Federico Tiberio Berrocal Prudencio), señaló, con respecto a este último punto, que la interposición de recursos indebidos que tengan como finalidad desviar el cause debido del proceso también deberán ser considerados como conductas maliciosas u obstruccionistas. Textualmente señala en su fundamento 28:

*Entre las conductas que podrían ser merituadas como intencionalmente dirigidas a obstaculizar la celeridad del proceso, se encuentran la interposición de recursos que desde su origen y de manera manifiesta, se encontraban condenados a la desestimación, o las constantes y premeditadas faltas a la verdad que desvíen el adecuado curso de las investigaciones.*

El derecho de defensa es un pilar fundamental dentro del proceso debido, sin embargo, su ejercicio efectivo siempre debe estar impregnado de buenas intenciones y destino a contribuir con el desarrollo justo del proceso, de lo contrario causaría graves perjuicios al esclarecimiento de los hechos y el buen desarrollo del proceso inmediato.

#### **d) Aspectos sustanciales en debate**

Una vez fijada la fecha incoación de proceso inmediato y, consecuentemente, notificada al imputado y/o su abogado defensor, el acto válido a seguir es el desarrollo de la diligencia misma, es decir, la realización de la audiencia única, especial e inaplazable de procedencia del proceso inmediato.

457 La Corte IDH en su sentencia del 7 de septiembre de 2004, recaída en el Caso Tibi vs Ecuador, ha señalado —en su fundamento 187— lo siguiente: *El artículo 8.2.b de la Convención Americana ordena a las autoridades judiciales competentes notificar al inculpado la acusación formulada en su contra, sus razones y los delitos o faltas por los cuales se le pretende atribuir responsabilidad, en forma previa a la realización del proceso.* Véase también la sentencia del 24 de junio de 2005, recaída en el Caso Acosta Calderón vs Ecuador, fundamento 118.

458 Artículo 292.- *Los Magistrados sancionan a los abogados que formulen pedidos maliciosos o manifiestamente ilegales, falseen a sabiendas la verdad de los hechos, o no cumplan los deberes indicados en los incisos 1), 2), 3), 5), 7), 9), 11), y 12) del artículo 288. Las sanciones pueden ser de amonestación y multa no menor de una (01) ni mayor de veinte (20) Unidades de Referencia Procesal, así como suspensión en el ejercicio de la profesión hasta por seis meses. Las resoluciones que impongan sanción de multa superior a dos (02) Unidades de Referencia Procesal o de suspensión, son apelables en efecto suspensivo, formándose el cuaderno respectivo. Las demás sanciones son apelables sin efecto suspensivo. Las sanciones son comunicadas a la Presidencia de la Corte Superior y al Colegio de Abogados del Distrito Judicial respectivo.*

El artículo 447° inciso 4 del CPP es muy claro al señalar que en la estructura de la audiencia de incoación el juez a cargo del caso deberá resolver un sin número de aspectos procesales dentro de la diligencia, en especial, y como primer punto en la agenda, la procedencia de la solicitud fiscal de incoación.

Para ello, el juez, como primer acto, solicitará al fiscal la sustentación oral de su requerimiento en donde se expondrán las razones sustanciales de la procedencia del pedido, ya sea porque se sustenta en un pedido de flagrancia delictiva, por confesión del imputado o la existencia de prueba suficiente.

El juez penal tiene la obligación de pronunciarse sobre la procedencia del requerimiento en la misma audiencia, según el inciso 5 del artículo 447° del CPP. Debe dejarse sentado que la decisión judicial solo será viable si se ha producido el contradictorio debido, es decir, que la defensa del imputado haya postulado oralmente sus argumentos de oposición o adhesión al pedido de incoación.

El desarrollo del contradictorio, sin duda, no opera de forma aislada a la esencia del proceso, por el contrario, siempre deberá estar ligada al cuestionamiento de la verdad aproximativa postulada por la fiscalía. Dentro de la contradicción, la argumentación de falta de concreción de la imputación comprende igualmente un ejercicio legítimo de la defensa procesal y está destinado a cuestionar la validez del proceso porque sin precisiones fácticas de la supuesta causa probable el proceso podría ser amparado con serios problemas estructurales. Esta verificación del juez de la imputación sobre la imputación genera asimismo una obligación constitucional de corroboración fáctica desde la prueba evidente, en la medida que se deberá validar la congruencia de los actos criminales atribuidos con los datos objetivos que sustentan la conducta penal atribuida.

Si existe la adhesión es claro que no existe objeto de debate, pero en la oposición sucede todo lo contrario, por eso si el juez resuelve declarar procedente la incoación postulada, la defensa podrá impugnar el fallo. En el caso que se rechace el pedido el fiscal se encuentra obligado a dictar la disposición que corresponda o la de formalización de la investigación preparatoria.

#### – **Flagrancia delictiva**

Cuando la postulación del proceso inmediato se sustenta en la flagrancia delictiva el fiscal debe sustentar su pedido teniendo en cuenta varios aspectos concretos<sup>459</sup>, como son: a) *inmediatez temporal*, esto quiere decir que al acto criminal se está realizando o se haya cometido momentos antes; e, b) *inmediates personal*, es decir, que el presunto agente del ilícito se encuentre en la escena del crimen al momento de cometerse el delito y se encuentre vinculado con el objeto o los instrumentos de la conducta delictiva.

459 Véase el Exp. N° 06142-2006-HC/TC (Caso: James Rodríguez Aguirre), fundamento jurídico 4; Exp. N° 04557-2005-HC/TC (Caso: Víctor Sarmiento Pérez), fundamento jurídico 4; Exp. N° 2096-2004-HC/TC (Caso: Eleazar Jesús Camacho Fajardo), fundamento jurídico 4; entre otros.

El artículo 259° del CPP es claro al señalar que existe flagrancia cuando:

1. *El agente es descubierto en la realización del hecho punible.*
2. *El agente acaba de cometer el hecho punible y es descubierto.*
3. *El agente ha huido y ha sido identificado durante o inmediatamente después de la perpetración del hecho punible, sea por el agraviado o por otra persona que haya presenciado el hecho, o por medio audiovisual, dispositivos o equipos con cuya tecnología se haya registrado su imagen, y es encontrado dentro de las veinticuatro (24) horas de producido el hecho punible.*
4. *El agente es encontrado dentro de las veinticuatro (24) horas después de la perpetración del delito con efectos o instrumentos procedentes de aquel o que hubieren sido empleados para cometerlo o con señales en sí mismo o en su vestido que indiquen su probable autoría o participación en el hecho delictuoso.*

Si bien en este artículo no hablaremos a profundidad de todos los supuestos de flagrancia o los problemas que se puedan derivar del análisis de cada proposición normativa es importante que sepan que cuando se habla en el proceso inmediato de la existencia de flagrancia, como factor de procedencia, se toman en cuenta las 4 situaciones temporales descritas, por lo que la falta de justificación en el requerimiento fiscal de cualquiera de los sucesos, genera que la postulación de incoación sea denegada.

Lo que si se debe tener en cuenta es que lo que se exige al momento de incoar el proceso especial es que la fiscalía postule una flagrancia concreta, no presunta. Y, es que no se requiere un trabajo de probanza respecto a la situación imputada, porque la flagrancia no se demuestra (se ve) y está relacionada siempre a prueba directa y no indirecta, circunstancial o indiciaria<sup>460</sup>.

#### – Confesión delictiva

Con relación a la postulación del proceso inmediato teniendo en cuenta la confesión del imputado, es medular que la fiscalía sustente su pedido sobre la base de una declaración voluntaria que realiza un individuo de forma libre y espontánea que tiene como finalidad el reconocimiento de su participación en un suceso delictivo que es objeto de una sindicación criminal.

En palabras del profesor Peña Cabrera Freyre<sup>461</sup> que la confesión sea “*el allanamiento a los cargos formulados por el persecutor público y confesión de culpabilidad, en cuanto una manifestación de la libre autodeterminación del imputado, conforme con las consecuencias jurídicas que ella repara para él [...]*”.

La confesión que postula la fiscalía debe ser la expresión auto inculpatoria del investigado, quien reconoce la ejecución de una determinada conducta criminal que se le imputa como cargos penales. Cabe precisar que dicha manifestación

460 Véase la Sentencia del Tribunal Supremo Español recaída en la STSE 980/2014 de fecha 22 de junio.

461 PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. Op. Cit., p. 100.

debe reunir unos ciertos requisitos, tanto externos (sede y garantías), como internos (voluntariedad o espontaneidad, además de estar cubierta de veracidad)<sup>462</sup>.

Para ello el fiscal debe tener presente lo señalado en el artículo 160° del CPP en donde se precisa que se podrá hablar de confesión (delictiva) cuando una persona acepte los cargos o imputación formulada en su contra. Asimismo, agrega que solo podrá ser valorada tal admisión de hechos si se encuentra corroborada y respaldada por evidencia, se presente libremente y con un estado normal de sus facultades psíquicas, sea presentada ante la autoridad competente en compañía de su abogado y que sea sincera y espontánea. Además, de que la aceptación debe ser total, no parcial<sup>463</sup>.

Si el titular de la acción penal nos presenta una declaración ambigua, contradictoria en su contenido y sin base objetiva que la respalde, la defensa podrá alegar que estamos frente a una manifestación como medio de defensa y no como medio de prueba. Y, es que la confesión delictiva se adhiere a la idea de renuncia de determinados derechos fundamentales, en específico, al de presunción de inocencia y al de derecho de defensa, pues despoja al imputado de la opción de poder ejercer el contradictorio porque aceptó su culpabilidad.

Con respecto a este último punto, se deja en claro que la culpabilidad aceptada solo genera vinculación con los hechos imputados al inicio de las pesquisas o a lo largo del trámite del proceso penal, teniendo como etapa límite la de juzgamiento, salvo que no haya declarado al haber guardado silencio<sup>464</sup>. Para la incoación del proceso inmediato la confesión deberá ser en su primera declaración, porque se tienen plazos para aplicación al proceso especial.

#### – Acumulación indiciaria

Al ser la prueba el instrumento más importante del proceso y que nos permite esclarecer los hechos objeto de todo proceso penal, es obvio que su participación en la incoación del proceso inmediato juega un papel transcendental.

La única forma de vencer la presunción de inocencia de una persona que no ha confesado su delito es presentando evidencia contundente que permita demostrar que el imputado se encuentra vinculado al acto criminal denunciado.

La Convención de Derechos Humanos es muy clara al señalar —en su art. 8°— que *“toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia*

462 Cfr. Mendoza Alca, Javier. *La conclusión anticipada del juicio oral. Un análisis a partir de la jurisprudencia de la Corte Suprema*. En Gaceta Penal e Procesal Penal, Tomo 18, Lima: diciembre de 2010, p. 242.

463 Véase el R.N. N° 514-2005-Lima: [...] *no resulta aplicable la institución de la confesión sincera a los efectos de disminuir prudencialmente la pena incluso por debajo del mínimo legal, pues el imputado no reconoció en su integridad la comisión de delito: no actuó como campana, sino lo hizo activamente en la ejecución del delito, acompañado, no de dos, sino de tres individuos”*.

464 Véase el R.N. N° 948-2003-Cañete: [...] *en el presente caso el acusado reconoce, a nivel policial, después de cinco días de los hechos y luego de simular un secuestro, la autoría de los delitos cometidos. Tal declaración se da al haber sido descubierto por la Policía; por lo tanto, no se dan los requisitos de una confesión sincera, ya que esta debe ser libre y espontánea. Y conforme se infiere de las propias declaraciones del acusado, el delito se ejecutó con plena conciencia y dominio de los actos*.

*mientras no se establezca legalmente su culpabilidad*". Del mismo modo, lo detalla el numeral 3 inciso 24 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú cuando precisa que *toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad*.

El principio de presunción de inocencia al ser una de las garantías judiciales más importantes que tiene toda persona inmersa en un proceso penal, solo se podrá quebrantar si existe prueba plena que logre en el juzgador una percepción de responsabilidad penal más allá de toda duda razonable, concepción final que deberá se formada dentro de todas las garantías procesales debidas<sup>465</sup>.

Para la incoación del proceso inmediato se exige la fiscalía quebrante la presunción de inocencia al ser un requisito esencial. Por eso, se requiere el representante del Ministerio Público presente prueba evidente que permita generar ante el fiscal y el juez penal la idea de que estamos frente a un suceso ilícito extremadamente probable en su comisión<sup>466</sup>.

Habrà probabilidad, en palabras de Cafferata Nores<sup>467</sup>, cuando la coexistencia de elementos positivos y negativos permanezcan, pero los elementos positivos sean superiores en fuerza conviccional a los negativos, es decir, que aquellos sean preponderantes desde el punto de vista de su calidad para proporcionar conocimiento.

La incoación hace que la concurrencia de prueba evidente sea rigurosamente cotejada, toda vez se pretende prescindir de la etapa investigativa. En ese sentido, la valoración estricta de la evidencia juega un papel crucial tanto para los fiscales como para los jueces, estos últimos porque serán los que resolverán el requerimiento<sup>468</sup>. Si es aceptado, se entiende, es porque le ha permitido al magistrado obtener una apreciación cognitiva de extrema probabilidad del hecho criminal objeto del proceso penal y de la responsabilidad del imputado.

El Acuerdo Plenario Extraordinario N° 2-2016/CIJ-116, en ese mismo sentido, precisa en su fundamento jurídico 8.C segundo párrafo, lo siguiente:

*Los iniciales actos de investigación deben reflejar, sin el menor asomo de duda o incertidumbre, la realidad del delito y de la intervención en su comisión del imputado. Fuera de los casos de flagrancia o de confesión —en tanto supuestos propios de evidencia delictiva—, las fuentes de investigación o los medios de investigación llevados a cabo han de apuntar, con certeza manifiesta, con conocimiento indudable, la comisión de un delito y la autoría o participación del imputado. No debe haber ningún ámbito relevante no*

465 RUIZ CERVERA, Paul. *El principio de presunción de inocencia y su relación con el derecho a la prueba, según la Corte IDH*. Ubicado en: <https://lpderecho.pe/principio-presuncion-inocencia-derecho-prueba-corte-idh/>

466 Acuerdo Plenario Extraordinario N° 2-2016/CIJ-116 del 1 de junio de 2016 emitido en el II Pleno Jurisdiccional Extraordinario de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema, fundamento jurídico 8.C: [...] Cuando la Ley hace mención a la denominada "prueba evidente" exige una prueba que inmediatamente, esto es, *prima facie*, persuada de su correspondencia con la realidad; busca que la apreciación del juez en aquel supuesto sea exacta con extrema probabilidad.

467 CAFFERATA NORES, José. *La prueba en el proceso penal*. Depalma, Buenos Aires, 1986, p. 9.

468 PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. Op. Cit., p. 145.

*cubierto por un medio de investigación, y los actos de investigación han de ser precisos y sin deficiencia legal alguna, esto es, idóneos y con suficiente fiabilidad inculpatoria. Propiamente, el concepto de prueba evidente está referido a la valoración del resultado de la prueba si esta se produce de un modo seguro y rápido, y es la que proporciona la comprensión completa del hecho delictuoso en modo irresistible y rápido; significa solamente prueba que demuestra de un modo seguro, necesario y rápida la existencia de un determinado hecho, demostración que puede emerger implícitamente de uno o más elementos de convicción unívocos; por lo que no se requiere un laborioso proceso lógico para el convencimiento judicial a partir de los elementos de cargo.*

Desde esta perspectiva, entonces, debe detenerse en cuenta que la incoación al proceso especial solo podrá ser amparado si se tiene prueba evidente, es decir, en un grado de alta probabilidad que permita a la fiscalía obtener un nivel de sospecha razonable, el mismo requerido para la acusación, con la finalidad de generar ante el juez penal una convicción de que se tiene un caso sólido y vinculable al imputado.

Un tema para tener presente en este apartado es el relacionado con la evidencia suficiente o la abundante evidencia. Y, es que el fiscal debe proponer que su caso sí tiene evidencia que vincule al procesado con los hechos imputados en un nivel suficiente de incriminación y eso únicamente se logrará postulando elementos de convicción idóneos y que guarden conexión lógica con los hechos imputados. Lo que proscribire una postulación fiscal sobre la base de prueba abundante, pero no suficiente.

Es en este último punto que la defensa del imputado tiene un gran chance de poder evitar la incoación al proceso si se logra, en la audiencia, advertir esta gran incongruencia probatoria. No es lo mismo un requerimiento sobre la base de prueba suficiente que uno construido sobre abundancia probatoria. El juez debe tener en claro tales diferencias para evitar la incoación de un proceso que no cumple con los requisitos establecido por ley.

#### **e) Medidas alternativas de solución de conflictos y restrictivas de derechos**

Por otro lado, se debe tener presente que, según el contenido del artículo 447° del CPP, la audiencia única recoge, además, la posibilidad de analizar la procedencia o no de otras instituciones, como son: el principio de oportunidad, el acuerdo reparatorio, la terminación anticipada del proceso y la imposición de medidas coercitivas requeridas por la fiscalía.

Esto quiere decir que la estructura debida de la audiencia única exige que antes de empezar a debatir los criterios de oportunidad o las medidas restrictivas de derechos se tiene que haber declarado procedente la incoación del proceso inmediato, pues es lógico que primero se ampare el requerimiento fiscal y se de validez al proceso y, luego, se analicen los demás incidentes.

Para la aplicación o no del principio de oportunidad y la terminación anticipada el juez penal deberá tener en cuenta el marco procesal establecido en los artículos 2° y 468° y 469° del CPP sobre la procedencia de ambas instituciones.

Lo mismo para verificar la viabilidad o no de las medidas limitativas de derechos postuladas por la fiscalía. Si se requiere la prisión preventiva del imputado se tendrán en cuenta el contenido procesal dispuesto en los artículos 268°, 269°, 270° y 272° del CPP. Para la comparecencia con restricciones, los artículos 286°, 287°, 287-A°, 288° y 289° de la misma norma procesal. En el caso de la detención domiciliaria, el artículo 290° también del CPP. Y, para el impedimento de salida del país, lo concerniente en el artículo 295° del CPP.

El orden para la tramitación de las instituciones antes citadas, según el código, es el siguiente: primero, las medidas restrictivas y, segundo, el principio de oportunidad o la terminación anticipada.

## 5. La constitución inmediata del actor civil

El derecho de defensa no solo es una garantía que permite al imputado participar activamente del proceso penal, en específico, del proceso inmediato. También es una garantía que puede ser ejercida por el agraviado desde una óptica distinta que se encuentra relacionada con sus intereses civil.

Dentro del proceso inmediato la posibilidad de que el agraviado se constituya en “parte” procesal encuentra un vacío legal. Sin embargo, teniendo en cuenta las características de celeridad y abreviación del proceso penal, los magistrados en lo penal de la Corte Suprema, al emitir el Acuerdo Plenario Extraordinario N° 2-2016/CIJ-116, y con la finalidad de llenar el vacío legal, señalaron que el momento para solicitar su constitución como parte civil será después del requerimiento fiscal de incoación y hasta antes de la instalación de la audiencia única. El pedido del agraviado deberá ser por escrito y debidamente motivado.

Textualmente se señala en el fundamento 26 del Acuerdo Plenario citado:

*En el caso del actor civil, se requiere, por supuesto, que la persona perjudicada por el delito, en primer lugar, sea informada por la Policía o la Fiscalía de la existencia del delito en su contra y comunicada del derecho que tiene a intervenir en el proceso —esto es, lo que se denomina “oferta de acciones”— (artículo 95.2 NCPP); segundo, **que antes de la instalación de la audiencia única para iniciar el proceso inmediato, solicite, por escrito y en debida forma, su constitución como actor civil (artículo 100 NCPP)**; y, tercero, que previo traslado contradictorio, el juez de Investigación Preparatoria decida sobre el fondo, resolución que se dictará con posterioridad al pronunciamiento de la medida coercitiva y antes de la decisión sobre la constitución de tercero civil.*

Una vez que el juez acepte su incorporación al proceso el agraviado contará con todas las facultades estipuladas en los artículos 104<sup>469</sup> y 105<sup>470</sup> del CPP.

Es necesario tener presente que la comunicación al agraviado del inicio de la investigación, así como la incoación al proceso inmediato es parte esencial dentro del ejercicio de su derecho de defensa, pues es la única forma de que, primero, tenga conocimiento de la causa y pueda decidir participar del proceso y, segundo, porque le permitirá constituirse en actor civil si es su deseo ver garantizado su interés civil dentro del proceso penal.

En los casos en donde la víctima no haya sido puesta en conocimiento por parte del representante del Ministerio Público del inicio de la investigación y ni mucho menos de la incoación del proceso inmediato, la oportunidad que tiene la agraviada de poder constituirse como actor civil será cuando se le notifica el auto que declara fundado el requerimiento de incoación.

Esta posición ha sido respaldada por el profesor Peña Cabrera Freyre<sup>471</sup> cuando señala que:

*Si la víctima no fue ubicada en su debida oportunidad, una vez que es notificada con la resolución judicial (auto) que declara fundado la incoación del pi, se presentará al efecto, peticionando que se le constituya en actor civil. Consecuentemente, los jueces deben tomar en cuenta ambos estadios, y no ceñirse al único estadio propuesto por la CS, que lo puedan hacer también en la audiencia de proceso inmediato es una garantía reforzada del debido proceso.*

Lo que se quiere es ver agotado todos los supuestos dentro del proceso inmediato y poder permitir que todas las partes, en este caso, el agraviado, tenga la posibilidad de ejercitar su derecho de defensa dentro de un proceso célere, pero debido.

Recordemos que el artículo I inciso 3 del Título Preliminar del CPP señala que las partes intervendrán en el proceso con iguales posibilidades de ejercer las facultades y derechos previstos en la Constitución y en este Código. Agrega, la norma procesal citada, que los jueces tienen la obligación de preservar el principio de igualdad procesal, debiéndose allanar todos los obstáculos que impidan o dificulten su vigencia. En ese sentido, la interpretación última postulada, debería ser de recibo.

469 Artículo 104.- El actor civil, sin perjuicio de los derechos que se le reconocen al agraviado, está facultado para deducir nulidad de actuados, ofrecer medios de investigación y de prueba, participar en los actos de investigación y de prueba, intervenir en el juicio oral, interponer los recursos impugnatorios que la Ley prevé, intervenir -cuando corresponda- en el procedimiento para la imposición de medidas limitativas de derechos, y formular solicitudes en salvaguarda de su derecho.

470 Artículo 105.- La actividad del actor civil comprenderá también la colaboración con el esclarecimiento del hecho delictivo y la intervención de su autor o participe, así como acreditar la reparación civil que pretende. No le está permitido pedir sanción.

471 PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. Op. Cit., p. 262.

## 6. Audiencia única de juicio inmediato

### a) Naturaleza y trámite

El CPP, dentro de las reglas que enmarcan el proceso inmediato, ha señalado que una vez recibido el auto que incoa el proceso especial, el juez penal —llamado por ley— programará la diligencia de audiencia única de juicio en el día. Agrega, la norma que su realización no deberá exceder las 72 horas contados desde su recepción, bajo responsabilidad funcional (artículo 448° del CPP).

Recordemos que el proceso inmediato no tiene etapa intermedia, es por ello, que aprobado el requerimiento fiscal de incoación lo que sigue es llamar a juicio oral para resolver los aspectos de fondo de la imputación.

Esta audiencia también tiene las mismas características de la audiencia de incoación, es decir, es única e inaplazable. También rigen las mismas prerrogativas del artículo 85° del CPP.

En esta etapa las partes juegan un papel importante porque son los responsables de preparar y convocar a sus órganos de prueba, quienes además deberán garantizar su presencia en la audiencia de juicio oral. El castigo de la no concurrencia de los órganos de prueba, señala el propio inciso 2 del artículo 448 del CPP, es el rechazo, por lo que las partes deberán actuar con la debida diligencia.

### b) Etapa de saneamiento: Control oral e inmediato de la acusación, convención y postulación probatoria

Previo a la audiencia misma de juicio oral inmediato, según el artículo 448° inciso 3 del CPP, se tiene que el juez penal requiere a la fiscalía que exponga su teoría del caso precisando los hechos objeto de acusación, su calificación jurídica y las pruebas que ofrece para su admisión y desarrollo en el juicio<sup>472</sup>.

Esta etapa es la de saneamiento inmediato porque el magistrado tendrá que evaluar si la acusación fiscal cumple los estándares establecidos en el artículo 349 sobre imputación concreta<sup>473</sup>.

472 Cfr. CUBAS VILLANUEVA. Víctor. *El proceso inmediato*. En Heydegger, Francisco (Coordinador), *El proceso inmediato*, Instituto Pacífico, Lima, 2017, p. 37.

473 Véase la Casación N° 388-2012-UCAYALI de fecha 12 de septiembre de 2013 emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, fundamento jurídico 3.1: [...] *el Tribunal está siempre en capacidad, por vía de control, de exigir al representante del Ministerio Público un nivel mínimo de coherencia entre los medios de prueba planteados y sus conclusiones fácticas, así como respecto al principio de imputación necesaria –concreta y completa–, a cuyo fin podrá solicitar las aclaraciones que el caso lo exija, sin que ello per se importe la fundabilidad de una excepción de improcedencia de acción, pues el Fiscal a cargo puede insistir en su conclusión fáctica inculminatoria.*

La defensa podrá controlar nuevamente la validez del proceso, en mérito a la imputación, y solicitará al juez penal que requiera a la fiscalía la subsanación de las omisiones fiscales respecto a los cargos formulados en su contra. La subsanación se realizará en la misma audiencia.

Una vez que se haya cumplido con la subsanación o se haya terminado que la acusación cumple con las exigencias legales del artículo 349° sobre imputación concreta, las partes podrán ejercitar su derecho de defensa postulando cualquiera de los medios técnicos previstos en el artículo 350° del CPP, es decir, plantear excepciones, pedidos de sobreseimiento u otros medios técnicos de defensa que el código le habilite.

Para las excepciones la defensa deberá tener en cuenta el contenido del artículo 6 del CPP, que faculta a la defensa deducir: a) la prescripción de la acción penal, b) la conclusión del proceso por naturaleza de juicio, c) la improcedencia de acción, cuando considere que los hechos son atípicos o no son justiciables penalmente, d) la cosa juzgada y e) la conclusión por amnistía.

Para el pedido de defensa sobre el sobreseimiento del proceso se tendrá en cuenta lo estipulado en el artículo 344° del CPP que habla sobre su procedencia. Así, el abogado del imputado podrá plantear el archivo de la causa cuando: a) el hecho objeto de la causa no se realizó o no puede atribuírsele al imputado, b) el hecho imputado no es típico o concurre una causa de justificación, de inculpabilidad o de no punibilidad, c) la acción penal se ha extinguido y, d) No existe razonablemente la posibilidad de incorporar nuevos datos a la investigación y no haya elementos de convicción suficientes para solicitar fundadamente el enjuiciamiento del imputado.

No es requisito para la validez de las cuestiones presentadas por la defensa que todas ellas se hagan por escrito y previa a la audiencia de juicio inmediato. Lo que se requiere únicamente es que los pedidos se hagan de forma oral y correctamente fundamentados.

La garantía de doble instancia<sup>474</sup> también tiene presencia en esta parte del proceso y es viable la impugnación del auto que se pronuncia sobre los medios técnicos de defensa postulados por las partes. La impugnación se fundamentará en el mismo acto y de forma oral. Así lo describe el inciso 4 del artículo 448° del CPP cuando señala textualmente que el auto que declara fundado el sobreseimiento o un medio técnico de defensa, es apelable con efecto devolutivo, el recurso se interpondrá y fundamentará en el mismo acto.

474 Véase el Exp. N° 3261-2005-PA/TC (Caso: Compañía Radiodifusión Arequipa S.A.C.), fundamento jurídico 3: *Que este Tribunal tiene dicho que el derecho a la pluralidad de instancias, reconocido en el inciso 6) del artículo 139° de la Constitución, tiene por objeto garantizar que las personas, naturales o jurídicas, que participen en un proceso judicial tengan la oportunidad de que lo resuelto por un órgano jurisdiccional sea revisado por un órgano superior de la misma naturaleza, siempre que se haya hecho uso de los medios impugnatorios pertinentes, formulados dentro del plazo legal.*

Por otro lado, y como tercer momento, se tiene la convención probatoria. Dicho momento es instado por el juez luego de haber resuelto los medios técnicos de defensa. En esta fase se determinan los puntos controvertidos como objeto concreto del debate y de la actividad probatoria. La importancia de esta parte del proceso es que se tomará como punto de referencia para evaluar la pertinencia, contundencia y utilidad de los medios de prueba que justifica la acusación<sup>475 476</sup>.

No es una obligación legal de las partes a llegar a un acuerdo con respecto a los hechos controvertidos, pero sí es una oportunidad procesal de poder centrar el punto de discusión para delimitar la actuación probatoria, por ello, es que la norma penal exige al juez penal instar a los sujetos procesales a proponer consensos fácticos con el fin de agilizar el debate contradictorio en el juicio<sup>477</sup>.

Por último, se tiene la fase de postulación probatoria como manifestación de la garantía del proceso debido en su relación con el derecho a la prueba. En esta oportunidad las partes ofrecen los medios de prueba que deberán ser admitidos para su debate el juicio, debiendo identificar su utilidad, pertinencia y contundencia, en atención al criterio de especificidad del medio probatorio ofrecido<sup>478</sup>. La finalidad de esta fase del proceso inmediato es facilitar a las partes que las fuentes y medios de prueba propuestos sean admitidos para el correcto desarrollo del juicio.

Lo que se quiere es que durante el juicio todas las partes puedan defender sus pretensiones teniendo como base datos objetivos que las respalden, información que será extraída del órgano de prueba actuado válidamente. Así, la fiscalía podrá sustentar su acusación, la defensa su absolución y el actor civil el monto de la reparación civil solicitada.

Sin duda alguna, un proceso con bases sólidas que respaldan una justicia célere es garantía de la validez y eficacia de un juicio inmediato, por lo tanto, solo se verá afectado el justo proceso si durante el trámite del juicio se priva del derecho de defensa a las partes procesales, además, de las garantías de imputación precisa y postulación probatoria. Situación que ya no es culpa del sistema, ni mucho menos de la institución estudiada, sino de los operadores que tienen en sus manos la persecución penal y la solución de controversias.

---

475 Véase el EXP. N.º 1014-2007-PHC/TC (Caso: Luis Federico Salas Guevara Schultz), FJ 8: “[E]l derecho fundamental a la prueba tiene protección constitucional, en la medida en que se trata de un derecho comprendido en el contenido esencial del derecho al debido proceso, reconocido en el artículo 139, inciso 3, de la Constitución. Una de las garantías que asisten a las partes del proceso es la de presentar los medios probatorios necesarios que posibiliten la creación de convicción en el juzgador sobre la veracidad de sus argumentos.”

476 MENDOZA AYMA, Celis. Op. Cit., p. 199.

477 Cfr. AGUIRRE CH., Javier. *Convenciones o estipulaciones probatorias. Su aplicación en el Perú. Un estudio dogmático – empírico*. Foro jurídico, Lima, número 13, p. 2. Ubicado en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/18431/18671>.

478 Cfr. SAN MARTÍN CASTRO, Cesar. *Derecho Procesal Penal. Lecciones*. INPECCP-CENALES, Lima, 2015, p. 385.

### c) Juicio inmediato

Culminada la etapa de saneamiento inmediato y resuelta las cuestiones técnicas de defensa planteadas el juez dicta acumulativamente el auto de enjuiciamiento y citación a juicio oral, de forma inmediata.

Según el inciso 4 del artículo 448° del CPP el juicio se realiza en sesiones continuas e ininterrumpidas hasta su conclusión. Esto obliga a que el juez que instala e inicia el juicio no puede ver otra causa más que no sea la del juicio inmediato. Dicha limitación opera hasta la culminación del juicio.

Para el desarrollo del juicio se tienen en cuenta todas las reglas del proceso común, siempre y cuando sean compatibles con la naturaleza del celeré del proceso inmediato.

Esto permite, por ejemplo, que el juicio inmediato se desarrolle de la siguiente manera:

(i). **Alegatos de apertura:** primero, el fiscal expondrá de firma resumida los hechos objeto de acusación, la calificación jurídica y todas las pruebas que fueron ofrecidas y admitidas; segundo, se tiene la participación del abogado del actor civil válidamente constituido, quien expondrá de forma precisa su pretensión, así como la base objetiva admitida con la que acreditará su reparación civil; y, tercero, como última persona interviniente, está el abogado del imputado, quien oralmente exclamará los argumentos de defensa acompañando los medios de descargos también ofrecidos y admitidos para su desarrollo en la audiencia de juicio oral.

En definitiva, todas las partes exponen lo que se denomina la teoría del caso. Estos alegatos preliminares son esenciales para el trazo estratégico de lo que se probará en juicio desde el ojo de cada una de las partes.

(ii). **Culminación pronta del juicio:** la norma no ha excluido que dentro del proceso inmediato también se aplique la institución procesal de la culminación anticipada del proceso, por lo que su viabilidad también es válida en el proceso inmediato. En ese sentido, luego de los alegatos preliminares el juez consultará al acusado si se considera o no culpable de los hechos atribuidos, haciéndole referencia, además, de los beneficios que podría obtener, en aplicación de la figura de la conclusión anticipada, si acepta los cargos. Si el acusado no acepta los cargos el proceso sigue su curso procesal.

(iii). **Declaración del imputado:** una vez culminado lo argumentos preliminares del juicio oral, y negada la declaración de responsabilidad, viene la exclamación oral de la defensa del acusado, quien podrá ejercerla de forma libre o mediante el interrogatorio. Se debe dejar sentado que es una facultad mas no una obligación que el acusado preste su declaración en juicio, por lo que también podrá abstenerse de declarar. Como estamos dentro de una declaración

facultativa, el acusado podrá rendir su manifestación en juicio en cualquier momento, pero hasta antes de culminada la actuación probatoria.

En el interrogatorio del imputado solo serán admisibles las preguntas directas, claras, pertinentes y útiles, por lo que quedan proscribas todas las interrogantes repetitivas, salvo que se requiera una respuesta aclaratoria, preguntas capciosas, impertinentes y las que contengan respuestas sugeridas.

- (iv). **Actuación probatoria:** en esta etapa del juicio se examinan a los testigos y se actúan los medios documentales admitidos tanto en favor de la parte acusadora, el actor civil y el abogado del acusado. El orden de actuación está relacionado con la parte oferente.
- (v). **Argumentación de cierre:** culminada la etapa probatoria, las partes expondrán oralmente las conclusiones de sus defensas, teniendo como base la información obtenida en la actuación de medios de prueba. El primero en exponer será el fiscal, luego la defensa del actor civil y, por último, la defensa del acusado. También podrá ejercer su autodefensa el acusado por un breve término. Si se encuentra el agraviado en audiencia, este también podrá hacer uso de su derecho a la libre expresión. En todo caso, corresponderá la última palabra al acusado.
- (vi). **Deliberación y sentencia:** al encontrarnos dentro de un proceso especial, donde prima la celeridad, el juez se encuentra con la obligación a deliberar y emitir sentencia en la misma audiencia y de forma oral. El fallo judicial deberá contener<sup>479</sup>: 1. La enunciación de los hechos y circunstancias objeto de la acusación, las pretensiones penales y civiles introducidas en el juicio, y la pretensión de la defensa del acusado, 2. La motivación clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dan por probadas o improbadas, y la valoración de la prueba que la sustenta, con indicación del razonamiento que la justifique, 3. Los fundamentos de derecho, con precisión de las razones legales, jurisprudenciales o doctrinales que sirvan para calificar jurídicamente los hechos y sus circunstancias, y para fundar el fallo, y 4. La parte resolutive, con mención expresa y clara de la condena o absolución de cada uno de los acusados por cada uno de los delitos que la acusación les haya atribuido. Contendrá, además, cuando corresponda el pronunciamiento relativo a las costas y lo que proceda acerca del destino de las piezas de convicción, instrumentos o efectos del delito.

El proceso inmediato no puede restringir, ni mucho menos dejar en indefensión al imputado porque eso restaría mucho los parámetros y la credibilidad de un proceso justo y celer, por lo que es primordial que las etapas antes citadas se desarrollen sobre las pautas descritas, lo que derramará fiabilidad en la aplicación de la institución y en el resultado obtenido.

479 Véase el artículo 394 del CPP.

## 7. Bibliografía

### – Libros:

- Binder, Alberto. *Introducción al derecho procesal penal*. Editorial Ad-Hoc, Buenos Aries, 2002.
- Cafferata Nores, José. *La prueba en el proceso penal*. Depalma, Buenos Aires, 1986.
- Cubas Villanueva, Víctor. *El proceso inmediato*. En Heydegger, Francisco (Coordinador), *El proceso inmediato*, Instituto Pacífico, Lima, 2017.
- Mendoza Alca, Javier. *La conclusión anticipada del juicio oral. Un análisis a partir de la jurisprudencia de la Corte Suprema*. En *Gaceta Penal & Procesal Penal*, Tomo 18, Lima: diciembre de 2010.
- Mendoza Ayma, Celis. *Sistemática del proceso inmediato. Perspectiva Procesal Crítica*. 2da Ed., Zela Grupo Editorial, Lima, 2019.
- Peña Cabrera Freyre, Alonso. *El Proceso Inmediato*. Análisis sustantivo, procesal y jurisprudencial. Pacífico Editoris, Lima, 2019.
- San Martín Castro, César. *Derecho Procesal Penal*. Lecciones. INPECCP-CENALES, Lima, 2015.

### – Artículos

- Aguirre Ch., Javier. Convenciones o estipulaciones probatorias. Su aplicación en el Perú. Un estudio dogmático – empírico. *Foro jurídico*, Lima, número 13, p. 2. Ubicado en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/18431/18671>
- Rodríguez Hurtado, Mario. La constitucionalización del proceso penal. Principios y modelo del Código Procesal Penal 2004 (NCP). *Foro jurídico*, Lima, número 6, p. 73. Ubicado en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/18431/18671>
- Ruiz Cervera, Paul. El principio de presunción de inocencia y su relación con el derecho a la prueba, según la Corte IDH. Ubicado en: <https://lpderecho.pe/principio-presuncion-inocencia-derecho-prueba-corte-idh/>

## NULIDAD DE ACTOS DE INVESTIGACIÓN POLICIAL Y FISCAL FRENTE A LA BÚSQUEDA DE LA PRUEBA

*Nelvin Espinoza Guzmán*<sup>480</sup> (Perú)

### 1. Nociones generales

Es arbitrario una investigación y el proceso penal con vulneración de derechos y garantías. Desde la forma como se obtiene una prueba hasta la propia valoración de la misma. Frente a ello, existen reglas de exclusiones a fin de que no sean valoradas como tal, o sean convalidados con otros medios periféricos, a los que se le conoce como pruebas prohibidas o irregulares.

La vulneración de derechos y garantías en la búsqueda de la prueba, es una realidad que no se puede «taparse los ojos con una venda», son muchos los casos que se han evidenciado en donde existe la vulneración de derechos y garantías en la búsqueda de la prueba por parte de miembros de la policía y por parte de la fiscalía en algunos casos.

Desde los cimientos inquisitivos bajo la sombra de un sistema acusatorio, dentro de la realidad Latinoamericana del sistema procesal, se han visto casos en donde las pruebas son obtenidas a toda costa para perjudicar o agravar la conducta ilícita de los hechos atribuidos, en muchas ocasiones se ha visto situaciones de sembrados de pruebas, detenciones irregulares, intervenciones sin justificaciones debidamente, incumplimiento de normas formales en el recojo de pruebas, vulneraciones de derechos de imputados, coacciones a decir la verdad, no informar los derechos, etc. Situación que permite corregir por parte de los operadores de justicia, frente a investigaciones que en muchas ocasiones puede traer consigo incluso la pérdida de la libertad personal y como consecuencia de ello: una sentencia condenatoria de manera injusta.

La búsqueda de la prueba por parte del ente investigador de delito, está orientado a conocer la verdad de los hechos a fin de esclarecer si lo denunciado, ya sea de oficio o de parte, es en realidad conforme alegan las partes cuando sea las denuncias de parte o, en todo cuando la investigación es de oficio, el ente investigador debe esclarecer en función a la carga de la prueba, realizando también actos de investigación que sean de descargo. El Fiscal como persecutor del delito, debe practicar actos de investigación que no solamente favorezcan a su teoría del caso, sino que debe ser un sujeto imparcial — hasta

480 Abogado por la Universidad Nacional José Faustino Sánchez Carrión. Con estudios concluidos de maestría en Ciencias Penales por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Fue Secigrista y Asistente en Función Fiscal en el Ministerio Público del Distrito Fiscal de Huaura. Asistente en Función Fiscal en el Distrito Fiscal de Lima Norte, ante las Fiscalías Penales Corporativas, Fiscalía Superior Penal y Fiscalías Especializadas en Delitos de Agresiones contra las Mujeres y los Integrantes del Grupo Familiar. Ha sido Asistente en Función Fiscal ante la Segunda Fiscalía Superior Nacional Especializada contra la Criminalidad Organizada. Ha sido Defensor Público en la Dirección de Defensa Pública y Acceso a la Justicia de Lima. Es autor de diversos artículos jurídicos en materia penal y procesal penal. Asimismo, es coautor de diversos libros en Derecho. Conferencista en diversos eventos académicos ante diversas instituciones. Y, actualmente es Fiscal Adjunto Provincial Penal en el Distrito Fiscal de Lima Norte, cursando estudio en Gestión Pública en la Universidad Cesar Vallejo.

antes de formular acusación— investido del poder-deber de realizar la búsqueda de pruebas de cargos y de descargos.

Es así que, existen dos mecanismos a través se pueden realizar la búsqueda de las pruebas como actos urgentes e inaplazables. En ello, estriba la búsqueda de la prueba de diferentes maneras, no existe una regla general o un método específico que diga la forma o el modo de poder buscar la prueba en el ámbito de la investigación, sino que, de acuerdo a la naturaleza de cada caso en particular, la búsqueda está orientado en función a los hechos y, en base a la información que se tiene se realizan la búsqueda de prueba a través de la Policía y por el mismo Ministerio Público. En cuanto al primero, apoya a la investigación fiscal en esclarecer los hechos bajo dirección y coordinación con el fiscal, aperturando la investigación en sede policial y, en cuanto al segundo, también se realiza actos de investigación, pero en sede fiscal, es decir, las investigaciones son llevados en el mismo despacho y, en algunas ocasiones si se requiere apoyo policial en alguna diligencia, esta es solicitado.

Bajo dicho contexto, es precisamente en esta fase de la búsqueda de la prueba en donde podrían darse ciertas vulneraciones de derechos y garantías, desde los actos iniciales hasta fase de agotamiento de cada acto de investigación que haya sido dispuesta, ordenada, realizada y recabada por parte de los entes investigadores del delito. Es una fase muy importante en donde se tiene que respetar los derechos y garantías de toda persona que se le atribuye algún cargo —es decir algún hecho ilícito—, esto debido a que, si existen vulneraciones a derecho y garantías, los resultados de los actos de investigación practicados resultan siendo nulos, ya sea por la obtención ilícita o irregular de la prueba. Ello, traería como consecuencia que en muchas ocasiones se excluyan o, los resultados de los actos de investigación practicado en mérito a una prueba con vulneración de derechos, también sean excluidas o, en todo caso, al no respetarse el procedimiento a seguir para la realización de acto de investigación, tal como ordena la doctrina, estas al no ser convalidados, traigan también como consecuencia la no valoración de la misma.

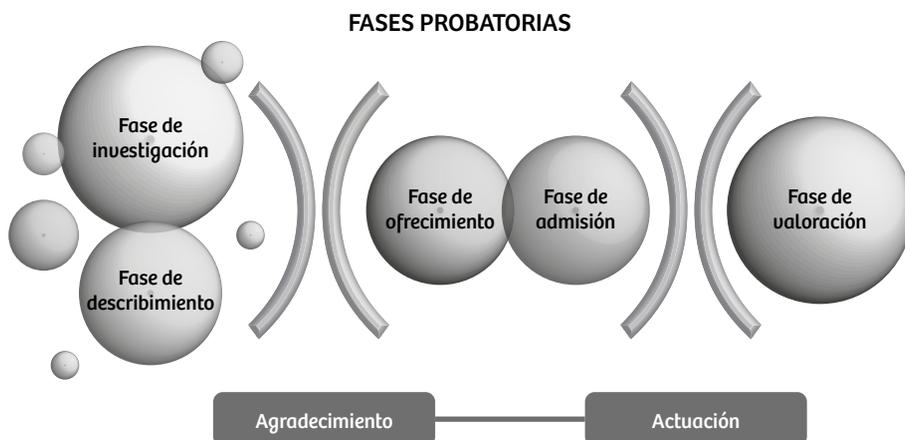
Es decir, la importancia de la forma legal bajo parámetros de respecto de derechos y garantías, resulta ser muy importante, porque a partir de allí, es en donde se inicia la licitud o regularidad de la prueba, tal es así, si esta adolece de vulneraciones a la prueba, incluso puede traer como consecuencia que una persona sea absuelto por haberse vulnerado la forma como se obtuvo la prueba. Injusto sería «condenar a un sujeto en donde se ha obtenido vulnerando sus derechos fundamentales» y, también «no sería justo para la víctima que se absuelva a un sujeto a sabiendas que merece ser culpable y que cometió el hecho ilícito». Entonces, la labor lícita o regular de recabar los actos de investigación para esclarecer los hechos es fundamental por parte de los entes investigadores del delito.

## 2. La prueba

### 2.1. Concepto de prueba

Conforme indica el Tribunal Constitucional, el derecho a la prueba, viene a ser un derecho de carácter complejo que está compuesto por el derecho a ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios; a que estos sean admitidos, adecuadamente actuados, que se asegure la producción o conservación de la prueba a partir de la actuación anticipada de los medios probatorios, y que estos sean valorados de manera adecuada y con la motivación debida, con el fin de darle el mérito probatorio que tengan en la sentencia. La valoración de la prueba debe estar debidamente motivada por escrito, con la finalidad de que el justiciable pueda comprobar si dicho mérito ha sido efectiva y adecuadamente realizado<sup>481</sup>.

### 2.2. Fases de la prueba y presupuestos de la prueba en las investigaciones:



Se dice que, en fase de investigación, en realidad no debería de hablarse de prueba, porque puramente la prueba adquiere dicho carácter en fase de juicio oral; sin embargo, se le suele denominar como –elementos de convicción–, los cuales viene a ser los resultados de los actos de investigación dispuesto por el órgano de investigación y, estas al ser valorados como tal, convencen o no al fiscal para formalizar, archivar, acusar, sobreseer o, incluso son elementos de convicción que convencen o no al juez, p.ej., cuando en base a dichos elementos de convicción se solicita prisión preventiva o algún otro requerimiento al juez. Pasa posteriormente por una etapa de admisión y ofrecimiento, al cual se le denomina medios de prueba (con el cual se va demostrar en juicio) y ya no elemento de convicción. Al final, son términos que se utilizan de forma distinta, pero están relacionados a un denominador común que se busca llegar: la prueba, en búsqueda de la verdad tanto en la investigación, así como en el plenario del juicio.

481 Cfr. STC. Exp. 6712-2005-HC/TC. Caso Magaly Jesús Medina Vela y Ney Guerrero Orellana, fundamento jurídico 15.

Bajo dicho contexto, la forma como se inicia la investigación, la fase de descubrimiento se encuentra sujeto a los actos de investigación que han de realizarse frente a la naturaleza de cada hecho en concreto. La prueba no implica que estas sean de carácter absoluta, es decir, que se descubra, se ofrezca, se admira o se valore cualquier medio de prueba, sino que esta tiene que estar comprendido por ciertos presupuestos que se establece como regla a fin de que se cumpla de manera idónea y sean admitidas y valoradas como tal. P. ej., el hecho de que alguien pretenda demostrar la falsedad ideológica de un hecho denunciado con un documento de carácter privado, ello no implica que esta sea valorada como un documento público para condenar a un sujeto. Su naturaleza siempre es privada y si esta no es de carácter público (instrumento público) al ser valorado no puede condenarse al sujeto por no cumplirse el supuesto de hecho del tipo penal. Por ello, se exige que, desde actos iniciales de investigación, se tenga que plantear una teoría para demostrar algún supuesto de hecho por alguna de las partes.



#### **Pertinencia**

Los actos de investigación que se ordenan por el fiscal o las solicitudes de la actuación de diligencias de las partes, deben guardar relación con el hecho objeto de investigación.

P. ej., si el agraviado es "X", es mismo "X" que debe declarar en relación a los hechos. Si "Z" usó un arma para lesionar, debe tratarse de la misma arma con el cual causó la lesiones.



#### **Conducencia**

Debe tratarse de una prueba o un acto de investigación idóneo para demostrar un determinado hecho con alguna prueba. No se trata de cualquier prueba, sino el adecuado e idóneo.

P. ej., si el supuesto de hecho es que hubo disparo a la víctima, entonces, la prueba idónea será demostrar dicho hecho a través de pericia de absorción o de arma de fuego.



#### **Utilidad**

No es suficiente que sea pertinente y conducente, sino que, debe servir como prueba para la investigación o el proceso penal a fin de poder convencer al Fiscal o el Juez. Tal es así, si la prueba no es útil, debe ser rechazado de plano.

P. ej., resulta útil como prueba el documento falso y la pericia grafotecnica que demuestra que es falso.

Para ello, se han desarrollado cuanto menos tres presupuestos o requisitos que debe tener la prueba: i) la pertinencia, ii) conducencia o idoneidad y, iii) utilidad. Estos tres supuestos, resultan trascendental, no solamente para ofrecer, admitir o valorar, sino también en la búsqueda de la prueba a fin de que no se vulneren derechos no solamente de la parte imputada, sino también de la parte agraviada. Esta supone poner límites y admisiones correctamente de la prueba. En muchas ocasiones, las partes solicitan la realización de actos de investigación, pero no tiene en cuenta los supuestos antes mencionados, dando entrever que «se solicita por solicitar», cuando el filtro de actuación corresponde realizar al Fiscal a fin de poder admitir o no la realización de alguna diligencia que se solicita por las partes. Y, ello debe estar en función a los supuestos señalados.

En esta fase de actuación o descubrimiento de pruebas, es en donde se tiene que respetar los derechos y garantías primigeniamente, porque a partir de allí, es que la prueba adquiere como acto de investigación su licitud o ilicitud. Tal es así, si no se ha respetado los derecho y garantías, va traer como consecuencia que en las demás fases la prueba adolezca de valoración, admisión o actuación. Por ello, la forma como se obtiene —a través de la fuente— es importante para demostrar la licitud o regularidad de la prueba.

### **2.3. Actos de investigación que puede disponerse**

El Código Procesal Penal, los denomina como medios de prueba, pero a su vez, a través de dichos medios de pruebas, se pueden recabar como actos de investigación a fin de esclarecer los hechos, así tenemos: i) La confesión; el cual viene a ser la admisión de cargo por parte del imputado, reconociéndose culpable del delito. Libre y espontaneo, corroborado, y ante autoridad competente. ii) La testimonial de una persona física, tercero ajeno a los hechos que declara sobre aquellos hechos objeto de proceso. iii) El careo; cuando se presenta contradicción entre lo declarado por un imputado con otro imputado, testigo o agraviado. Entre agraviados y entre testigos. Así como agraviados y testigos. iv) La Prueba Pericial; actividad procesal realizada por alguien que tienen conocimientos especializados, científicos, técnicos, artísticos o experiencia en un determinado campo. El Reconocimiento de personas, de voces y sonido, de cosas que serán exhibidos en la misma audiencia. v) Inspección judicial; busca comprobar las huellas y otros efectos materiales que el delito haya dejado en los lugares y cosas o en las personas. vi) Reconstrucción; busca recrear la escena y acontecimientos que rodearon la acción. vii) Prueba material; se refiere a los objetos relacionados directamente con los hechos materia de delito: cuchillo, arma de fuego, prendas, etc. Deben ser exhibidos y examinados por las partes. viii) La Prueba Documental Son los escritos, grabaciones, audiovisuales, computacionales y similares, en los que consta información relevante acerca del caso. Se introducen a juicio mediante su lectura y/o reconocimiento (por un testigo o perito). ix) Las Pruebas Especiales. Levantamiento de cadáveres, preexistencia y valorización de los bienes en delitos patrimoniales, examen de lesiones y agresiones sexual.

A través de los actos de investigación, el cual —es el camino— para recabar los elementos de convicción que más adelante será ofrecido y valorados a través de los medios de prueba, se tiene que, la forma como se realiza, obtiene y se ejecuta un acto de investigación por parte de quienes investigan el delito, deben ser respetando los derechos fundamentales y el procedimiento preestablecido. Así, p. ej., si se realiza un reconocimiento en rueda de imputado por parte de la policía con presente del fiscal, definitivamente se debe garantizar que previamente la víctima, no haya sido inducido a reconocer a la víctima. Existe en muchas ocasiones la «inducción o sindicación» para que reconozca al imputado. Asimismo, los sujetos que van ser reconocidos deben estar ser como mínimo – cuatro personas–, aunque el Código Procesal Penal no ha establecido número mínimo o máximos de personas que deben estar en la rueda a fin de ser identificados o reconocidos. Tal es así, si no se respetan dichos mecanismos de la forma o el modo como se realiza la diligencia, esto podría acarrear incluso la nulidad del acta de reconocimiento en caso que no se hayan respetado el procedimiento, siempre en cuando dicho acto no sea convalidado por tratarse de forma irregular.

### 3. Nulidad de pruebas

#### 3.1. La obtención de una prueba lícita o regular

El Código Procesal Penal en el artículo II del Título Preliminar establece que: para que se demuestre la responsabilidad de un sujeto y sea declarado culpable, se requiere de una suficiente actividad probatoria de cargo, que debe ser «obtenida y actuada con las debidas garantías procesales». Ello implica que, mientras no suceda ello, toda persona es considerado inocente. Bajo dicho contexto, es de inferirse que la prueba obtenida y actuada tiene que ser en irrestricto respecto al derecho y las garantías tal como ordena el artículo antes hechos referencia. No solamente la prueba adquiere su pleno esplendor en el juicio al valorarse como tal, sino que, también es importante su realización al momento de obtenerla, debido a que, si se obtiene con vulneración de derechos fundamentales, estas no pueden ser valoradas como tal por más que sean ofrecidas.

Frente a ello, el artículo VIII del Título Preliminar, establece que: todo medio de prueba será valorado sólo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo. Carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona. La inobservancia de cualquier regla de garantía constitucional establecida a favor del procesado no podrá hacerse valer en su perjuicio.

La mala *praxis*, al momento de obtener la prueba por ser «ilícita o irregular» trae como consecuencia que estas no puedan ser valoradas como tal por vulnerar derecho y garantías y, frente a ello, lo que corresponde es que dichas pruebas sean excluidas de la investigación, se declaren nulas, no surtan sus efectos legales, las demás pruebas que han sido obtenidas de la fuente ilícita o irregular también sean excluidas, etc. Teniendo como límite a la actuación ilícita o irregular, el derecho constitucional a la presunción de inocencia.

Sin embargo, no en todos los casos en donde haya existido violaciones a derechos y garantías al momento de obtener la prueba, es que estas sean excluidas en su integridad, sino que, se aplican excepciones a la regla general de exclusión. Tales como (a) la fuente independiente, (b) el descubrimiento inevitable, (c) la buena fe y otros que señala la doctrina de manera amplia. Sin embargo, también cabe indicar que existirían otras adicionales, tales como (i) cuando favorezca al imputado, (ii) cuando no vulnere el contenido esencial de un derecho fundamental, (iii) cuando exista una notoria o evidente realidad de los hechos, o (iv) cuando se trate de la afectación de derechos de naturaleza procesal, ante la cual debemos acudir a las reglas de la nulidad<sup>482</sup>.

Siendo así, cabe señalar que, la prueba irregular se produce por la inobservancia de una norma procesal para la obtención o actuación de un elemento de prueba, lo que

482 Pariona Canales S.C (2018). La prueba ilícita conforme al nuevo proceso penal peruano: Desmitificando la regla de la exclusión. Publicado en LP Pasión por el Derecho 17.12.2018. Recuperado de: <https://lpderecho.pe/prueba-ilicita-conforme-nuevo-proceso-penal-peruano/>

puede sustentar su exclusión probatoria, no obstante, la exclusión de los elementos de prueba derivados de una prueba irregular se sustenta, tal como lo establece el artículo ciento cincuenta y nueve del Código Procesal Penal, en la vulneración del contenido esencial de un derecho fundamental. Por tanto, la sola inobservancia de una norma procesal no implica necesariamente la exclusión de los elementos de prueba derivados de la obtención de una prueba irregular<sup>483</sup>.

Siendo así, tal como indica el profesor San Martín Castro<sup>484</sup>, es pertinente analizar la entidad de la infracción de la norma concernida, en consecuencia, se deberá tener en consideración el ámbito específico de regulación de la norma procesal, el contexto en que se suscitó su inobservancia, la persistencia en la inobservancia de la norma procesal y la intensidad de afectación del derecho fundamental, a efectos de constatar si concurre una mera inobservancia de una norma procesal o una afectación al contenido esencial de un derecho fundamental.

### **3.2. La nulidad de la prueba en el Código Procesal Penal**

Muy independiente de las reglas de exclusión de la prueba, se debe tener en cuenta los supuestos para dejar sin efectos alguna prueba en donde se haya afectado derechos y garantías. Para ello, el artículo 150 del Código Procesal Penal, establece que va existir nulidad en el supuesto de (i) la intervención, asistencia y representación del imputado o de la ausencia de su defensor en los casos en que es obligatoria su presencia, (ii) a la promoción de la acción penal, y a la participación del Ministerio Público en las actuaciones procesales que requieran su intervención obligatoria, (iii) a la inobservancia del contenido esencial de los derechos y garantías previstos por la Constitución. Asimismo, se establece los supuestos de una nulidad relativa y el acto de convalidación de la misma, conforme se indica en el artículo 151 y 152 del mismo cuerpo normativo, como p. ej., cuando se solicite el saneamiento de la prueba irregular, cuando tácita o expresamente se acepte los efectos irregulares, cuando la irregularidad de la prueba no ha afectado los derechos y facultades (debe primar la prescindencia de la nulidad).

## **4. Situaciones frecuentes de vulneraciones en la búsqueda de la prueba**

### **4.1. Caso de sembrado de drogas, armas o municiones**

Es un caso muy frecuente que suscita en la realidad el famoso «sembrado de droga<sup>485</sup>» por parte de personal policial, así se tiene p. ej., el caso de la intervención policial que se realiza a un grupo de personas y se observa a través de un video que uno de los efectivos policiales que realiza el registro vehicular, intenta sembrar la droga a uno de los intervenidos. Otro caso también difundido viene a ser la instrucción que da un jefe policial para que sus subordinados puedan realizar sembrado de droga y arma,

483 Sentencia de Casación Nro. 591-2015, Huánuco, de fecha 17 de mayo del 2017.

484 SAN MARTÍN CASTRO, Cesar E., *Delito & Proceso Penal nuevas perspectivas a cinco instituciones penales*, Jurista, Lima, 2017, p. 49.

485 Se utiliza como fuente la información relevante realizado por el Juez Edhín Campos Barranzuela, publicado en el diario el peruano y dicho video también circuló por las redes sociales. Dicha opinión ha sido publicada a través de: <https://elperuano.pe/noticia/65018-el-sembrado-de-droga>

el cual también fue grabado y difundido por un video, en donde se la escucha decir incluso: si es choro y lo sabemos, siémbrale droga, pues [...] Si yo tuviera un arsenal de armas por ahí, yo le iría poniendo de una en una para que se vaya adentro. Es la única forma de deshacernos de esa lacra<sup>486</sup>”.

Los ejemplos antes indicados, demuestran un claro ejemplo que, por más delincente que sea la persona, se trata de incriminar a toda costa para poder acreditar un delito violando derechos del imputado. Muchos de los miembros de la policía por los años de servicios dentro de su jurisdicción, ya saben «quien es delincente o no», sin embargo, ello no implica que por el hecho que sea delincente, pues se trate de obtener prueba a través del sembrado de pruebas para agravar la conducta o crear un delito.

En delitos de peligro, basta con la posesión o tenencia que se le encuentra en muchas ocasiones a las personas para ser considerado delito. Ello sucede así en el delito de tenencia o posesión de arma de fuego o municiones o como el caso de drogas. Es por ello que, al realizar el “sembrado”, p. ej., se trata de ganar más plazo para la investigación, incriminar al delincente, fabricar pruebas, evidenciar el delito. Y, son muchos los casos en donde se puede evidenciar el sembrado, cuando así se tiene un robo agravado, se siembra drogas o arma para agravar los hechos o mantener detenido al imputado. No es común y lógico en la mayoría de casos que, un delincente que se dedica a robar, p. ej., tenga tanta cantidad de droga cuando roba. Ello no sucede comúnmente, pero, en muchas ocasiones desde las máximas de la experiencia es que: «casi nadie carga droga cuando roba» o podría tener en mínima cantidad que consume para robar.

Dicha situación antes señalado, es muy frecuente en muchos casos en donde existe una formación inquisitiva por parte del ente investigador al momento de obtener las fuentes de pruebas. Ello, trae como consecuencia que, si el imputado decide declarar, por más que trate de defenderse, solo van ser «dichos o palabras» y frente a los cargos imputados por la autoridad, en muchas ocasiones prima las actas, declaraciones, pericias, etc., y el principio de confianza de la autoridad, ocasionando que, en muchos casos frente a ello, incluso se llegue a condenar a personas que no cometieron algún ilícito penal. En la secuela de la investigación y el proceso, se puede evidenciar en mínimos casos sobre la irregularidad o ilicitud de la obtención de la prueba. No en todos los casos. Frente a ello, también hay casos en donde existen en realidad la comisión del ilícito penal y, la alegación por las partes siempre es el famoso «famoso sembrado de prueba», es como si se tratara de una situación generalizada en donde muchos delincuentes optan por asumir la defensa del sembrado, cuando a veces ello no ha ocurrido; por ello, es que debe analizarse un caso de manera particular a fin de evidenciar o no con pruebas, otros medios periféricos sobre el supuesto sembrado, pero, en muchos casos al ser generalizado, pueden ser que sean ciertas o no, primando a veces el principio de confianza de autoridad frente al dicho del delincente. Dándose el silencio con la sentencia condenatorio frente al grito del delincente.

486 Fuente de información publicado a través del periódico El Comercio, obtenido de: <https://elcomercio.pe/lima/policiales/graban-jefe-policial-huacho-pidiendo-sembrar-droga-armas-detenidos-444014-noticia/?ref=ecr>

Lo que corresponde frente a evidencias de que haya existido el sembrado de pruebas, es la exclusión del acta de intervención y las demás actas policiales que fueron confeccionadas en mérito a ello. P. ej., si se tiene un caso en donde se evidenció con fotos o videos que se sembró la droga y resulta que dicha droga aparece en el acta policial como que se le encontró al imputado en su poder; al excluir —es decir: al declarar la nulidad del acta de intervención—, sus efectos también alcanzarán a otras actas tales como el de registro personal, acta de incautación y decomiso de droga, acta de pesaje de droga, etc. Y, lo que se ocasiona frente al ente investigador del delito es que el caso termina «cayéndose» vía tutela de derechos.

#### **4.2. Caso de modificatoria de actas por la Policía**

La defensa se pregunta: – ¿por qué tanto demora la policía en confeccionar las actas? Entonces, resulta que, en muchos casos, se hacen modificaciones a actas iniciales ya confeccionados a fin de agregar o hacer prevalecer porque la autoridad no estuvo debidamente capacitado en consignar toda la información relevante para dicha acta no sea cuestionado más adelante, p. ej., cuando se olvidaron de justificar los motivos por el cual la acta se terminará de confeccionar en la sede policial, cuando en el acta no se consigna que se hizo lectura de sus derechos al imputado, no se le informó que tiene derecho a contar con un abogado defensor o de comunicarse con algún familiar de confianza, etc.

Frente a ello, la celeridad de la investigación es fundamental, más aún, cuando se trata de casos en flagrancia, debido a que se necesita que el Ministerio Público como director de la investigación, dentro del plazo de flagrancia debe tomar decisión si pasa al detenido al órgano jurisdiccional con alguna medida o, en todo caso va otorgar la libertad. La situación de modificar actas o agregar escritos en actas, genera suspicacia sobre todo para la defensa, quien preocupadamente exigen los documentales a fin de tomar conocimiento de los cargos y los actos urgentes e inaplazables que van disponerse, por ello, es que el fiscal como director de la investigación también debe hacer prevalecer el rol de supervisar y dirigir la investigación en cuando tenga conocimiento de la detención de alguna persona.

#### **4.3. Caso de sembrado de objetos para agravar el delito**

Otra situación también se presente, p. ej., cuando se tiene algún caso de hurto. El imputado niega haber realizado violencia, nunca le propinó golpes a la víctima, pero la víctima refiere que le propinó golpes y que fue con violencia el «supuesto hurto», sin embargo, resulta que cuando va pasar el examen de integridad física, tanto la víctima como el imputado no tienen ningún indicio de violencia. Otra situación que merece analizarse es cuando existe un «sembrado de objetos» tales como desarmador, cuchillos, piedras, o algún objeto con el cual pueda amenazar a la víctima y, esta sostiene que, efectivamente le amenazó con algún objeto, sin embargo, cuando se realiza el registro personal al detenido no se encuentra algún objeto, pero terminan incriminado con algún objeto para agravar el delito de hurto a robo, Y, cuando se solicita los videos resulta que el detenido no realiza dicha conducta y no tiene ningún objeto con el cual amenaza a la víctima.

También es un supuesto que se ha podido evidenciar —desde la experiencia—. Frente a ello, el caso se debilita, se evidencian contradicciones, se desvirtúan las pruebas y, los casos terminan «cayéndose» por falta de verosimilitud y contradicciones entre los testigos y las demás pruebas que contradicen, más aún cuando el imputado no firma las actas y existen videos o fotos que demuestran lo contrario a los cargos que se imputan.

#### **4.4. Caso de Cámara Gesell**

La forma que establece la ley, p. ej., en los casos de violación sexual es que, los menores o adultas mayores sus declaraciones sean tomadas a través de la Cámara Única Gesell, sin embargo, pese a la exigencia de la Ley, es que muchas ocasiones las declaraciones por motivos de urgencia y necesidad, son tomados en despacho fiscal o sin presencia del juez. Toda vez que la ley establece que dicha prueba debe tener la naturaleza de prueba anticipada y, por lo tanto, debe realizarse con presencia de juez y en base a los principios de oralidad, contradicción, inmediación etc., y; por lo tanto, dicha diligencia no debe practicarse como si se tratara de una prueba preconstituida.

Sin embargo, frente a la naturaleza de la diligencia y de la prueba, también adquiere cierto grado de irregularidad cuando la diligencia no es practicado como un mecanismo de prueba anticipada, situación que amerita corregirse a fin de evitar cuestionamientos en juicio, debido a que, la ley establece cual es el medio de prueba que debe realizarse la diligencia (toma de declaración de menores). Y, frente a ello, la Corte Suprema se ha pronunciado a través de la Casación Nro. 21-2019-Arequipa. Bajo dicho contexto, evidentemente existe una irregularidad de la prueba al momento de obtenerse cuando no se sigue el mecanismo adecuado, por ello, es que las diligencias practicadas por el Ministerio Público, deben ser realizado bajo el mecanismo de prueba anticipada, no obstante, la irregularidad de la prueba, no implica que este no tenga efectos para no ser valorados, sino que esta debe ser corroborados y valorados también con otros medios de pruebas de manera periférico.

### **5. Conclusiones:**

- a) En todos los casos que se evidencia la ilicitud de la obtención de la prueba, correspondería excluirla en función a las reglas de exclusión. O, si se tratara de una prueba irregular, convalidar dicho acto a fin de que esta pueda surtir sus efectos de valoración.
- b) No se puede combatir el delito con otro delito. Es decir, «sembrado prueba». Por ello que, frente a conductas en donde se evidencien, merecen ser sancionados disciplinariamente o a través de la vía penal, debido a que se trata de conductas que atentan a la libertad personal, exponiendo a pérdida de libertad a personas bajo hechos que no merecen ser pasibles de alguna sanción. Se ocasiona un perjuicio.
- c) El Fiscal, como director de la investigación, debe garantizar que las investigaciones se lleven a cabo con las formalidades regulares y lícitas a fin de no perjudicar

las investigaciones. Al final, es el Fiscal quien plantea su teoría de caso desde la investigación a fin de acusar o archivar una investigación.

- d) Se deben garantizar en todo momento los derechos de los imputados desde el momento de la intervención hasta que culmine la investigación, incluso cuando se acusa y en juicio. Esto, a fin de evitar las nulidades que se podrían deducirse vía alguna tutela de derechos por parte de las defensas.

## 6. Bibliografía

- Cfr. STC. Exp. 6712-2005-HC/TC. Caso Magaly Jesús Medina Vela y Ney Guerrero Orellana.
- Pariona Canales S.C (2018). La prueba ilícita conforme al nuevo proceso penal peruano: Desmitificando la regla de la exclusión. Publicado en LP Pasión por el Derecho 17.12.2018. Recuperado de: <https://lpderecho.pe/prueba-ilicita-conforme-nuevo-proceso-penal-peruano/>
- Sentencia de Casación Nro. 591-2015, Huánuco, de fecha 17 de mayo del 2017.
- SAN MARTÍN CASTRO, César E., Delito e Proceso Penal nuevas perspectivas a cinco instituciones penales, Jurista, Lima, 2017.
- Campos Barranzuela, E. (2019). El sembrado de droga. Publicado en el diario El Peruano el 24.03.2018, recuperado de: <https://elperuano.pe/noticia/65018-el-sembrado-de-droga>
- Diario El Comercio (2017), Graban a jefe policial de Huacho pidiendo “sembrar” droga y armas a detenidos. Publicado el 21.07.2017, obtenido de: <https://elcomercio.pe/lima/policiales/graban-jefe-policial-huacho-pidiendo-sembrar-droga-armas-detenidos-444014-noticia/?ref=ecr>







BICENTENARIO  
DEL PERÚ  
2021 - 2024



## Ministerio de Justicia y Derechos Humanos

Secretaría Técnica de la Comisión Especial  
de Implementación del Código Procesal Penal

Scipión Llona 350, Miraflores, Lima 18, Perú  
Teléfono (511)204-8020 (511)204-8076 – Anexos 1268 y 1397