



“La reforma ha revalorado el juzgamiento, colocándolo en lugar principal y decisivo, de ahí que le asigne la máxima jerarquía, mientras que las etapas precedentes lo sirven y preparan”

El Proceso Común, Vía Emblemática del Código Procesal Penal del 2004 (CPP) y su Primera Etapa: la Investigación Preparatoria

231

Mario Pablo Rodríguez Hurtado*

1. EL PROCESO COMÚN EN EL CPP

Luego de recoger y desarrollar los principios del modelo, cuyas fuentes, los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos y la Constitución de 1979, replicada por la Carta de 1993, han dado a luz un estándar internacional, regional y nacional de justicia democrática; y de definir la misión de cada sujeto procesal participante, el CPP instituye la estructura y vía emblemáticas que lo caracterizan, el proceso común, al que dedica su Libro Tercero que norma los objetivos, la jerarquía y el tránsito de las tres etapas que lo componen, esto es, la investigación preparatoria (321 – 343)¹, la etapa intermedia (344 – 355) y el juzgamiento (356 – 403), fase esta calificada como la principal del proceso.

Al configurar el proceso común, como cauce por el que deben discurrir todos los asuntos penales, salvo que por específicas razones, se opte por un proceso especial (Libro Quinto)², la reforma normativa ha creado un escenario para que la generalidad de los conflictos suscitados por el delito se resuelvan o redefinan mediante una indagación fiscal objetiva de los hechos y responsabilidades; a través del planteamiento, cuando corresponda, de la pretensión procesal punitiva, expresada en una acusación, sometida a estrictos controles, y, sobre todo, de su acreditación probatoria en juicio público, oral y contradictorio, como ineludible requisito del pronunciamiento jurisdiccional o fallo

* Profesor de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal y Litigación Oral en la Pontificia Universidad Católica del Perú, la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y la Academia de la Magistratura.

1 En adelante la numeración entre paréntesis remite al artículo correspondiente del CPP, salvo indicación diferente

2 Por razones de:

a) simplificación procesal: Proceso inmediato (446 – 448) y terminación anticipada (468 – 471), b) promoción de la delación o disociación a través de la colaboración eficaz (471 – 481), entre asociados a organizaciones criminales y agentes o partícipes de delitos muy graves, c) ejercicio privado de la acción penal bajo la forma de querrela (459 – 467), d) encausamiento por delitos de función de altos cargos o funcionarios públicos que gozan de antejuzicio (449 – 451), e) encartamiento por delitos comunes atribuidos a congresistas y otros funcionarios (452 – 453), f) sustanciación por delitos de función cometidos por otros funcionarios públicos como magistrados y fiscales (454 – 455), g) de seguridad para atender la situación procesal de los inimputables (456 – 458, y h) conocimiento de las faltas o hechos punibles de menor envergadura (481 – 486)

imparcial. De esta manera se sirven apropiadamente las expectativas sociales de seguridad, eficacia y resarcimiento, y también las personales de respeto de los derechos básicos, garantías y escudos protectores del procesado, evitándose errores judiciales que favorezcan la impunidad criminal o desestimen, sin razón suficiente, la presunción de inocencia.

El proceso común, al ser la única vía procesal, evita la dispersión y la pérdida de eficacia, facilitando la actuación de todos los actores del sistema e imposibilitando injerencias o invasiones funcionales irregulares. Gracias al proceso común el Fiscal asume plenamente la investigación del delito, dirigiendo todas las fuerzas pesquisidoras, especialmente las policiales, según la estrategia formulada a partir de la noticia criminal recibida (IV, 60, 65, 67, 68, 321). Por su lado, el imputado y la defensa tienen amplias posibilidades para resistir la persecución fiscal y aportar elementos de convicción de descargo (IX, 71, 80, 337), en tanto que el órgano jurisdiccional, desde el inicio de la indagación o las tempranas diligencias preliminares, garantizará el respeto de los derechos fundamentales, especialmente el de igualdad, o dispondrá su restricción cautelar, para luego, controlar el requerimiento fiscal de sobreseimiento o, en su momento, la acusación, y, por último, conducir el juicio público y fallar sobre la base de la actuación probatoria que ante él representen las partes o adversarios (I, II, V, VI, VII, 16, 19, 26 – 30, 330, 203, 254, 345, 351, 356, 363, 375 – 385, 398, 399). Con el proceso común nunca más se presentarán situaciones tan paradójicas como las permitidas por la legislación inquisitiva o mixta, que presenta jueces que investigan y a la vez sentencian, fiscales constreñidos al simple dictamen y defensores imposibilitados de acceder plenamente al sumario.

La fluidez o agilidad del proceso común se evidencia cuando se comprueba que sus normas reguladoras hacen casi imposible violar el derecho al plazo razonable, mal endémico que caracteriza al servicio de justicia penal. En efecto, durante la investigación, los plazos de las diligencias preliminares, 20 días u otro que razonablemente fije el Fiscal (334), y de la investigación preparatoria formalizada, 120 días, en casos simples, u ocho meses, en casos complejos (342), una vez a término no se admite dilación mayor porque la demora será inmediata y firmemente corregida por el Juez a través de audiencias de control de plazo (334.2, 343). El tránsito de la etapa intermedia tampoco ofrece oportunidad para dilaciones, pues el tiempo que transcurre entre el requerimiento fiscal de sobreseimiento, su control en audiencia y el auto judicial respectivo, así como el que pasa entre la emisión de la acusación escrita, su control, también en audiencia, y la expedición, cuando corresponda, del auto de enjuiciamiento, está debidamente señalado (344.1, 345.1.3, 346, 347, 350, 351, 353). Por su parte, en el juzgamiento la regla es tajante: la audiencia se desarrolla en forma continua a través de sesiones sucesivas hasta su conclusión, no permitiéndose, entre sesión y sesión, atender otra causa (356.2, 360.1.5)

1. Superación de las obsoletas vías procesales ordinaria y sumaria

Ante el discurrir moroso del proceso penal en los distritos judiciales donde aún rigen el Código de Procedi-

mientos Penales (C. de PP) y el D. Leg. 124, uno referido a causas ordinarias y el otro a sumarias, cualquier observador neutral descubrirá inconsistencias y absurdos que producen dilaciones indebidas y deslegitiman el servicio de justicia penal. No existe razón alguna para consagrar el despropósito de fraccionar la investigación en una fase inicial a cargo del Fiscal (Ley Orgánica del Ministerio Público – LOMP. D. Leg. 052, Ley 27934 que regula la intervención de la policía y el Ministerio Público en la investigación preliminar del delito), y otra judicial, bajo el nombre de instrucción (77 C. de PP, 3 D. Leg. 124), que arrebatada de las manos del Ministerio Público la indagación y la endosa a un Juez que no ha tenido contacto con la noticia criminal y menos con las primeras y muchas veces decisivas pesquisas iniciales, urgentes e inaplazables. No extraña, entonces, que luego del auto de apertura judicial la causa se sumerja en el mar burocrático de la escritura y la rutina oficinesca, siempre infértiles, lo que empeora todavía más si concluida la instrucción, en las causas sumarias, que representan casi el 90% de los procesos, se confía al juez instructor, prevenido y contaminado por la tarea indagadora de persecución, por lo tanto sin imparcialidad, la grave tarea de fallar o sentenciar los asuntos, fusionando en un solo puño dos actividades procesales excluyentes: la investigación y el fallo, sin siquiera haber sometido la pretensión punitiva a los benéficos aires del juicio público, oral y contradictorio. Así, ayuno de auténtica prueba, con meros actos de investigación, el Juez pesquisa y decide la suerte de infelices procesados y víctimas, violando objetivamente el debido proceso, justo y legal. El procedimiento ordinario, pese a que formalmente aún conserva una etapa de juzgamiento, no logra evitar la asfixia que le inflige la sobredimensionada instrucción, en forma tal que, sin distinguir entre actos de investigación y actos de prueba, admite que las sentencias se construyan apreciando no sólo las pruebas producidas en audiencia sino también los testimonios, peritajes y actuaciones de la instrucción (280 C. de PP), lo que equivale a homologar indebidamente, dándoles igual jerarquía, las actividades de indagación, enfiladas a configurar la pretensión procesal fiscal, con las de prueba, practicadas bajo cánones de oralidad, publicidad, igualdad de armas, intermediación y contradictorio, eficaces, éstas sí, para la emisión de un fallo.

El proceso común del CPP corta este nudo gordiano y saca del atasco las causas, dotando al Fiscal de amplias prerrogativas para que investigue eficaz y eficientemente, al imputado para que ejercite todos los derechos y garantías que derivan de la presunción de inocencia y a los jueces para que cuiden la regularidad del proceso, tutelen los derechos de los imputados o los restrinjan y, en su momento, sentencien imparcialmente.

2. Principalidad del juicio público y oral

La reforma ha revalorado el juzgamiento, colocándolo en lugar principal y decisivo, de ahí que le asigne la máxima jerarquía, mientras que las etapas precedentes lo sirven y preparan. Es el caso de la investigación, fase flexible, reservada y breve, dedicada al acopio de información probatoria para permitirle al Fiscal configurar una pre-

tensión procesal punitiva, con atributos suficientes que hagan viable su probanza y debate en juzgamiento, y otro es el de la etapa intermedia, cabal filtro o crisol de saneamiento de la acusación. Hasta antes del juzgamiento los sujetos procesales, con calidad de parte, reúnen elementos de convicción de cargo y de descargo, con la perspectiva de utilizarlos, mediante la actuación de medios probatorios, en el juicio, procurando llevar información de calidad al juzgador y convencerlo para reclamar de él un pronunciamiento final en consecuencia.

En el proceso común la misión, importancia, dimensión y peso de cada una de sus etapas no son intrascendentes, esto porque la investigación no ha sido instituida para el Juez y menos para sostener una sentencia, sino para la persecución fiscal y los descargos del inculcado; la etapa intermedia tampoco existe para decidir el asunto, únicamente controla la legitimidad del sobreseimiento o viabilidad de la acusación. Es recién con el juicio público y oral y la prueba actuada por las partes, que el Juez queda en óptimas condiciones para impartir justicia, en un contexto pulquérrimo de imparcialidad e inmediatez, expidiendo sentencia condenatoria o absolutoria (375 – 385, 398, 399)

II. LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA

La mejor manera de entender la sistemática del proceso común es diferenciar sus fases según la finalidad que persiguen; así, la investigación preparatoria se dedica a reunir los elementos de convicción de cargo o de descargo y de esta manera permitir al Fiscal plantear o no acusación, y al imputado preparar su defensa (321). Esta tarea investigadora, siendo importante, no es lo mismo que la actuación probatoria, típica del juzgamiento, razón por la cual se entiende que carezca de atributo jurisdiccional, pese a su práctica fiscal o policial. La investigación, entonces, habrá de ser entendida como la etapa en que se consiguen los insumos que permitan configurar la pretensión punitiva del representante del Ministerio Público y la libertaria del imputado.

1. Secuencia

La secuencia o pasos que componen la investigación preparatoria son los siguientes:

Noticia criminal

- Denuncia (326):
De la víctima o de cualquier persona.
Obligatoria, en especial para los profesionales de la salud, educadores y funcionarios o servidores públicos
- Comunicación de juez no Penal (10)
- Noticia policial (67, 331):
 - A consecuencia de un arresto ciudadano (260) o por detención policial en delito flagrante (259)

La Fiscalía como destinataria de las noticias criminales (IV, 60, 61)

Diligencias preliminares (65, 330)

- Con intervención de la policía (68, 332).
- En el despacho fiscal
- Finalidad: Realizar actividades de investigación urgentes e inaplazables
- Plazo (334): 20 días u otro fijado por el Fiscal. El afectado por un plazo excesivo o irracional puede recurrir al Juez para que en audiencia se pronuncie al respecto.

Calificación fiscal de las denuncias, el informe policiales o las diligencias preliminares (334, 336)

Alternativas:

- No procede formalizar y continuar con la investigación por lo que se ordena archivar lo actuados
- Prohibición de revivir causas archivadas salvo que se aporten nuevos elementos de convicción (335)
- Reserva provisional por falta de requisitos de procedibilidad.
- Intervención policial para identificar al autor o partícipe.
- Abstención del ejercicio de la acción penal, en delitos no graves, por aplicación de los criterios de oportunidad o procedencia de un acuerdo reparatorio (2)
- Formulación directa de acusación (336.4)
- Formalización y continuación de la investigación

Intervención del Fiscal Superior (334.5)

Resuelve la queja del denunciante no conforme con el archivo o la reserva provisional de actuaciones, ordenando:

- a) El archivo
- b) La formalización de la investigación
- c) Se proceda como corresponda

Disposición fiscal de formalización y continuación de la investigación preparatoria (336)

Requisitos:

- Indicios reveladores de la existencia de un delito.
- Acción penal no prescrita.
- Individualización del imputado.
- Satisfacción de los requisitos de procedibilidad específicos.
- Aviso de la formalización al Juez de la Investigación Preparatoria (3)

Plazo de la investigación formalizada (342):

- Casos simples. 120 días, ampliación de 60 días por una sola vez.
- Casos complejos: 8 meses, ampliación por igual término, concedida por el Juez.

Diligencias de la investigación preparatoria (337)

- Pertinentes y útiles. Comprenden la concurrencia del imputado, agraviado y cualquiera que pueda informar sobre circunstancias útiles para los fines de la investigación.
- Relación de diligencias: Confesión (160), testimonio (162), pericia (172), careo (182), documental (184), reconocimiento de personas y de cosas (189, 190), inspección y reconstrucción (192), especiales (195 y siguientes: levantamiento de cadáver, necropsia, embalsamamiento, examen de lesiones y agresión sexual, examen en caso de aborto y preexistencia y valorización patrimoniales), circulación y entrega vigilada de bienes delictivos (340) y agente encubierto (341)
- Búsqueda de pruebas y restricción de derechos: Control policial de identidad (205), video vigilancia (207), pesquisas (retenciones, registro de personas: 208 – 210), intervención corporal (examen corporal del imputado, de otras personas, o para prueba de alcoholemia: 211 – 213), allanamiento (214), exhibición, incautación o secuestro de bienes (218, 220), interceptación e incautación postal (226), intervención de comunicaciones y telecomunicaciones (230), aseguramiento e incautación de documentos privados (232), levantamiento del secreto bancario y de la reserva tributaria (235), y clausura o vigilancia de locales e inmovilización (237)
- Las que se practican en esta etapa formalizada no repiten las diligencias preliminares
- Las partes pueden solicitar su actuación al Fiscal quien las realizará si las estima conducentes y pertinentes. La discrepancia sobre su procedencia la resuelve el Juez

Conclusión de la investigación preparatoria (343)

- Por cumplimiento de su objeto.
- Por vencimiento del plazo.
- La discrepancia entre el Fiscal y las partes sobre el vencimiento la resuelve el Juez en una audiencia de control del plazo.

Intervención del Juez de la Investigación preparatoria (V, 29, 323)

Rol de tutela (71.4)

- El imputado acude a él buscando tutela por considerar que sus derechos no son respetados.

- Audiencia y emisión de resolución que subsana omisiones, corrige lo indebido o extiende tutela.

Competencia (29)

Al recibir la comunicación del Fiscal informándole que ha formalizado la investigación, el Juez asume competencia

Audiencia de control de plazo (343)

La resolución desestima la solicitud u ordena la conclusión de la etapa, en este caso el Fiscal en 10 días debe solicitar el sobreseimiento o acusar

Procedencia o no de diligencias de investigación solicitadas por las partes (337.5)

Resuelve la discrepancia sobre la procedencia o no de éstas.

Adopción de medidas limitativas de derechos (VI, 29.2)

Personales

- Detención preliminar judicial y audiencia de convalidación (264, 265)
- Prisión preventiva, presupuestos de la misma (268), audiencia para su adopción (271), plazo de nueve o dieciocho meses (272), apelación del auto que la impone (278), prolongación (274) y cese (283)
- Incomunicación (280)
- Comparecencia (286, 287, 291)
- Detención domiciliaria (290)
- Impedimento de salida (295)
- Internación preventiva (293)
- Suspensión preventiva de derechos (297)

Búsqueda de pruebas y restricción de derechos

- Control policial de identidad (205)
- Controles policiales en vías, lugares o establecimientos públicos para identificar personas, revisar sus efectos personales y comprobar si portan sustancias personales o instrumentos prohibidos o peligrosos (206)
- Tomas fotográficas y registro de imágenes (video vigilancia), uso de otros medios técnicos especiales de observación, en lugares abiertos, cerrados o en el interior de inmuebles (207)
- Pesquisas o inspección en lugares abiertos, cosas o personas, incluyendo el recojo y conservación de elementos materiales útiles, y el levantamiento de planos de señales, descriptivos y fotográficos (208)
- Retenciones hasta por cuatro horas de personas durante pesquisas policiales. Extensión de la retención con autorización judicial (209)

- Registro personal, de vestimenta, equipaje, bultos y vehículo (210)
- Intervenciones corporales que importan un examen corporal, con consentimiento o no del interviniente o de tercero y toma de muestras de sangre, piel o cabello (211, 212)
- Alcoholemia (213)
- Allanamiento (214)
- Exhibición e incautación de bienes (218)
- Interceptación, incautación y apertura de correspondencia (226)
- Intervención de comunicaciones y telecomunicaciones (230)
- Incautación de documentos privados (223)
- Levantamiento del secreto bancario y de la reserva tributaria (235)
- Clausura o vigilancia de locales e inmovilización (237)

Reales

- Embargo (302)
- Orden de inhibición de disposición o de gravar bienes (310)

- Desalojo preventivo (311)
- Medidas anticipadas destinadas a evitar la permanencia del delito o la prolongación de sus efectos lesivos. Ejecución anticipada y provisional de las consecuencias pecuniarias del delito (312)
- Medidas preventivas contra las personas jurídicas (313)
- Pensión anticipada de alimentos (314)
- Incautación confirmatoria (316)

Prueba anticipada (29.3, 242)

Práctica y desarrollo en audiencia, antes del juicio, por razones de urgencia e imposibilidad de realización en juicio o por su naturaleza definitiva e irrepetible (245)

2. Noticia criminal y denuncia

El punto de partida de la investigación preparatoria se encuentra en la noticia criminal, es decir, en la información que trasciende sobre el acaecimiento de un hecho delictuoso, procedente de la víctima o de cualquier persona bajo la forma de denuncia (326), cuyo último e idóneo receptor es el Fiscal. Para el común de la gente denunciar no es una obligación, menos aún cuando se trata de familiares, pero si lo es para los profesionales de la salud³ y educadores por los delitos que conozcan en el

3 En sentido contrario se pronuncia la Corte Interamericana de Derechos Humanos al expedir sentencia, de 18 de noviembre de 2004, en el caso De la Cruz Flores vs. Perú y precisar entre sus fundamentos lo siguiente:

“c) Penalización del acto médico (...)

94. La Corte observa que el acto médico se encuentra reconocido en numerosos documentos declarativos y normativos relevantes de la profesión médica. A modo de ejemplo, el artículo 12 del Código de Ética y Deontología del Colegio Médico del Perú consagra que “[a]cto médico es toda acción o disposición que realiza el médico en el ejercicio de la profesión médica. Han de entenderse por tal, los actos de diagnóstico, terapéutica y pronóstico que realiza el médico en la atención integral de pacientes, así como los que se deriven directamente de éstos. Los actos médicos mencionados son de exclusivo ejercicio del profesional médico”.

95. A título informativo, la Corte recuerda que el artículo 18 del I Convenio de Ginebra de 1949, señala que “[n]adie podrá ser molestado o condenado por el hecho de haber prestado asistencia a heridos o a enfermos”. Asimismo, el artículo 16 del Protocolo I y el artículo 10 del Protocolo II, ambos Protocolos a los Convenios de Ginebra de 1949, disponen que “[n]o se castigará a nadie por haber ejercido una actividad médica conforme con la deontología, cualesquiera hubieran sido las circunstancias o los beneficiarios de dicha actividad”. Al momento de la ocurrencia de los hechos del presente caso, el Perú ya era parte de dichos instrumentos internacionales.

d) Obligación de denuncia respecto de posibles actos delictivos por parte de los médicos

96. La sentencia de 21 de noviembre de 1996 (...) consideró, además, “que cuando un galeno tiene la simple presunción o el conocimiento del origen ilícito de las lesiones causadas a un individuo, está obligado a denunciar el hecho o ponerlo en conocimiento de las autoridades para que realicen las investigaciones respectivas”.

97. Al respecto, la Corte considera que la información que el médico obtiene en ejercicio de su profesión se encuentra privilegiada por el secreto profesional. Por ejemplo, el Código Internacional de Ética Médica de la Asociación Médica Mundial dispone que “el médico debe guardar absoluto secreto de todo lo que se le haya confiado, incluso después de la muerte del paciente”.

98. En este sentido, la Constitución del Perú de 1993, que prevalece sobre cualquier otra norma interna del ordenamiento jurídico peruano, establece en su artículo 2.18 que toda persona tiene derecho a mantener reserva sobre sus convicciones políticas, filosóficas, religiosas o de cualquier otra índole, así como a guardar el secreto profesional.

99. A su vez, el Código de Procedimientos Penales dispone en su artículo 141 que “no podrán ser obligados a declarar: 1. los eclesiásticos, abogados, médicos, notarios y obstetrices, respecto de los secretos que se les hubiera confiado en el ejercicio de su profesión”.

101. La Corte considera que los médicos tienen un derecho y un deber de guardar confidencialidad sobre la información a la que tengan acceso en su condición de médicos.

102. En consecuencia, a la luz de las consideraciones precedentes, el Tribunal estima que al dictar la sentencia de 21 de noviembre de 1996 el Estado incurrió en una violación del principio de legalidad, por: tomar en cuenta como elementos generadores de responsabilidad penal la pertenencia a una organización terrorista y el incumplimiento de la obligación de denunciar y, sin embargo, sólo aplicar un artículo que no tipifica dichas conductas; por no especificar cuál o cuáles de las conductas establecidas en el artículo 4 del Decreto Ley No. 25.475 eran las cometidas por la presunta víctima para ser responsable del delito; por penalizar el acto médico que no sólo es un acto esencialmente lícito, sino que es un deber de un médico el prestarlo; y por imponer a los médicos la obligación de denunciar posibles conductas delictivas de sus pacientes con base en la información que obtengan en el ejercicio de su profesión”.

El precedente vinculante de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia, en el Recurso de Nulidad N° 1062-2004 Lima, de 22 de diciembre de 2004, introduce un matiz sobre este asunto al indicar que debe distinguirse entre atender circunstancial y aisladamente a pacientes que denotaban estar incurso en delitos de terrorismo y omitir la denuncia, y estar ligado como colaborador clandestino de la organización terrorista brindando apoyo a heridos y enfermos de ese aparato (Jurisprudencia. Separata del diario oficial El Peruano, Lima, viernes 31 de diciembre de 2004. Año XIII, N° 817, páginas 6145 – 6147)

desempeño de su actividad, y también para los funcionarios públicos que tomen conocimiento de la realización de un hecho punible (326).

Dado el contenido de la noticia criminal, ésta deberá ser recabada cuidadosamente para aprovechar al máximo la información que trae, un descuido en su trato podría motivar el fracaso de la indagación. Como quien informa o denuncia es portador de diversos datos, el receptor tratará de recaudar el máximo de ellos: las circunstancias de tiempo y modo del hecho, las características de los participantes, los instrumentos y medios utilizados, etc.; la forma más eficiente para lograrlo es la confección y empleo de formatos que detalladamente homogenicen el elenco de detalles requeridos. No se yerra cuando se afirma que la noticia criminal proporciona los insumos de la pesquisa y que ésta alcanzará su meta en la medida que convierta tales elementos en un relato fáctico consistente.

3. Proceder fiscal estratégico

Con el proceso común la época del trabajo fiscal burocrático, rutinario, repetitivo y acrítico de las actuaciones autónomas o delegadas policiales, ha sido sustituido por la actuación estratégica y planificada del Ministerio Público (65.4). Esto explica porque el Fiscal, inmediatamente después de recibir la noticia criminal, sino la desestima de plano por carecer de relevancia penal o no aludir un hecho por lo menos sospechoso de delito (329), decidirá la estrategia de pesquisa, según las primeras hipótesis a confirmar o desechar, agrupará y escuchará a todos las personas e instituciones que lo respalden, y programará la práctica de los actos de investigación más urgentes e inaplazables, con la clara perspectiva de adoptar, más adelante, una disposición de archivo; o, sino, un camino simplificador que aplique criterios de oportunidad o acuerdos reparatorios para asuntos de pequeña y mediana gravedad; formalizar la investigación preparatoria, completar la indagación, construir la pretensión punitiva, vencer los filtros de control y, llegado el momento, probarla en juicio, obteniendo un fallo condenatorio que la confirme.

Un acápite decisivo de esta estrategia es el celo del Fiscal por el respeto de los derechos fundamentales del inculcado y la regularidad de las diligencias que se practiquen, porque su ofensa o incumplimiento traerá la exclusión o invalidez de los actos de investigación ilícitos (VIII). Otro punto neurálgico está referido al empleo en la pesquisa de pautas, técnicas y medios eficaces, lo que confirma el aserto que cuanto más se recurra a la ciencia y criminalística⁴ para elucidar los hechos, más efectivo será el proceso y más evidente su jaez civilizada y democrática.

En la medida que la investigación sea estratégica desde su inicio, las condiciones para la elaboración de la teoría del caso del Fiscal y de la defensa del imputado estarán aseguradas, pues, poco a poco, agrupando información

probatoria de cargo y de descargo, cuando la indagación concluya, el Fiscal podrá decidir si tiene un caso o no, y, si lo tiene, formular acusación, surgida de la concurrencia de tres aspectos decisivos: el relato fáctico, la hipótesis o teoría jurídica que acoja éste y los medios de prueba que acrediten la pretensión punitiva; por su lado la defensa configurará su planteamiento encaminado a confrontar la tesis fiscal y alcanzar la absolución.

4. Ministerio Público y Policía Nacional del Perú (PNP), binomio investigador

La Constitución (159, 166) atribuye al Ministerio Público y a la PNP la investigación del delito. Como es obvio, tratándose de una misma actividad estatal en la que participan dos aparatos institucionales diferentes, es indispensable determinar a cuál de ellos corresponde asumir la dirección, conducción y responsabilidad central de la pesquisa, por definición una labor en equipo. La Carta Política vigente (159.4) contesta este interrogante, como lo hizo también la Constitución de 1979 (250.5), el órgano dirigente de la investigación del delito es el Ministerio Público, y la PNP está obligada a cumplir los mandatos emanados de aquel en el ámbito de su función. Este esquema no importa preterición y menos rechazo de la función policial, por el contrario, es la base para que los fiscales puedan cumplir debidamente su tarea persecutoria, ya que a ellos, y a nadie más, el ordenamiento ritual los considera destinatarios finales de las noticias criminales, sujetos procesales encargados de determinar la estrategia de indagación, disponer la práctica de diligencias preliminares, archivar los asuntos instruidos, en caso contrario, abstenerse del ejercicio de la acción penal por criterios de oportunidad o acuerdos reparatorios, ejercerla formalizando la investigación preparatoria; practicar actos de pesquisa formales, reunir elementos de convicción de cargo y de descargo, en el marco de estricto respeto por los derechos fundamentales de los justiciables, requerir el sobreseimiento o plantear acusación y, sobre todo, probarla en juicio para recabar una sentencia condenatoria que la confirme. La policía, tampoco los agraviados o víctimas, pese a ser éstos directos afectados, pueden asumir en el proceso penal el papel del Ministerio Público, titular del deber-poder que pone en marcha al órgano jurisdiccional.

La armoniosa actividad pesquisidora de fiscales y policías, dependerá en gran medida de que los representantes del Ministerio Público sepan dirigir a todas las fuerzas útiles para el esclarecimiento de los hechos y las responsabilidades penales, desterrando la soberbia y displicencia en las cruciales fases de planificación estratégica y determinación de actuaciones, convocando, para ese propósito a los responsables del equipo policial que los apoyará. La dirección de una labor tan delicada como es la investigación no se concreta porque la ley así lo indica, se gana en la práctica y consolida cuando los agentes y partícipes de los delitos son encontrados culpables y condenados, según las pretensiones fiscales (IV, 60, 61, 65, 334, 2, 336, 337, 344, 349, 399)

4 Cambiando lo que se deba cambiar, resulta aplicable a los medios de investigación la libertad reconocida a los medios de prueba (157)

La policía, por su parte, contribuye con el proceso común cuando por propia iniciativa o noticia criminal toma conocimiento de los delitos y efectúa las actuaciones más urgentes e imprescindibles para elucidarlos, retransmite la información y da cuenta inmediata al Fiscal, para que éste asuma la conducción de la pesquisa, sin por ello dejar en suspenso sus atribuciones capitales como vigilar y proteger el lugar de los hechos, recoger y conservar los objetos e instrumentos relacionados con el delito, propender la identificación física de los agentes y partícipes del hecho, recibir las declaraciones de los testigos, levantar planos, tomar fotografías y efectuar operaciones técnicas o científicas, capturar a los involucrados en delito flagrante, informándoles de sus derechos, asegurar los documentos privados útiles para la investigación, allanar locales de uso público y abiertos al público, secuestrar e incautar bienes en caso de delito flagrante o de peligro inminente de su perpetración, etc. (67, 68)

La actuación policial, habrá de plasmarse en un informe elaborado con sujeción al principio de objetividad que detalla los antecedentes que motivaron su intervención, la relación de diligencias practicadas, incluyendo sus anexos (actas, manifestaciones y pericias) y el análisis de los hechos, sin calificarlos jurídicamente y sin imputar responsabilidades (332)

El desempeño de este binomio fiscal-policial no sólo se manifestará durante la investigación, sino también en el juzgamiento, pues será muy frecuente que entre los medios de prueba de cargo actuados por el fiscal se incluyan los testimonios y exámenes de agentes y peritos policiales (378)

5. Diligencias preliminares de investigación

Una vez recibida la noticia criminal o denuncia, el Fiscal puede tomar varios caminos, uno de ellos opera cuando lo informado genera sospecha de comisión de un hecho que reviste el carácter de delito, y consiste en disponer la actuación de diligencias urgentes e inaplazables para determinar si aquel tuvo lugar, así como asegurar el cuerpo del delito e individualizar a los involucrados en el asunto, comprendiéndose, en éstas actividades, también, la revisión de la escena del crimen. A esto el CPP denomina diligencias preliminares (330), cuya práctica y resultados permitirán al Fiscal archivar los actuados o formalizar la investigación. ¿Cuándo será ineludible ordenarlas, en el entendido que no son obligatorias en todos los casos?, cuando no se cuente, de inicio, con los elementos que habilitan al fiscal para formalizar la investigación y continuarla (336), por ejemplo, en el caso del hallazgo del cadáver de una persona víctima de disparos de arma de

fuego, pero sin contar con información sobre la identidad del homicida.

Debe evitarse el error de considerar que las diligencias preliminares tienen que agotar todos los extremos de la investigación, pues, al regirse por el principio de “tiempo que pasa, verdad que huye”⁵, se circunscriben, sobre todo, a la realización de actos irrepetibles, debido a su objetiva fugacidad, esto es, a aquello que debe comprobarse en forma inmediata para evitar la pérdida irremediable de información y fuentes de prueba, a través de registros, inspecciones, incautaciones, reconocimientos y exámenes periciales. Siempre habrá de recordarse que todo acto de investigación, objetivamente imposible de repetir en el juzgamiento, practicado de manera legítima y regular, por la policía o el Ministerio Público, tiene la calidad de prueba preconstituída e integra el acervo probatorio que permite la expedición de un fallo, por más que su práctica se haya producido tempranamente, inclusive antes de la disposición fiscal de formalización de la pesquisa. El CPP es muy claro al respecto cuando insta a la policía a asegurar los elementos de prueba, recoger y conservar los objetos e instrumentos relacionados con el delito, y al puntualizar la importancia de las actas levantadas por la policía, el Fiscal o el Juez de la Investigación Preparatoria⁶ que contengan diligencias objetivas e irreproducibles actuadas según la norma procesal y la ley, tales como las actas de detención, reconocimiento, registro, inspección, revisión, pesaje, hallazgo, incautación y allanamiento, entre otras (67, 68, 383.1.e). Lo expuesto queda confirmado por el breve plazo de 20 días que se confiere a las diligencias preliminares u otro que el Fiscal razonablemente señale según la complejidad del asunto (334.2)

6. Claves de la investigación: Noticia criminal, escena del crimen y cadena de custodia de la evidencia

Si la investigación preparatoria es el escenario creado para recabar información sobre los hechos, sus agentes y partícipes, entonces resultan determinantes las fuentes que la proporcionan, entre éstas destaca la noticia criminal procedente de los agraviados, de cualquier persona o de la policía, que trae consigo los insumos que permitirán al Fiscal pergeñar sus primeras hipótesis y elaborar el listado de actos de investigación que las confirmen o descarten. Asimismo, se tiene la revisión de la escena del delito, cuyo manejo técnico científico es capital. Demarcarla, protegerla, perennizarla y registrarla, recogiendo las evidencias materiales que se encuentren, son pasos inexcusables que determinarán el éxito de la investigación⁷. No menos importante es la cadena de cus-

5 Vid.:

Locard, Edmond. Manual de Técnica Policiaca, José Montesó Editor, Barcelona, 1963

Hanns Gross, De Graz. Manual del Juez, Madrid, s/f

Policía Nacional del Perú. Dirección de Criminalística. Manual de Criminalística, Lima, 2006

6 Repárese, por ejemplo, en la intervención del Juez de la Investigación Preparatoria en los casos de aseguramiento e incautación de documentos privados (232)

7 Vid. Informe televisivo sobre el moderno instrumental (escáner forense) adquirido por el Ministerio Público para perennizar y analizar la escena del crimen. “PantelCanal5 | 02 de noviembre de 2009 Informe Especial: El Instituto de Medicina Legal del Ministerio Público cuenta con modernos equipos como un escáner forense para analizar escena del crimen. (Edición 02 de noviembre de 2009)”. <http://www.youtube.com/watch?v=CxXvHCTp7v0>

todia de la evidencia (cosas, bienes, documentos), pues su apropiada configuración determinará que lo hallado o incautado (objeto, instrumento, efecto, vestigio o rastro del delito) se incorpore al proceso legítimamente, sin vicios ni irregularidades que cuestionen su autenticidad. Por esta razón el CPP estatuye que todo bien objeto de incautación debe ser registrado con exactitud e individualizado, adoptándose las medidas de seguridad que eviten confusión o alteración de su estado; regla, además, la identificación del funcionario o persona responsable de la custodia del material ocupado (220, 318.1).

Apreciadas así las cosas, para el Fiscal, conductor de la indagación, y todas las fuerzas que contribuyan con él buscando información, las claves de su trabajo reposarán en el eficiente manejo de la noticia criminal, la escena del crimen y el cuidadoso respeto de la cadena de custodia de la evidencia, desterrándose el proceder sustentado en suposiciones prejuiciosas o hipótesis aventuradas,

7. Archivo o formalización y continuación de la Investigación Preparatoria

La calificación fiscal de la noticia criminal o de la denuncia puede desembocar en una disposición de archivo (334) de los actuados o en la de formalización y prosecución de la investigación (336). Lo primero dependerá de que el hecho noticiado no constituya delito, no sea justiciable penalmente o concurran causas extintivas de la acción; lo segundo, de la presencia de indicios reveladores de la existencia del delito y acción penal expedita, así como la individualización del inculcado y, cuando corresponda, la satisfacción de los requisitos específicos de procedibilidad.

El archivo de la denuncia, aunque puede cuestionarse (334.5) ante el Fiscal Superior, una vez firme imposibilita que cualquier otro Fiscal promueva investigación por los mismos hechos, salvo cuando se aportan nuevos elementos de convicción que hacen viable reexaminar los actuados (335).

La disposición de formalización y continuación de la investigación, concreta el ejercicio público de la acción penal, esto es, materializa la persecución oficial, y pauta la actividad indagatoria que, tomando como base las diligencias preliminares, permitirá al Fiscal componer o no su pretensión procesal. A diferencia de lo normado en la legislación anterior, esta disposición, de exclusiva competencia fiscal, aunque se comunica al Juez (3), no es objeto de calificación, rechazo o enmienda por el órgano jurisdiccional, tratándose de un asunto decidido, por sí y ante sí, por los representantes del Ministerio Público, quienes inclusive pueden consignar tipificaciones alternativas para el hecho investigado (336.2.b), confirmándose que en esta etapa los fiscales ejercen señorío.

Un asunto que se presta a debate es el referido a que la disposición fiscal precitada suspende el curso de la prescripción de la acción penal (339.1). Las posiciones contrapuestas afirman, por un lado, que al no correr el plazo de prescripción, esto es, por decirlo de alguna manera, al quedar congelado, se remedia el problema de la impuni-

dad y frustración de la justicia; mientras que por el otro, se sostiene que una norma procesal no puede modificar y menos contradecir las especificaciones del canon penal material que distingue la interrupción de la suspensión y reconoce que la acción se extingue, pese a la interrupción, cuando el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad al plazo ordinario (83 CP).

8. Actos formales de investigación

El esquema antiguo que subdivide la pesquisa del delito en investigación preliminar (policial – fiscal) e instrucción judicial, ha sido completamente sustituido por el CPP al instituir la unidad de la investigación preparatoria, bajo mando exclusivo del Ministerio Público. En virtud de este cambio las diligencias preliminares y los actos de investigación formales son parte de la misma etapa y no se da cabida a repeticiones, lo que, sin duda, aligera la marcha de la indagación y la torna más eficiente. El triste cuadro de los agraviados que, con la legislación obsoleta, tienen que declarar ante la policía, el Fiscal y el Juez, nunca más ocurrirá con el nuevo modelo que prohíbe terminantemente repetir lo ya actuado una vez formalizada la investigación (337.2).

Los actos formales de investigación responden también a la estrategia oportunamente asumida por el Fiscal, aunque se concentran en cubrir aquellos espacios no tratados por las diligencias preliminares, siempre con el propósito de completar la construcción de la pretensión punitiva o fundar un requerimiento de sobreseimiento.

Como la tarea del Fiscal es objetiva, pues le interesa recoger información de cargo y de descargo (61.2), durante la investigación preparatoria, además, de buscar la corroboración de la imputación, deberá practicar las diligencias, pertinentes y útiles, que soliciten el imputado y los demás intervinientes en el proceso, en caso de no hacerlo, a pedido de parte, el Juez se pronunciará ordenando la práctica del acto solicitado (337.5). Lo descrito explica por qué el CPP no adhiere plenamente al esquema adversativo, en el cual la fiscalía y la defensa investigan, cada una por su parte, en cambio, en nuestro novísimo código el imputado tiene derecho a que la Fiscalía, utilizando todos sus recursos y personal, recoja también información que desvirtúe la imputación, circunstancia ésta que concreta el principio de igualdad, ante la generalizada carencia económica de los inculcados. No debe perderse de vista, asimismo, que el Fiscal no es el defensor del agraviado, sino de la sociedad y que a ésta no sólo le interesa que los agentes del delito sean procesados y sancionados, sino también que no se incurra en error imponiéndose condena sin prueba de cargo suficiente, mediando duda o cuando se ha demostrado la inocencia del encartado.

9. Actos de investigación especial: Circulación y entrega vigilada de bienes delictivos y agente encubierto

Ninguna persona medianamente informada desconoce que la realidad criminal de hoy se caracteriza por la actuación de organizaciones criminales, poseedoras de

ingentes recursos y técnicas, como es el caso de aquellas dedicadas al lavado de dinero y al tráfico de drogas, bienes culturales, recursos naturales, monedas y billetes falsos, bombas, armas, municiones, materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos o sus insumos, y armas químicas. La lucha contra esta de delincuencia no convencional impone actualizar los actos de investigación, entre los cuales se cuenta con la circulación y entrega vigilada de bienes delictivos (340) que permite que las remesas ilícitas o sospechosas circulen por territorio nacional o salgan o entren en él bajo vigilancia de la autoridad para identificar a los involucrados, lo propio sucede con el agente encubierto (341)⁸, efectivo policial o ciudadano, que actúa con identidad supuesta para reunir información sobre las actividades de la delincuencia organizada. Ambos actos especiales de investigación, se practican por disposición y bajo dirección fiscal, aunque si la actividad del agente encubierto pudiese afectar derechos fundamentales se requerirá autorización judicial

10. Plazos de la investigación preparatoria

Se dice plazos y no plazo porque al examinar las normas que regulan las diligencias preliminares y la investigación formalizada se tiene que las primeras admiten un término de 20 días u otro que razonablemente establezca el Fiscal, según la complejidad del asunto. La dilación indebida o discrepancia en cuanto al plazo fijado puede reclamarse primero ante el propio Fiscal y luego ante el Juez que resuelve previa audiencia, ordenando o no que el representante del Ministerio Público de término a estas diligencias y dicte la disposición que corresponda (334.2). En cuanto a la investigación formalizada existe un plazo para casos simples que se extiende por 120 días,

con una posible ampliación de 60 días más, y otro de ocho meses, en casos complejos, ampliable por igual periodo con orden judicial (342). La inobservancia de estos plazos habilita su control judicial en audiencia (343) y el mandato de conclusión de la investigación y pronunciamiento fiscal solicitando el sobreseimiento o formulando acusación en un plazo de 10 días. Colocados todos estos candados de seguridad, bien puede afirmarse que el código estatuye cánones que hacen prácticamente imposible la ofensa al principio de plazo razonable.

11. Construcción progresiva de la teoría del caso

Para el nuevo modelo, el juzgamiento es la etapa principal del proceso, a éste, las partes no pueden ingresar sin una pretensión procesal definida, es decir, sin contar con una teoría del caso que contenga su posición con respecto a los hechos, a la norma jurídica que los subsuma y los medios probatorios pertinentes. Conviene aclarar, sin embargo, que esa teoría del caso no se construye recién durante el juicio sino que debe estar lista en la etapa intermedia puesto que, si se trata de la acusación, ella será filtrada o controlada en la audiencia preliminar (351) para determinar si puede sustentar la expedición del auto de enjuiciamiento (353) y su paso a la siguiente fase; pero para que la teoría del caso se complete en la etapa intermedia su construcción ha debido efectuarse en el curso de la investigación preparatoria, lo que revela la existencia, entonces, de un hilo conductor entre las primeras actuaciones de indagación y los actos formales de pesquisa; sólo en la medida que el Fiscal haya procedido estratégicamente, al concluir la primera etapa del proceso común, quedará en condiciones de requerir el sobreseimiento o acusar (344), vale decir, determinar si tiene un caso o no.