



ESTUDIO LOZA AVALOS
— A B O G A D O S —

LA VIGENCIA DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL EN LIMA

Giulliana Loza Avalos



Lima, febrero de 2011.



Resumen:

Un nuevo ordenamiento procesal penal trae consigo una serie de cambios no solo normativos, sino también culturales y de prácticas, cuando no también de metodología de enseñanza como ha sucedido en nuestro país. En eso, la vigencia del Código Procesal Penal de 2004 (CPP 2004) en el Distrito Judicial de Lima para los casos relacionados a los delitos de corrupción de funcionarios conllevó aspectos que son necesarios exponer.

Contenido:

- I. Contexto
- II. El proceso de implementación progresiva del CPP 2004 y la vigencia anticipada en Lima
- III. La adecuación de los casos tramitados con el anterior ordenamiento
- IV. Las audiencias previas
- V. A manera de colofón

Palabras clave:

Nuevo Código Procesal Penal, delitos de corrupción de funcionarios, vigencia anticipada



I. CONTEXTO

El 15 de enero de 2011 entró en vigencia el Código Procesal Penal de 2004 (CPP 2004) en el Distrito Judicial de Lima. La vigencia anticipada del nuevo ordenamiento procesal está prevista sólo para los delitos tipificados en los artículos 382 a 401 del Código Penal¹. Lo propio ocurrirá el 1 de abril en Lima Norte, Lima Sur y Callao. En el resto del país, el proceso culminará, para estos casos, el 1 de junio de 2011. Así lo dispone la Ley 29574, modificada por Ley 29648. En los demás casos, distintos a los tipos penales mencionados, se seguirá el calendario previsto en el D.S. 016-2010-JUS².

A continuación desarrollaremos algunos aspectos relacionados con la vigencia anticipada del CPP 2004 en el Distrito Judicial de Lima para algunos delitos contra la administración pública.

II. EL PROCESO DE IMPLEMENTACIÓN PROGRESIVA DEL CPP 2004 Y LA VIGENCIA ANTICIPADA EN LIMA

El proceso de implementación de la reforma procesal penal en nuestro país se inició el 1 de julio de 2006 en el Distrito Judicial de Huaura. La entrada en vigencia del CPP 2004 ha sido progresiva, conforme a un calendario previamente establecido por la Comisión Especial de Implementación.

La progresividad en la aplicación del Código se impuso debido, entre otros factores, al cambio estructural, cultural y de aprendizaje que conlleva la implementación de un nuevo ordenamiento. Por ello, se dijo, no podía realizarse de la noche a la mañana. La progresividad en la implementación

* Artículo publicado en *Actualidad Jurídica*. Tomo 207. Febrero 2011. Especial: Vigencia anticipada del CPP para delitos cometidos por funcionarios públicos.

** Abogada. Docente en las cátedras de Práctica y Seminario de Derecho Penal y Procesal Penal de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega. Asociada del Instituto de Ciencia Procesal Penal (INCIPP). Directora de Alerta Informativa <http://www.lozavalos.com.pe/alertainformativa/>.

¹ Artículo 382 (Concusión), 383 (Cobro indebido), 384 (Colusión), 385 (Patrocinio ilegal), 386 (Responsabilidad de peritos, árbitros y contadores particulares), 387 (Peculado), 388 (Peculado por uso), 389 (Malversación), 390 (Retardo injustificado de pago), 391 (Rehusamiento a entrega de bienes depositados o puestos en custodia), 392 (Peculado por extensión), 393 (Cohecho propio), 394 (Cohecho impropio), 394-A (Cohecho electoral-político), 395 (Corrupción pasiva), 396 (Corrupción de auxiliares jurisdiccionales-Corrupción pasiva atenuada), 397 (Aprovechamiento indebido de cargo), 398 (Corrupción activa), 398-A (Corrupción activa de abogado), 398-B (Inhabilitación del ejercicio de la abogacía), 399 (Corrupción activa de funcionario), 400 (Tráfico de influencias) y 401 (Enriquecimiento ilícito).

² El calendario es el siguiente: En el Distrito Judicial del Santa, el 1 de julio de 2011; en Pasco y Huancavelica, el 1 de diciembre de 2011; en Ancash, Huánuco y Apurímac, el 1 de junio de 2012; en Loreto y Ucayali, el 1 de octubre de 2012; en Junín y Ayacucho, el 1 de junio de 2013; en Lima, Lima Norte y El Callao, el 1 de octubre de 2013.



buscaba asumir los correctivos normativos y administrativos para que, cuando el código llegara a los distritos judiciales más grandes (Lima), no se incurriera en los problemas detectados durante las etapas anteriores de la implementación³. En este esquema, Lima sería el último distrito judicial en que el Código entraría en vigencia, el 1 de octubre de 2013.

Siendo ello así, se debió respetar el calendario previsto y Lima debió ser el último estadio de la reforma. Sin embargo, se ha dispuesto su adelantamiento en Lima para ciertos tipos penales contra la administración pública, esto es, delitos cuyos procesos, en muchos casos, son complejos, conllevan un desarrollo estratégico, de investigación y de acopio de pruebas exigentes.

Los procesos por delitos de corrupción, sin embargo, tienen una particular connotación y complejidad probatoria, propias de este tipo de criminalidad que no necesariamente son los que se han conocido en los Distritos donde rige el CPP. Piénsese por ejemplo en las investigaciones para determinar la existencia de signos exteriores de riqueza de un funcionario que demandan la realización de pericias especializadas (económicas, contables, tasaciones especializadas, etc) para lo cual se requiere el acopio de documentación que debe a su vez requerirse a entidades públicas (SUNAT, Registros Públicos, CONASEV, etc) o privadas (Bancos, Notarías, Sociedades Agentes de Bolsas, etc). Recuérdese también la necesidad de realizar diversas diligencias de investigación en el exterior. Asimismo, la posibilidad de examinar documentación de contenido complejo o extenso, como por ejemplo, videos, audios, comunicaciones electrónicas, o archivos magnéticos (disco duro, USB)⁴.

La justificación de la vigencia anticipada en Lima, expuesta en los proyectos de ley que la motivaron, responde a tres factores:

- i. Contar con mecanismos que permitan una sanción oportuna en la lucha contra la corrupción. Si fuera así, no se tuvo en consideración que ya existen mecanismos de simplificación procesal, como por ejemplo el proceso especial de terminación anticipada, vigente a nivel nacional desde el 31 de enero de 2006 (Ley 28671).
- ii. La celeridad procesal. Sin embargo, para procesos complejos el plazo de la investigación preparatoria es de 16 meses, a diferencia de la etapa de instrucción cuyo plazo es de 14 meses. No obstante, la celeridad procesal se evidencia en las decisiones judiciales adoptadas

³ Exposición de Motivos del Proyecto de Ley 4441/2010.

⁴ Oré Guardia, Arsenio. *Comentarios al Proyecto de Ley N° 4002/2009-PE. Vigencia inmediata del Código Procesal Penal para delitos cometidos por funcionarios públicos*. En:

<http://www.lozavalos.com.pe/alertainformativa/index.php?mod=documento&com=documento&id=1562>



en audiencia. Hasta donde se tiene conocimiento, durante el primer mes de vigencia del CPP 2004 en Lima, se han desarrollado tres audiencias de prisión preventiva y dos de apelación, todas públicas y con decisión judicial inmediata.

- iii. Transparencia y publicidad en la toma de decisiones judiciales, a través de las audiencias, salvo en los casos en que la ley disponga que deban desarrollarse en privado. En este caso, las audiencias han permitido que la sociedad conozca directamente la dinámica y proceso para la toma de decisiones judiciales.

III. LA ADECUACIÓN DE LOS CASOS TRAMITADOS CON EL ANTERIOR ORDENAMIENTO

Uno de los aspectos que trae consigo la vigencia anticipada del CPP 2004 en Lima es el referido a la adecuación de los casos que se tramitaban conforme al anterior ordenamiento y que no habían sido calificados judicialmente. En esta línea ingresan las investigaciones preliminares (realizadas conforme a la Ley 27379 y 27934) y las denuncias fiscales que no merecieron calificación judicial. En ambos supuestos, la adecuación prevista en la ley no debe ser automática; requiere necesariamente de un proceso de análisis y verificación de validez de las exigencias contempladas en el CPP 2004.

En cuanto a la posibilidad de adecuar las investigaciones preliminares a diligencias preliminares, debe tenerse en consideración que el nuevo ordenamiento procesal contiene exigencias distintas al anterior modelo, cuyo cumplimiento debe ser verificado. Así, por ejemplo:

- 3.1. El Fiscal Provincial podrá rechazar de plano la denuncia de parte, sin necesidad de iniciar diligencias preliminares. Esto, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 94.2⁵ de la Ley Orgánica del Ministerio Público, modificada por Ley 29574. El Fiscal sólo deberá promover las diligencias preliminares si el hecho imputado tiene, por lo menos, una mínima apariencia delictiva que permita formular una hipótesis provisional de delito.

No toda denuncia penal o noticia da lugar al inicio de las diligencias preliminares ni mucho menos a una investigación preparatoria. Conforme lo ha reconocido el Tribunal Constitucional, “*en el Estado Constitucional de Derecho no existe un derecho fundamental a que todas las*

⁵ Artículo 94.2 LOMP: “*Si el fiscal estima improcedente la denuncia la rechaza de plano en decisión debidamente motivada o, alternativamente, apertura investigación preliminar para reunir los actos de investigación indispensables o formalizarla ante el juez penal*”.



*denuncias que se presenten sean penalmente perseguibles*⁶. Aquella concepción según la cual el Ministerio Público está obligado a perseguir todas las denuncias hasta las últimas consecuencias ha quedado completamente desterrada. La importancia de esta nueva concepción radica en que, con mucha frecuencia, los sistemas de persecución penal reciben casos que, en estricto rigor, no configuran delitos. Son, si se quiere, falsos casos: jamás debieron ingresar al sistema. La denuncia es, en el mejor de los casos, un error⁷.

- 3.2. Si el Fiscal decide iniciar las diligencias preliminares, deberá tener en consideración que, si bien toda persona es susceptible de ser investigada, no lo es menos que para tal efecto se exija la concurrencia de dos elementos esenciales: 1) que exista una causa probable y 2) una presunción razonable de la comisión de un ilícito penal⁸. La exigencia de estos presupuestos obedece a la imposibilidad de que toda denuncia de parte o requerimiento de investigación se haga efectiva a través del inicio de diligencias preliminares o formalización de investigación preparatoria, sin antes haberse realizado un análisis previo que permita advertir la conducencia de iniciar una investigación.

Conforme lo ha expuesto el Tribunal Constitucional, refiriéndose a la interdicción de la arbitrariedad respecto a la actuación fiscal y el debido proceso, es posible afirmar que *el grado de discrecionalidad atribuido al Fiscal para que realice la investigación (preliminar) sobre la base de la cual determinará si existen elementos suficientes que justifiquen su denuncia ante el juez penal, se encuentra sometido a principios constitucionales que proscriben: a) actividades caprichosas, vagas e infundadas desde una perspectiva jurídica; b) decisiones despóticas, tiránicas y carentes de toda fuente de legitimidad, y c) lo que es contrario a los principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídica*⁹.

- 3.3. Además, si el Fiscal dispone iniciar diligencias preliminares deberá, entre otros, señalar el plazo y especificar el hecho que se imputa a la persona sometida a investigación.
- a) El plazo previsto servirá de parámetro temporal de desarrollo de las diligencias preliminares. El CPP 2004 establece el plazo ordinario de veinte días; sin embargo, no precisa el plazo máximo de las diligencias preliminares en casos complejos. Este vacío normativo ha sido cubierto por la Casación 02-2008/La Libertad, según la cual

⁶ Sentencia recaída en el Expediente N° 10076-2005-PA/TC. FJ 4. *Caso: Pérez Reátegui*.

⁷ Módulo 5. Gestión del Ministerio Público. Centro de Estudios de Justicia de las Américas. CEJA, Curso Intermedio, 2005.

⁸ Al respecto puede revisarse la sentencia recaída en el Expediente N° 5228-2006-HC/TC. FJ N° 8. *Caso: Samuel Gleiser Katz*.

⁹ Sentencia recaída en el Expediente N° 6167-2005-PHC/TC. FJ 20. *Caso: Cantuarias Salaverry*.



la fase de diligencias preliminares no podrá durar más tiempo que el establecido para la investigación formalizada.

Este es un aspecto no regulado en el anterior ordenamiento, por el que hemos sido testigos de investigaciones preliminares de larga data, que en muchos casos duraban años. De ahí que el Tribunal Constitucional emitiera diversas sentencias para regular el plazo razonable de la investigación preliminar y los efectos de su incumplimiento¹⁰.

- b) De otro lado, en tanto la actividad del Ministerio Público está orientada no sólo por las reglas sustantivas y procesales establecidas para tal propósito, sino también por los principios y valores que informan la función jurisdiccional¹¹, para los fiscales constituye una exigencia constitucional la debida motivación de sus disposiciones.

Es necesario que el Fiscal exponga desde el inicio de las diligencias preliminares el relato circunstanciado y preciso de los hechos con relevancia penal imputados a una persona. Una exigencia ineludible de la apertura de investigación consiste en el sustento fáctico del hecho imputado, es decir, del hecho que motiva la apertura de investigación¹².

El principio de imputación necesaria permite el ejercicio real y efectivo del derecho de defensa. El investigado debe estar informado de la imputación (sustento fáctico, *calificación jurídica* y *evidencia*). Si no conoce de qué se le investiga, poco o nada podrá hacer para defenderse con éxito.

De esta manera, antes de proceder a adecuar la investigación preliminar a diligencias preliminares se deberá realizar un análisis de su viabilidad. Esto es, verificar si existe un hecho de relevancia penal que merezca ser investigado y que se presente una causa probable mínimamente sustentada.

¹⁰ Véase al respecto las sentencias recaídas en los Expedientes N° 5228-2006-HC/TC, *Caso: Samuel Gleiser Katz*; N° 03689-2006-HC/TC, *Caso: Martínez Moreno*; N° 6070-2008-HC/TC, *Caso: Abanto Abad*; N° 2748-2010-HC/TC, *Caso: Alexander Mosquera Izquierdo*, entre otros.

¹¹ Sentencia recaída en el Expediente N° 04847-2009-AA/TC, FJ 3, *Caso: Emma Zoila Areyano Paredes*.

¹² Sentencia emitida en el Expediente N° 03987-2010-HC/TC, FJ 18, *Caso: Sánchez Miranda y otros*. En el voto de los magistrados Eto Cruz y Álvarez Miranda se expuso con mayor precisión lo siguiente: “queda claro que el inicio de toda investigación, sea cual fuere su carácter, ha de tener como presupuesto la existencia de un suceso material verificable en el tiempo y en el espacio; es decir, el inicio de una investigación contra una persona tendrá validez constitucional únicamente si es posible individualizar su conducta y verificar que la misma tenga contenido penalmente relevante; lo contrario sería aceptar la preponderancia de la presunción de culpabilidad sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia. El fiscal no debe investigar al azar, para ver qué se encuentra, sino se debe partir de una hipótesis basada en hechos específicos para determinar su verosimilitud o no a lo largo de la investigación. En un Estado Constitucional no se debe tolerar pesquisas e indagaciones (fiscales o policiales) indeterminadas o sin hechos precisos”. (FFJJ 31 a 42)



En cuanto a las denuncias fiscales formalizadas conforme al anterior ordenamiento, la Única Disposición Transitoria de la Ley 29574, modificada por Ley 29648, dispone que “las denuncias formalizadas por el fiscal provincial que aún no han sido calificadas por el juez sean devueltas a la Fiscalía a efectos de que se adecuen a las normas antes citadas”. Una lectura literal y sesgada de esta disposición puede llevar a equivocaciones y a serias afectaciones a los derechos fundamentales de aquellos investigados o denunciados en el marco del anterior modelo.

La adecuación, a la que hace referencia la ley, requiere necesariamente de una verificación de los presupuestos básicos que exige el CPP 2004 para la formalización de la investigación preparatoria. No puede convertirse mecánicamente una denuncia fiscal (en el marco del antiguo modelo) a una disposición de formalización de investigación preparatoria (nuevo Código). Ello, en atención a lo siguiente:

- i. A diferencia de la denuncia fiscal, que no tenía una norma específica sobre los presupuestos y requisitos básicos para su presentación ante el Juez instructor¹³, la disposición de formalización de investigación preparatoria exige los requisitos previstos en el artículo 336 del CPP 2004. Esto es, la concurrencia de: a) indicios reveladores de la existencia de un delito, b) que la acción penal no haya prescrito, c) que se haya individualizado al imputado y d) que, si fuera el caso, se hayan satisfecho los requisitos de procedibilidad¹⁴. De ahí que no pueda considerarse a la denuncia fiscal y a la formalización de investigación preparatoria como homogéneas o válidamente sustituibles. Los nuevos requisitos son más exigentes que los previstos en el artículo 77 del Código de Procedimientos Penales de 1939.
- ii. Así también, sus efectos no son equivalentes. Si bien ambas constituyen manifestación del ejercicio de la acción penal por parte de su titular (Ministerio Público), la disposición de formalización de investigación preparatoria conlleva: a) la suspensión de la prescripción penal¹⁵ y b) la pérdida por parte del Fiscal de la facultad de archivar la investigación sin intervención judicial¹⁶.

¹³ Se solía aplicar tácitamente los previstos en el art. 77 del Código de Procedimientos Penales de 1939 (requisitos del auto de apertura de instrucción).

¹⁴ Además de ello, la disposición de formalización debe contener: a) el nombre completo del imputado; b) los hechos y la tipificación específica correspondiente. El Fiscal puede, si fuera el caso, consignar tipificaciones alternativas al hecho objeto de investigación, indicando los motivos de esa calificación; c) el nombre del agraviado, si fuera posible, y d) las diligencias que de inmediato deban actuarse.

¹⁵ Véase a estos efectos el Acuerdo Plenario N° 1-2010/CJ-116.

¹⁶ Artículo 339 CPP 2004.



IV. LAS AUDIENCIAS PREVIAS

Siguiendo el modelo de reforma procesal penal implementado en muchos países de América Latina, el CPP 2004 peruano trae consigo un modelo procesal basado en el sistema de audiencias previas al juzgamiento, esto es, durante la investigación y la fase intermedia.

El sistema de audiencias impone la concurrencia, entre otros principios, de la oralidad y la publicidad en las fases previas a la etapa de juzgamiento.

Si bien la Constitución no menciona expresamente a la oralidad como uno de sus preceptos, a diferencia de la publicidad prevista en el artículo 139.4, ella resulta exigible durante las etapas previas al juzgamiento, si así lo dispone el CPP 2004. La audiencia será pública, siempre que la ley no disponga la privacidad.

La oralidad y la publicidad en las fases previas a la etapa de juzgamiento traen consigo nuevas exigencias para quienes intervienen en la audiencia, sea como fiscal, defensor o juez. Los dos primeros deberán presentar el caso conforme a la materia de debate, para lo cual es imprescindible, entre otros, que:

- i. Conozcan bien los hechos, para sustentar la imputación o para refutarla, según sea Fiscal o Defensor.
- ii. Realicen una correcta calificación de los hechos. De ahí que resulta necesario conocer los aspectos básicos de la teoría del delito y la estructura del tipo penal imputado.
- iii. Sustenten sus peticiones y argumentos con evidencia que los respalde.
- iv. Estén atentos para refutar los argumentos de la parte contraria, sean estas de carácter procesal, constitucional o sustantivo.

El juez deberá conducir correctamente el debate. Así, deberá tener en consideración, entre otros, lo siguiente:

- i. Estar atento a la información que surge del debate, pues deberá resolver basado en ella.
- ii. Determinar el orden de los aspectos a debatir. Así, por ejemplo, en las tres audiencias de requerimiento de prisión preventiva realizadas a la fecha en el Distrito Judicial de Lima se ha establecido como orden de debate el siguiente: a) la exposición del hecho, b) la calificación jurídica, y c) los



presupuestos establecidos en el art. 268 del CPP 2004. En este último caso, el debate se realiza por cada presupuesto, permitiéndose la réplica y dúplica en cada caso.

- iii. Establecer el tiempo de intervención que se otorga a los asistentes para la presentación adecuada de sus peticiones y fundamentos. Esto debe ser tenido en consideración con mayor rigurosidad en casos de multiplicidad de imputados, a fin de que las alegaciones no resulten repetitivas.
- iv. Resguardar que el debate no se desvíe a aspectos impertinentes e inconducentes.
- v. Resguardar que el imputado comprenda debidamente los aspectos materia de debate y sobre todo que no quede en indefensión debido a una defensa letrada deficiente¹⁷.
- vi. Emitir verbal e inmediatamente la resolución, antes de culminar la audiencia.

V. A MANERA DE COLOFÓN

El proceso de implementación del CPP 2004 presenta aspectos positivos y negativos. Hay quienes consideran la reforma como un elemento que promueve la impunidad; otros, consideramos que constituye una herramienta útil que permite un verdadero proceso. Un debido proceso. Todo depende de quiénes lo aplican. En otras palabras, todo depende de nosotros. Habrá quienes actúen bien y con ello la reforma prosperará. Habrá quienes por el contrario continúen actuando bajo antiguas prácticas y consigan su deformación. Esperemos que esto último no ocurra.

Tendremos procesos más rápidos sí, pero esperemos que estos se realicen correctamente, respetando el debido proceso; que no se aplique los mecanismos de simplificación o de terminación anticipada solamente para disminuir la carga procesal. Esperemos que se apliquen correctamente y que pasen debidamente los filtros que correspondan. Esperemos también que el afán político o la presión mediática no influyan en las decisiones fiscales ni las judiciales.

El reto es grande. La reforma no sólo implica un cambio de código, sino que conlleva un cambio cultural y de prácticas, un cambio de enseñanza y

¹⁷ Conforme lo ha establecido el Tribunal Constitucional, *la defensa letrada no se agota en la designación de cualquier abogado defensor, sino que debe ser una defensa efectiva.* (Exp. 01860-2009-HC/TC. FJ 11. Caso: Luciano López Flores)



Giulliana Loza Avalos

de aprendizaje. Dependerá de nosotros que la reforma no se desnaturalice ni retroceda. Nuestras prácticas y la manera en que enfrentemos el cambio hará que la reforma prospere.