

UNIVERSIDAD PRIVADA ANTONOR ORREGO

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO

**“PROBLEMÁTICAS JURÍDICAS EN TORNO AL PROCESO INMEDIATO POR
FLAGRANCIA”**

TESIS



**PARA OBTENER EL TÍTULO PROFESIONAL
DE ABOGADO**

AUTORA:

Bach. Noelia Graciela Guerrero Carbonell

ASESOR:

Ms. Guillermo Alexander Cruz Vegas

Piura – Perú

2019

N° Reg.:_____

DEDICATORIA

Este trabajo de investigación se la dedico a mis padres, por haberme criado en un hogar lleno de amor con valores y principios formándome como persona y profesional, por todos sus años de esfuerzo para regalarme una buena formación académica, por su paciencia, confianza y comprensión para lograr un sueño más.

AGRADECIMIENTO

Le agradezco a Dios y a la Virgen María por guiarme en cada momento de mi vida, por darme salud y fuerza para seguir saliendo adelante; a mi hermana Mayra por engreírme, cuidarme y estar conmigo en las buenas y en las malas; a mi profesor Edder Vera quien hizo posible la culminación de este trabajo y a cada uno de los docentes de la escuela de derecho de la Universidad Privada Antenor Orrego.

PRESENTACIÓN

Señores miembros del Jurado de tesis de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Privada Antenor Orrego.-

De conformidad con lo establecido en el Reglamento de grados y títulos; y a efecto de optar el título profesional de abogado, presento a vuestros integrantes la presente tesis titulada:

“Problemáticas jurídicas en torno al proceso inmediato por flagrancia”.

Por el presente trabajo de investigación lo que pretendo es poner en manifiesto un tema sumamente discutido en dogmática y praxis judicial, puesto que incluso ha sido objeto de debate por sobresalientes doctrinarios y operadores jurídicos del proceso penal peruano; dicha investigación se centra en determinar la problemática subsistente en el proceso inmediato por flagrancia puesto que; lejos de la eficacia y celeridad procesal, resulta en ciertos contextos jurídicos contraproducente con la finalidad del proceso mismo.

Nuestra investigación está orientada a establecer los problemas reales inmersos en la práctica judicial que avalen nuestra postura, además de formular propuestas que regulen el tema antes mencionado a fin de garantizar la finalidad de la esencia del proceso inmediato.

No obstante, invoco su comprensión por los errores involuntarios que pudiera contener este trabajo; sin embargo, con espíritu investigador presentamos nuestro punto de vista, con lo que espero aportar de alguna manera sobre esta controversial materia.

Espero que el presente trabajo de investigación satisfaga vuestras expectativas.

La autora.

TABLA DE CONTENIDO

Dedicatoria	i
Agradecimiento	ii
Presentación	iii
Contenido.....	iv

CAPÍTULO I EL PROBLEMA

1. El problema.....	3
1.1 Planteamiento del problema.....	3
1.2 Enunciado del problema.....	10
1.3 Hipótesis.....	10
1.4 Justificación.....	10
1.5 Objetivos.....	10
1.5.1. Objetivos Generales.....	10
1.5.1. Objetivos Específicos.....	11
1.6. Variables.....	11

CAPÍTULO II MARCO TEÓRICO

Antecedentes.....	13
-------------------	----

Sub Capítulo I El Proceso Inmediato

1. Alcances del proceso inmediato.....	14
2. Concepto.....	16
3. Finalidad.....	17
4. Fundamento.....	18
5. El fiscal como sujeto legitimado para requerir la aplicación del proceso inmediato: de una facultad a un deber.....	20
6. Supuestos de procedencia del proceso inmediato.....	22
7. Proceso inmediato y su compatibilidad con el derecho de defensa.....	33
8. Trámite del proceso inmediato.....	35

Sub Capítulo II

Ministerio Público, Derecho a la libertad, tipicidad e imputación objetiva

1. Ministerio público.....	49
2. Derecho a la libertad.....	60
3. Principio de imputación objetiva.....	62
4. Principio de legalidad.....	65

Sub Capítulo III

Soluciones a las problemáticas jurídicas que presenta el proceso inmediato

1. Proceso inmediato por flagrancia dentro de la normativa penal adjetiva.....	68
2. Soluciones a los problemas del proceso inmediato por flagrancia	70

CAPÍTULO III MARCO METODOLÓGICO

1. Materiales.....	81
2. Métodos de investigación.....	81
3. Técnicas e Instrumentos.....	82

Conclusiones.....	85
Recomendaciones.....	87
Referencias Bibliográficas.....	88

Anexos

1. Acuerdo Plenario Extraordinario N° 2-2016/CIJ-116.....	91
2. Recurso de Casación N° 244-2016/ La Libertad.....	116
3. Casación N° 842-2016/ Sullana.....	119
4. Casación N° 1130-2017/ San Martín	129

RESUMEN

La presente tesis se centra en el análisis de tres problemáticas en torno al proceso especial por flagrancia, la vulneración al derecho a la autonomía del Ministerio Público, la mantención de la detención del imputado hasta la realización de la audiencia de incoación de proceso inmediato sin que medie pedido de prisión preventiva y la necesidad de discutir la tipicidad e imputación necesaria antes de dicha audiencia, en ese sentido se formuló el siguiente enunciado del problema: ¿Cómo el mecanismo de simplificación procesal, proceso inmediato, salvaguarda las garantías del mismo en los casos de flagrancia?, a lo que se respondió: “El mecanismo de simplificación procesal, proceso inmediato, salvaguarda las garantías del mismo en los casos de flagrancia, siendo la incoación facultativa; prohibiendo la detención del imputado hasta la realización de la audiencia de incoación del proceso cuando no se haya requerido prisión preventiva; y llevándose a cabo una audiencia de control de legalidad de la detención en la cual se debata sobre la tipicidad e imputación necesaria”; se buscó como objetivo general, determinar cómo el mecanismo de simplificación procesal, proceso inmediato, salvaguarda las garantías del mismo en los casos de flagrancia. Se hizo el análisis de este problema a partir de lo expuesto por la doctrina y sobre todo por la jurisprudencia nacional, para poder llegar a comprobar nuestra hipótesis y arribar a las conclusiones planteando las recomendaciones pertinentes.

Palabras claves: Proceso inmediato, flagrancia, derecho a la libertad, principio de legalidad.

ABSTRACT

The present thesis focuses on the analysis of three problems related to the special process due to flagrancy, the violation of the right to autonomy of the Public Prosecutor's Office, the maintenance of the detention of the accused until the opening of the opening hearing for immediate proceedings without With the request for preventive detention and the need to discuss the type and imputation necessary before said hearing, in that sense the following statement of the problem was formulated: How the mechanism of procedural simplification, immediate process, safeguards its guarantees in cases of flagrancy ?, to which he replied: "The mechanism of procedural simplification, immediate process, safeguards its guarantees in cases of fragrance, being the optional initiation; prohibiting the detention of the accused until the hearing of initiation of the process is carried out when no preventive detention has been required; and carrying out a hearing to control the legality of the detention in which the type and imputation necessary are debated "; The general objective was to determine how the procedural simplification mechanism, immediate process, safeguards its guarantees in cases of fragrance. The analysis of this problem was made from what was stated by the doctrine and especially by the national jurisprudence, in order to be able to verify our hypothesis and arrive at the conclusions by presenting the pertinent recommendations.

Keywords: Immediate process, fragrance, right to freedom, legality principle.

CAPÍTULO I

EL PROBLEMA

1. EL PROBLEMA

1.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA:

El código procesal penal vigente a partir del año 2006 en el Perú está conformado por un proceso común y siete procesos especiales **(Neyra, 2015)**. El proceso común, estructurado por tres etapas: la investigación preparatoria, la etapa intermedia y el juicio oral. Los procesos especiales con procedimientos específicos en cuanto a su estructura, pero teniendo siempre como base al proceso común **(Oré, 2016)**.

Dentro de los procesos especiales centraremos nuestra investigación en uno de ellos: el proceso inmediato; esto es, aquel que tiene como finalidad la eficacia procesal y busca la celeridad en la tramitación del proceso **(Neyra, 2015)** y, cuya incoación debe ser solicitada por parte del fiscal penal, en casos de flagrancia delictiva, suficiencia de elementos de convicción, confesión del imputado y además los delitos de conducción en estado de ebriedad e incumplimiento de obligación alimentaria; siendo el Juez de la investigación quien deberá aprobar dicho requerimiento fiscal, debiendo, luego de ello, el fiscal formular acusación y dirigirla al juez del juicio oral, quien dictará auto de enjuiciamiento y autos de citación a juicio, realizando el juicio y determinando la culpabilidad o inocencia del acusado.

El proceso inmediato, que como se dijo, tiene como finalidad resolver los casos con prontitud y celeridad, encuentra su punto débil, en que muchas veces su pretexto de buscar dicha celeridad en la resolución de conflicto penal **(San Martín, 2016)**, se rompen o atentan contra determinadas garantías que rigen el proceso penal en su conjunto.

En ese contexto, un **primer problema** tiene que ver con la **obligatoriedad de solicitud de incoación del proceso inmediato**; explicando ello

diremos que, resulta necesario determinar si la existencia del proceso inmediato obligatorio a raíz de la modificatoria del artículo 446 del código procesal penal, vulnera la autonomía del Ministerio Público. Esto es, identificar si el tránsito de ser facultativo a tener carácter obligatorio desvirtúa las funciones del Ministerio Público como un ente constitucionalmente autónomo (**Guardia, 2016**)¹.

Como se sabe este proceso especial, en un inicio, tenía como características ser facultativo, es decir, la fiscalía **podía** decidir si optaba, en los supuestos que la ley establece, por solicitar la incoación del proceso inmediato o, por seguir el proceso según las normas del proceso común (**San Martín, 2016**); sin embargo, a partir de la puesta en vigencia del decreto legislativo N° 1194 del 30 de agosto de 2015, se reformó el artículo 446 del código procesal penal, instaurándose la **obligatoriedad** de la fiscalía –en los supuestos que la ley establece- de solicitar la incoación del proceso inmediato, bajo apercibimiento de responsabilidad administrativa.

La constitucionalidad de la obligatoriedad del proceso inmediato, ha querido ser salvada, vía interpretación por parte del Acuerdo plenario extraordinario 2-2016 CJ/116, sosteniéndose que, por ejemplo, si no existen elementos suficientes no debiera solicitarse su incoación, o el acusado puede previamente celebrar un principio de oportunidad o acuerdo reparatorio. Ello no es posible porque sería una interpretación contra lo que la ley expresa. Desde nuestro punto de vista, y tal y como lo han hecho saber algunos jueces supremos en sus votos singulares², el artículo 446 del código procesal penal, lo que hace es **obligar e imponer al fiscal** solicitar el inicio de proceso inmediato vulnerándose con ello la autonomía del Ministerio Público regulada en el artículo 158, así como la facultad regulada en el artículo 159 en concordancia con el artículo 61 del

¹ Fundamento Jurídico propio de los señores jueces supremos Rodríguez Tineo, Salas Arenas e Hinostroza Pariachi, sobre la legitimidad de requerir obligatoriamente la incoación del proceso impuesta al Ministerio Público.

código procesal penal que establecen que al ser el titular de la acción penal, es a este ente (Ministerio Público) al que le corresponde el diseño de la estrategia de la investigación, la misma que debe armonizar con el respeto de los derechos de todas las partes del proceso; esto es, debe ser el fiscal encargado del caso, quien en la causa particular debe decidir el inicio del proceso inmediato o la continuar un proceso común. Que el legislador haya configurado como obligatoriedad de la fiscalía de solicitar el proceso inmediato constituye una flagrante intromisión en la autonomía de esta institución de derecho público.

Así pues, en ese sentido se ha pronunciado la corte Suprema “...Tal exigencia u obligatoriedad de incoación, vulnera el principio constitucional de autonomía del Ministerio Público que el artículo 158 de la Constitución Política del Perú le otorga como titular en el ejercicio de la acción penal en tanto que el inciso 1, del artículo 61 del Código Procesal Penal atribuye al fiscal, independencia de criterio como estrategia en el proceso, por lo que le corresponde elegir la vía más idónea para la consecución de los fines del procesamiento; pudiendo por tanto requerir el inicio del encausamiento inmediato cuando razonadamente considere se encuentren cumplidos los fines de la investigación”(Acuerdo plenario extraordinario 2-2016 CJ/116)

No hay que olvidar que el ordenamiento legal se debe elegir en absoluta concordancia y respeto de la Constitución; así pues, el artículo 158 de la constitución establece que el Ministerio Público es autónomo, ello quiere decir que, es un ente constitucional que solo debe atar su funcionamiento a la ley y la constitución y no debe obedecer a presiones de los poderes públicos o algún otro órgano constitucional (**Bernales, 1996**). En suma, el Ministerio Público debe decidir, por ser titular de la acción penal, si solicita proceso inmediato o se inicia el proceso común, en palabras de la Corte Suprema “de considerar (el Ministerio Público) que la vía inmediata no es adecuada para el caso en concreto por presentarse complejidades

normativamente previstas o fácticas, más allá de las estrictamente normativas, puede motivadamente, promover el proceso común o el que corresponda, aun cuando se den los supuestos para el inicio del proceso inmediato, sin que ello implique responsabilidad funcional en su actuación”.

Otra problemática que se abordará es **la ampliación de la detención del imputado, hasta la realización de la audiencia de incoación de proceso inmediato, cuando la fiscalía no ha requerido prisión preventiva**; esto es, el fiscal debe – según la norma- solicitar el inicio del proceso inmediato ante el Juez de Investigación preparatoria, y, en ese mismo requerimiento de incoación de proceso inmediato puede, de ser el caso, requerir la imposición de una medida de coerción (prisión preventiva, comparecencia con restricciones), ante ello el Juez, debe realizar la audiencia dentro de las cuarenta y ocho horas, debiendo mantener detenido al investigado, hasta la realización de la audiencia, haya o no el Fiscal requerido la medida de coerción personal de prisión preventiva.

Así las cosas, si el fiscal solicita la incoación del proceso inmediato, estando detenido el investigado, habiendo requerido el fiscal la prisión preventiva, resulta imperioso mantener la detención del investigado hasta la realización de la audiencia única de incoación del proceso inmediato, pues, sería ilógico otorgar al imputado libertad, ya que se fugaría; sin embargo, **el problema se presenta cuando el fiscal, estando el investigado con una detención en flagrancia o por detención preliminar judicial, solicita la incoación de proceso inmediato pero sin que requiera la imposición de una prisión preventiva, en ese caso, no tendría por qué el imputado seguir en estado de detención hasta la realización de la audiencia de dicha audiencia.**

La doctrina ya se ha manifestado al respecto, así Celis Amaya sostiene que “el problema radica en que no se comprendió que vencido el plazo de 24 horas el ciudadano detenido debe ser puesto a disposición de la

autoridad judicial –garante de la libertad– con una **finalidad constitucional**: el control constitucional y legal de la detención para evitar detenciones arbitrarias, decidir la corrección de ésta.” Continúa el profesor explicando que “...es urgente la tarea impostergable de configurar la operatividad de una audiencia de control de la legalidad de la detención. La realización de esta audiencia es un imperativo constitucional; se pone al detenido a disposición de la autoridad judicial, para evitar privaciones arbitrarias de libertad de los ciudadanos” (**Mendoza, 2017**), en el mismo sentido se pronuncia el profesor Gonzalo Del Rio, para quien el derecho libertad se lesiona cuando, sin necesidad real de obligación o sujeción al proceso a un investigado se le tiene detenido hasta por el plazo máximo de cuarenta y ocho horas más la detención en flagrancia de cuarenta y ocho más (artículo 2. 24 f. de la Constitución) (**Del Rio, 2014**).

Una interpretación a partir de lo que señala Cesar San Martín, para quien “el requerimiento de incoación de proceso inmediato hace las veces de disposición de formalización” (**San Martín, 2016**), entonces nos conduce a pensar que tal y como sucede en el proceso común, solo es necesario acompañar a la formalización de la investigación el requerimiento de prisión preventiva (artículo 236. Inciso 2) y mantener al detenido, cuando se solicita dicha medida de coerción (artículo 268 del Código Procesal Penal), por lo que, si hace una interpretación sistemática, lo mismo debiera suceder con la incoación del proceso inmediato, que a su requerimiento se acompañe el de prisión y se mantenga detenido al imputado, cuando se ha solicitado, justamente, la prisión preventiva. Lo mismo se ha sostenido en el **Expediente N° 0666-2018- JR-PE-04 Cuarto Juzgado de investigación preparatoria en flagrancia SEDE CENTRAL-HUARAZ**), en donde el Juez se pronunció sobre la ausencia de necesidad de mantener la detención del imputado, cuando no se había solicitado prisión preventiva, pues ello lesionaba el derecho a la libertad.

Un **último problema** que merece tratarse es la necesidad de realizar un control de imputación necesaria y tipicidad dentro de la discusión sobre la legalidad de la detención en flagrancia (**obligatorio con el Decreto Legislativo 1298**), pues la flagrancia, es un estado que se aúna a la comisión de un delito, el mismo que debe estar debidamente detallado en el requerimiento de incoación y no de forma genérica, pues ello lesionaría el principio de imputación necesaria; en ese sentido sostenemos que, tal y como la afirman la Casación **724-2015 Piura** “...en lo atinente a la imputación necesaria, su análisis se corresponde con el principio de intervención indiciaria y, por tanto, el delito -es evidente que si los cargos no son concretos y no definen, desde las exigencias de imputación objetiva y subjetiva, todo lo penalmente relevante, no pasará...”, ello quiere decir, que sin una imputación concreta no podemos empezar el análisis de la flagrancia como estado, por lo que su discusión se tornará imposible, ya que si la conducta incriminatoria no es clara, el estado de esa conducta , esto es, la flagrancia, tampoco se podrá apreciar con claridad.

En ese mismo sentido, con respecto a la tipicidad, pues, si no existe delito no es posible por lógica consecuencia hablar del estado de flagrancia en la comisión del delito, en ese sentido conforme lo advierte la casación **564-2016 Loreto**, “La apariencia de delito es un presupuesto... cuyo alcance es definido no solo desde una perspectiva sustantiva (que el hecho imputado esté regulado en la normativa penal y que sea subsumible en ella según criterios objetivos y subjetivos...En esa medida, la evaluación del hecho debe realizarse conforme con los criterios propios de la teoría de la imputación objetiva y subjetiva, en cuanto al análisis de la probable realización del injusto penal”. Ello, en suma, quiere decir, que no habrá flagrancia de un delito si la conducta no es constitutiva de delito, por ello es necesaria esa discusión previamente al contradictorio de la legalidad de la detención.

1.2. ENUNCIADO DEL PROBLEMA:

¿Cómo el mecanismo de simplificación procesal, proceso inmediato, salvaguarda las garantías del mismo en los casos de flagrancia?

1.3. HIPÓTESIS:

El mecanismo de simplificación procesal, proceso inmediato, salvaguarda las garantías del mismo en los casos de flagrancia, siendo la incoación facultativa; prohibiendo la detención del imputado hasta la realización de la audiencia de incoación del proceso cuando no se haya requerido prisión preventiva; y llevándose a cabo una audiencia de control de legalidad de la detención en la cual se debata sobre la tipicidad e imputación necesaria.

1.4. JUSTIFICACIÓN:

La investigación encuentra se justifica, debido a que, es necesario que las normas procesales de los procesos penales, respeten las garantías fundamentales de los sujetos procesales, debido a que estamos en un Estado Constitucional de Derecho, en ese sentido, se propone en esta investigación que el proceso inmediato, no puede so pretexto de buscar eficacia, limitar o vulnerar derechos.

1.5. OBJETIVOS:

1.5.1. OBJETIVO GENERAL:

- Determinar cómo el mecanismo de simplificación procesal, proceso inmediato, salvaguarda las garantías del mismo en los casos de flagrancia.

1.5.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS:

- Explicar por qué el proceso inmediato debe ser facultativo para fortalecer la autonomía del Ministerio Público.
- Determinar que la detención del imputado solo se debe mantener si existe un requerimiento fiscal de prisión preventiva.
- Establecer la importancia de analizar la tipicidad y la imputación necesaria antes de discutir la procedencia del proceso inmediato.

1.6. VARIABLES:

1.6.1. Variable independiente:

El proceso inmediato por flagrancia.

1.6.2. Variable dependiente:

Salvaguarda de las garantías procesales.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

ANTECEDENTES:

- **“Razones Jurídicas para determinar la inconstitucionalidad del proceso inmediato en el Perú”;** Tesis elaborada por Silva Alva, Roxana Del Carmen, en la Escuela de post grado de la Universidad Antonio Guillermo Urrelo; Cajamarca, 2018. El autor concluye en esta investigación que “este Decreto Legislativo (del proceso inmediato) es inconstitucional por cuanto vulnera el derecho a la debida defensa, atenta contra el derecho al Debido Proceso en la realidad y contraviene a la Autonomía Fiscal”. El autor, aunque de forma parcial y sin ahondar mucho en relación a la autonomía del Ministerio Pública, no se centra en la obligatoriedad, sino en la imposibilidad de un ejercicio fiscal en el proceso mismo, no para su inicio”
- **“La implicancia del proceso inmediato por flagrancia delictiva al principio acusatorio y al derecho a no ser juzgado en un plazo razonable”;** Tesis elaborada por Carrasco Meléndez, Adolfo, para optar el grado de abogado; Universidad Nacional de Huánuco. El autor concluye en esta investigación que “al ser un proceso exprés o de justicia rápida impide que las partes puedan ejercer sus facultades y que su por tanto restringe su campo de actuación en el proceso”. Esta investigación nos sirve para entender que al ser obligatorio el proceso, el fiscal así no se encuentre preparado igual deberá afrontar este proceso, cuando existe, en el caso concreto, mejor protección en el derecho de las partes en el proceso común.

SUB CAPÍTULO I EL PROCESO INMEDIATO

1. ALCANCES DEL PROCESO INMEDIATO

El proceso penal, por diversas particularidades, no puede afrontar de la misma manera todos los casos. Ello ha llevado a la regulación de vías diversas al proceso común que permitan afrontar los casos de manera racional y eficiente.

En efecto, bien sea porque el proceso ordinario no satisfacía las exigencias en determinados supuestos o bien porque no era el más idóneo para afrontar casos particulares, el legislador se ha visto en la necesidad de regular “procesos especiales” para solucionar determinadas relaciones jurídicas materiales **(Moreno, 2010)**.

Dentro de los procesos especiales se han regulado mecanismos de aceleración o agilización del proceso penal. Según Talavera Elguera, examinando el Derecho comparado, se pueden hallar tres grupos de instrumentos jurídicos de aceleración del proceso; los que suponen la eliminación total o casi total del proceso, los mecanismos alternativos de solución de conflictos (oportunidad, transacción, mediación penal); los que, a través de la supresión de ciertas etapas procesales, implican el acortamiento del proceso; y los que si bien mantienen todas las etapas del proceso, realizan una reorganización del procedimiento **(Talavera, 2004)**.

En esta línea, como era de esperarse, producto de la reforma procesal penal, el legislador peruano ha optado por regular una serie de procesos especiales que permitan afrontar eficientemente estos casos particulares. Así, uno de estos mecanismos es el proceso inmediato, que, como veremos, al omitir determinadas etapas, es un mecanismo de simplificación procesal que opera cuando existe una evidente ausencia de necesidad de realizar la etapa de la investigación preparatoria, de un lado, y la etapa intermedia, de otro.

Ello, desde luego, resulta razonable e, incluso, aconsejable en determinados casos, siempre que -y esto hay que enfatizarlo- sea compatible con los derechos fundamentales del imputado, ya que en un Estado constitucional estos se imponen frente a la simplificación procesal.

Ahora bien, se afirma que el proceso inmediato encuentra sus bases o su inspiración en el *giudizio immediato* regulado en el *Código di Procedura Penale italiano de 1988*. Sobre este punto, conviene precisar que este cuerpo normativo distingue entre dos procedimientos especiales: de un lado, el *giudizio direttissimo* -juicio directísimo- y, de otro, el *giudizio immediato* -juicio inmediato-.

Según Silva de Vilela, citado por San Martín, el primero, en resumen, es una facultad del fiscal para llevar al imputado directamente ante el juez del juicio cuando el imputado ha sido detenido en flagrancia y el arresto ha sido convalidado por el juez (art. 449 del mencionado cuerpo legal), si la convalidación no opera, el juez devolverá los actos al fiscal para que continúe con el proceso común; no obstante, aun en ese caso -no opera la convalidación-, sí es posible que proceda este proceso especial cuando el acusado y el fiscal lo consienten (inc. 2 de la disposición indicada); asimismo, procede el juicio directo cuando el imputado ha confesado la comisión del delito durante el interrogatorio, salvo que perjudique gravemente a la investigación (inc. 5). El juicio inmediato, por su parte, prescinde de la vista preliminar y se acude directamente al juicio. El fiscal solicitará su aplicación al juez cuando considera que existe prueba suficiente, salvo que perjudique gravemente a la investigación(**San Martín, 1999**).

En atención a lo desarrollado en el párrafo precedente, observamos que no es exacto que el proceso inmediato se haya inspirado en el *giudizio immediato*, pues este procede únicamente cuando exista evidencia probatoria suficiente que aconseja acudir directamente al juzgamiento. En todo caso, el proceso inmediato encontraría su inspiración tanto en el *giudizio direttissimo* y

giudizio *inmediato* (Neyra, 2015), aunque, naturalmente, y como debe ser, tenga ciertas diferencias, las que se hacen más evidentes con la entrada en vigencia del D. Leg. N° 1194, que ha modificado sustancialmente al proceso inmediato, conforme lo veremos líneas más abajo.

Finalmente, es importante mencionar que la estructura del proceso inmediato establecido por el CPP de 2004 sufrió un cambio significativo, conforme lo apreciaremos durante el desarrollo de esta institución, con ocasión de la dación del D. Leg. N° 1194, ya que no solo se ha establecido que dejará de ser una facultad para convertirse en obligatorio, sino también se ha establecido el procedimiento que se debe seguir desde su incoación hasta su conclusión.

2. CONCEPTO

El concepto inmediato es un proceso especial que, en favor de la celeridad especial, obvia la fase de investigación preparatoria propiamente dicha y la etapa intermedia cuando se presentan determinados supuestos; es decir, luego de culminar con las diligencias preliminares, por las características particulares de los casos materia de investigación, se acude, en mérito a este proceso, directamente a la fase de juzgamiento.

En palabras de la Corte Suprema, se trata de un proceso especial y de una forma de simplificación procesal que busca evitar -sobre todo en aquellos casos que, por sus propias características, no hacen falta mayores actos de investigación- los trámites innecesarios.

En efecto, debido a que ya en las diligencias preliminares o treinta días después de formalizada la investigación se ha establecido suficientemente la realidad del delito y la intervención del imputado en su comisión, bien porque hay flagrancia, el imputado ha confesado o existen elementos de convicción suficientes, el legislador ha considerado infructuoso seguir el proceso común; en consecuencia, en estos casos lo que corresponde es -siguiendo esta

lógica- la aplicación del proceso inmediato, que permite obviar tanto la etapa de investigación preparatoria propiamente dicha como también la etapa intermedia.

Esta institución -del modo en que está regulado, tanto más con las modificaciones que ha sufrido, conforme lo veremos párrafos más abajo- está enfocado únicamente en que el fiscal cuente con todos los elementos de convicción necesarios para acudir directamente al juicio, mas no se preocupa por la situación del imputado, quien podría quedar en palmaria indefensión por no contar con el plazo ni con los medios necesarios para preparar su defensa.

3. FINALIDAD

Tiene como finalidad, como puede desprenderse de su concepto, la simplificación de las etapas del proceso penal común, entre ellas la etapa de diligencias preliminares, investigación preparatoria y etapa intermedia, desarrollándose solamente la etapa de juzgamiento.

De esta manera, el proceso inmediato tiene como propósito brindar una pronta solución a los conflictos de relevancia penal, siempre, claro está, que nos encontremos dentro de los supuestos en los que procede este proceso. En palabras de Sánchez Velarde, permite abreviar al máximo el procedimiento al “(...) evitar que la etapa de investigación preparatoria sea una etapa ritualista e innecesaria, dándole la oportunidad al representante del Ministerio Público de formular directamente acusación y que ésta sea aceptada sin la necesidad de realizar la audiencia preliminar de la etapa intermedia” (Sánchez, 2014). Incluso se ha llegado a afirmar que se trata de una “celebración anticipada del juicio oral” y que, por ello, este proceso es en el que se aprecia “con mayor nitidez el objetivo de buscar la simplificación y celeridad del procedimiento ordinario” (Neyra, 2015).

En concreto, el proceso inmediato es un mecanismo de simplificación procesal cuyo propósito es que, en determinados casos, se concluya, a través de la omisión de las etapas procesales, con prontitud el proceso penal, ya que así lo recomienda el principio de economía procesal. Se trata de un proceso especial en el que no operan los criterios de consenso ni la entidad del delito, pues lo determinante es que estemos bien ante una detención en flagrancia, ante la confesión del imputado o bien ante suficientes elementos de convicción que permitan al fiscal alcanzar el estándar de prueba -sobre la comisión del delito y su autor- que le permita acudir directamente al juicio.

Finalmente, es importante destacar las palabras de Sánchez Velarde, quien incluso ha llegado a afirmar que “La flagrancia y el proceso inmediato generan una respuesta positiva al clamor social de justicia y aporta a la seguridad ciudadana”. Resulta discutible esta afirmación, pues no entendemos cómo el proceso inmediato pueda contribuir con la seguridad ciudadana, tanto más si opera ya una vez que se ha cometido el delito, de un lado, y no ser el mecanismo indicado para cumplir con tal propósito, de otro.

4. FUNDAMENTO

Si bien en la doctrina se puede advertir el fundamento del proceso inmediato, lo cierto es que el no existir propiamente una exposición de motivos del Código Procesal Penal de 2004 -pues el documento al que algunos autores (Vásquez, 2015) hacen alusión no puede ser calificado como tal- es difícil determinar las razones concretas y el propósito que buscaba -de suma utilidad al momento de afrontar los problemas aplicativos que pudiera presentar la institución- el legislador al momento de regular este proceso especial.

Es pertinente mencionar que, en la supuesta exposición de motivos, por lo demás, no se hace referencia al proceso inmediato. Tan solo se afirma, de modo general, que el propósito del CPP de 2004 es “dotar al Estado de las herramientas necesarias para que cumpla con su obligación de llevar adelante

un proceso rápido y eficaz, que conlleve a la dación de una sentencia que redefina el conflicto generado por el delito satisfaciendo las legítimas expectativas de sanción y resarcimiento y, de otro lado, que la imposición de una sentencia se efectúe con irrestricta observancia de las garantías que establecen los Tratados Internacionales de Derechos Humanos que norman un procedimiento penal en un Estado democrático”. Se agrega que “Razones de política legislativa, presentes también en la legislación comparada, orientadas a evitar la congestión procesal y la saturación del sistema de justicia penal ordinario, han determinado que conjuntamente con el proceso común se regulen una gama de vías alternativas (...) y, de otro lado, los procesos simplificados desarrollados bajo el principio de consenso”.

De lo expuesto, es importante destacar que llevar a cabo un proceso rápido y eficaz -como es el caso del proceso inmediato- no significa el abandono de las garantías constitucionales o convencionales que le asisten al procesado, pues claramente se expone en el documento aludido -como no podía ser de otro modo- que se debe emitir una sentencia en estricta observancia de los derechos fundamentales. En efecto, la abreviación o agilización del proceso penal en modo alguno importa el sacrificio de los derechos propios de un Estado Constitucional. Tener en claro este aspecto será de gran valía cuando analicemos los supuestos de procedencia del proceso inmediato.

El D. Leg. N° 1194, que vino a modificar el proceso inmediato, sí contiene una exposición de motivos en la que se mencionan las razones que han fundamentado la regulación de este mecanismo. Así, se afirma que “La importancia y utilidad de la aplicación del proceso inmediato radica en su grado de intervención y naturaleza (...) ofreciendo un tratamiento procedimental simplificado y eficaz frente al delito flagrante”.

En estricto, el proceso inmediato se fundamenta, en palabra de la Corte Suprema, en la facultad que tiene el Estado de organizar la respuesta del sistema penal con criterios de racionalidad y eficiencia.

En suma, el proceso inmediato halla su fundamento jurídico en el principio de economía procesal, según el cual la respuesta penal debe realizarse con ahorro de esfuerzo, dinero y tiempo. Ello permite pues brindar una respuesta oportuna a la víctima, de un lado, y resolver la situación jurídica del imputado dentro de un plazo razonable, de otro. Y lo fundamental para que ello suceda es que se halle un equilibrio entre eficiencia -presente en la mayoría de las reformas procesales- y las garantías de los justiciables.

5. EL FISCAL COMO SUJETO LEGITIMADO PARA REQUERIR LA APLICACIÓN DEL PROCESO INMEDIATO: DE UNA FACULTAD A UN DEBER

Resulta evidente, dentro de nuestra legislación, que el único sujeto legitimado para realizar el requerimiento de proceso inmediato es el fiscal, por ser el titular del ejercicio de la acción penal pública.

Lo anterior significa que solo será posible la aplicación de este proceso en aquellos casos en los que el ejercicio de la acción penal es pública y semipública. Ello viene corroborado con la existencia del proceso especial por delito de ejercicio privado de la acción penal.

En consecuencia, a diferencia del *giudizio direttissimo* italiano, en el que en uno de los supuestos es importante el consentimiento del imputado (art. 449.2 del *Codice di Procedura italiano*), en la legislación peruana es nula la intervención del imputado de cara a instar el proceso inmediato, lo que realmente no presenta inconvenientes si se le permite el ejercicio de todos sus derechos.

Un aspecto que sí resulta problemático es el cambio normativo que varía la facultad de promover el proceso inmediato por un deber para hacerlo en aquellos supuestos que la ley regula. Y como se trata de un deber, incluso se ha dispuesto que el fiscal, por no plantear el proceso inmediato, pueda ser sancionado (art. 446.1 CPP de 2004).

De entrada, consideramos que esta modificación restringe indebidamente la facultad discrecional del fiscal de decidir si acude o no a la institución del proceso inmediato. Reducción que podría traer, sin duda, graves consecuencias de cara al debido ejercicio de la acción penal, así como al respeto de los derechos fundamentales del imputado.

Efectivamente, imponerle al fiscal que debe solicitar la vía del proceso inmediato en todos los supuestos regulados en el inciso 1 del artículo 446 del Código Procesal Penal de 2004 supone pensar que en todos esos casos ya no hay necesidad de realizar ninguna diligencia adicional, cuando no necesariamente es así. Reducir la facultad discrecional -que no significa arbitrariedad- del fiscal importa que este no tenga la posibilidad de que, en función a cada caso en concreto, decida lo mejor para ese caso en particular, teniendo en cuenta la eficiencia de la investigación, de un lado, y el resguardo de los derechos fundamentales, de otro.

También es posible que esta modificación legislativa genere dificultades para el fiscal, ya que acudir al proceso inmediato podría suponer que este no alcance el grado de conocimiento que se exige para iniciar el juicio. Y es que para la formalización de la investigación preparatoria se requiere “Indicios reveladores de la existencia del delito (...)” (art. 336.1 CPP de 2004), mientras que para emitir la acusación -sin la que no se puede pasar a la etapa del juicio- se necesita de elementos de convicción suficientes (arts. 349. 1.c y 344.2.b CPP de 2004). El problema se presentaría cuando el fiscal acude al juicio porque el caso se encuentra dentro de los supuestos de procedencia del

proceso inmediato y, sin embargo, no se cumple con el estándar para ir directamente al juicio y, desde luego, mucho menos para la emisión de una sentencia condenatoria.

Como se sabe, el Ministerio Público es un organismo constitucional que tiene el monopolio del ejercicio público de la acción penal, promoviendo de oficio, o a petición de parte, la acción penal (art. 159.1 Const. y art. 60 CPP de 2004) y conduciendo la investigación del delito (art. 159.4 Const.). Es decir, el ejercicio público de la acción penal es discrecional y le corresponde exclusivamente al Ministerio Público.

La modificación legislativa del proceso inmediato no supone, claro está, que el fiscal pierda la facultad de ejercer la acción penal, pues aun cuando se le impone acudir a este proceso especial, lo que está haciendo es ejercer la acción penal. Donde sí se advierte que existe una limitación o restricción es en permitirle al fiscal que decida, de acuerdo a cada caso en concreto, sobre cuál es la vía procedimental más idónea para llevar adelante el proceso penal. En efecto, desde el momento en que se estableció que el fiscal debe promover el proceso inmediato en aquellos supuestos legalmente establecidos, se le recortó la facultad de elegir que la vía procedimental. Es decir, en los supuestos de procedencia del proceso inmediato la única posibilidad que tendría el fiscal para ejercer la acción penal es a través de este proceso especial.

Sin embargo, algunos autores consideran que el cambio del verbo rector “podrá” por el “deberá”, no presenta ningún cuestionamiento, porque en definitiva será el fiscal quien calificará si los supuestos de procedencia del proceso inmediato se presentan en un determinado caso, de modo tal que, si no se presentan estos supuestos, no está obligado a promover el proceso inmediato, por lo que deberá seguir con el proceso común(**Sánchez, 2016**).

En palabras de San Martín Castro, quien parece ser partidario de la modificación legislativa, cambiar el requerimiento del proceso inmediato de facultativo a imperativo ha tenido como propósito garantizar su aplicabilidad. Manifiesta este autor que el carácter facultativo estaba sujeto a requisitos legales muy precisos, “de modo que frente al juicio de admisibilidad, procedencia y fundabilidad del juez para aprobarlo el fiscal [optaba] por evitar su incoación”(**San Martin, 2015**).

6. SUPUESTOS DE PROCEDENCIA DEL PROCESO INMEDIATO

Normativamente se establece cuáles son los supuestos que deben concurrir para que el fiscal tenga la facultad -tenga el deber, a partir de la entrada en vigencia del D. Leg. 1194- requerir la incoación del proceso inmediato.

Así, el artículo 446 del Código Procesal Penal de 2004 establecía que el proceso inmediato podía -ahora debe- aplicarse cuando: 1. El imputado ha sido sorprendido y detenido en flagrante delito; 2. El imputado ha confesado la comisión del delito; o 3. Los elementos de convicción acumulados durante las diligencias preliminares, y previo interrogatorio del imputado, sean evidentes. En estos tres supuestos -que aún son los mismos después de la modificación legislativa- existía la posibilidad de que el fiscal discrecionalmente decida incoación del proceso inmediato.

Sin embargo, con ocasión del D. Leg. N° 1194, lo anterior cambió significativamente. Y es que no solo la facultad se convirtió en obligación, sino que también se estableció que procedía inexorablemente en los delitos de omisión de asistencia familiar y los de conducción en estado de ebriedad o drogadicción, en los que, se entiende -porque de otro modo no se concebiría su regulación independiente-, poco interesa que estemos ante la existencia de la flagrancia, que el imputado haya confesado o que haya suficientes elementos de convicción.

De cara a profundizar en el estudio de los supuestos mencionados, a continuación, nos ocuparemos de analizar cada uno de ellos de forma independiente.

6.1.El imputado ha sido sorprendido y detenido en flagrante delito (art. 446.1.a CPP de 2004)

En su redacción originaria este supuesto de procedencia del proceso inmediato solo establecía: “el imputado ha sido sorprendido y detenido en flagrancia”. Con la modificación, se ha incorporado la siguiente expresión: “en cualquiera de los supuestos del artículo 259”.

Esta modificación, a nuestro juicio, no es baladí, puesto que tiene serias implicancias de cara a la procedencia del proceso inmediato. Efectivamente, se advierte, pues, que el artículo 259 del CPP de 2004 -que regula los supuestos de detención policial, que ha sufrido varias modificaciones-presenta cuestionamientos porque establece casos de flagrancia que no son compatibles con la Constitución.

Para sostener lo afirmado, es necesario recurrir a las múltiples sentencias del Tribunal Constitucional en las que ha cuestionado a determinados supuestos de flagrancia. Así, en el caso Chipulina, estableció que para que exista flagrancia es necesario que concurren dos elementos: “a) la inmediatez temporal, es decir, que el delito se esté cometiendo o que se haya cometido momentos antes; y b) la inmediatez personal, es decir, que el presunto delincuente se encuentre en el lugar de los hechos, en el momento de la comisión del delito y esté relacionado con el objeto o los instrumentos del delito”.

Siendo ello así, resulta difícil afirmar que en el supuesto de flagrancia regulado en el artículo 259.3 del CPP de 2004 -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 horas de producido el hecho punible- se cumpla con los elementos de la inmediatez temporal y personal, que, por tratarse de la restricción del derecho fundamental a la libertad, deben ser evaluadas con suma rigurosidad, puesto que la posibilidad de error es muy alta si se confía en la memoria de las personas, así como el riesgo de la posible manipulación de los equipos audiovisuales u otros. En estos casos lo más recomendable sería que se solicite, de ser el caso y en tanto se cumplan con los presupuestos, una medida de coerción personal contra el presunto responsable del hecho delictivo.

Sobre este supuesto de flagrancia, el Tribunal Constitucional ha sostenido que “la Constitución Política del Estado no alude en absoluto al supuesto de ‘cuasiflagrancia’, por lo que no puede habilitarse subrepticamente supuestos de detención no contemplados constitucionalmente (...)”. Asimismo, este órgano ha afirmado que capturar a una persona luego de diez horas de ocurridos los hechos no cumple con el requisito de inmediatez temporal, de manera que no puede considerarse legítima la detención por flagrancia.

Los cuestionamientos son mayores cuando se trata del supuesto de flagrancia regulado en el artículo 259.4 del CPP de 2004 -el agente es encontrado dentro de las veinticuatro 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-, esto es, de la presunción de flagrancia, dado que supondría justificar que personas que posiblemente no participaron en el hecho delictivo puedan ser detenidos bajo el supuesto de flagrancia. Pueden existir muchos casos en los que la persona tenga bienes de supuesta procedencia ilícita sin que necesariamente hayan participado en la comisión del delito, de modo que su detención -al amparo de la

cuasiflagrancia, no reconocida, por lo demás, por nuestra Constitución- sería ilegítima, tanto más si no se cumple ni con la inmediatez temporal ni personal. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha afirmado que no puede ser considerada válida la detención que se sustenta en mera sospecha policial.

De este modo, a nuestro parecer, es un despropósito que se haya ampliado la posibilidad de que el proceso inmediato también se aplique en estos supuestos de “flagrancia”. Y es que, si este proceso de por sí ya tiene serios cuestionamientos, permitir que se aplique en aquellos casos en los que es discutible que estemos ante una flagrancia en sentido estricto no hace más que sumarle fundadas críticas, que podrían llevarlo a deslegitimarlo -sí es que ya no lo está- por completo.

Ahora bien, los que están a favor de que el proceso inmediato opere de manera mecánica o automática en todos los casos de flagrancia -sin que importe su clasificación- afirmarán seguramente que existe una audiencia en la que se discutirá si estamos realmente ante una flagrancia que justifique acudir directamente al juicio. Ante ello, conviene formular la siguiente pregunta: ¿resulta razonable esperar hasta la realización de la audiencia para determinar si hay flagrancia?, ¿no es posible acaso que ello desde un inicio, sin esperar a que se realice la audiencia, lo determine el fiscal?, ¿o el fiscal no está capacitado para decidir, discrecionalmente, si debe acudir a un proceso inmediato por el supuesto de flagrancia? Lo dicho es aún más criticable cuando se advierte que, durante el tiempo que demore instalar la audiencia, el imputado estará detenido. A estas consecuencias puede llevar la limitación de la discrecionalidad del fiscal.

Finalmente, nos preguntamos si de lo que se trata es de ampliar el proceso inmediato, ¿procedería cuando se trata de un arresto ciudadano (art. 260.1 CPP de 2004)? En principio, la respuesta tendría que ser positiva, pues es claro que en estos casos de aprehensión también nos encontramos ante supuestos de flagrancia; sin embargo, normativamente no está permitida; además, podría generar serios problemas para determinar si estamos

realmente ante una flagrancia, por lo que no es recomendable que opere en estos casos, salvo que el fiscal, luego de analizar rigurosamente, considere que sí hay flagrancia. Para que ello suceda, la incoación del proceso inmediato debe ser una facultad y no de un deber, pues le otorga un margen de discrecionalidad al fiscal para decidir.

6.2. El imputado ha confesado la comisión del delito

Normativamente, se observa que el artículo 160.1 del Código Procesal Penal de 2004, define brevemente a la confesión como aquella admisión por parte del imputado de los cargos que se formulan en su contra, es decir, se trata de una admisión voluntaria del imputado sobre su participación en la perpetración de un delito (Neyra, 2015).

Naturalmente, para que tenga valor probatorio y pueda, en consecuencia, fundamentar la aplicación del proceso inmediato, la confesión debe cumplir con determinados requisitos legalmente previstos en el artículo 160.2 del CPP de 2004, los cuales son: “a) Esté debidamente corroborada por otro u otros elementos de convicción; b) Sea prestada libremente y en estado normal de las facultades psíquicas; c) Sea prestada ante el juez o el fiscal en presencia de su abogado; y d) Sea sincera y espontánea”.

En este sentido, la Corte Suprema ha manifestado que la presunción de inocencia exige: “(...) que cuando se trata de la prueba de confesión, ésta no solo ha de ser verosímil y prestada con todas las garantías, sino que se corrobore con otros elementos de convicción, pues no configura en sí misma una prueba autónoma con entidad para enervar la presunción de inocencia.

6.3. Los elementos de convicción acumulados durante las diligencias preliminares, y previo interrogatorio del imputado, sean evidentes

Estaremos ante este supuesto cuando de las diligencias preliminares o dentro de los 30 días de la investigación preparatoria se advierta con claridad la

existencia suficientes elementos de convicción que permitan alcanzar un estándar de prueba que permita acudir directamente al juicio. Es decir, deben existir “elementos de convicción suficientes” que vinculen al imputado con la comisión del delito (arts. 349.1.c, y 344.2. b).

No solo es necesaria la existencia de suficientes actos de investigación que sustenten la existencia del hecho punible, también hace falta que sea evidente a los ojos del fiscal la responsabilidad penal del imputado contra quien se solicita la aplicación del proceso inmediato. Es decir, debe concurrir evidencia tanto sobre los hechos como sobre la responsabilidad del imputado. La ausencia de uno de ellos determinará que no se pueda acudir a este proceso.

SAN MARTÍN CASTRO, afirma que para aplicar este supuesto de proceso inmediato es necesario que se presenten “actos de investigación o actos de prueba pre constituida que permita establecer, de modo cierto, claro, patente y manifiesto, la realidad del delito y la vinculación del imputado con su comisión”.

En definitiva, el fiscal debe estimar que, con los actos de investigación que ha realizado hasta ese momento, ha alcanzado el estándar de prueba suficiente - evidencia delictiva sobre los hechos delictivos y sobre la responsabilidad del imputado- que le permita acudir inmediatamente al juicio, por lo que es innecesario seguir con la etapa de investigación.

6.4. Delito de omisión de asistencia familiar y de conducción en estado de ebriedad o drogadicción.

Adicionalmente, con la reforma se han incorporado dos supuestos en los que procede el proceso inmediato, sin que sea necesaria la presencia de los supuestos prescritos en el artículo 446.1 del CPP de 2004. En el inciso 4 de esta disposición se establece que “el fiscal también deberá solicitar la incoación del proceso inmediato para los delitos de omisión de asistencia familiar y los de conducción en estado de ebriedad o drogadicción (...)”. Como

puede advertirse, poco interesa en estos delitos que estemos ante la existencia de la flagrancia, que el imputado haya confesado o que haya suficientes elementos de convicción, pues si así fuera encuadrarían perfectamente dentro de los tres supuestos que han existido desde siempre.

Pese a ello, ¿considerará el legislador que en éstos delitos siempre estaremos ante la presencia de suficientes elementos de convicción, de manera que no existe necesidad de realizar mayores investigaciones? Lo cierto es que esta ampliación ha desnaturalizado el proceso inmediato, pues se parte de la idea de que en estos delitos, de modo mecánico y automático, el fiscal tendrá que incoar este proceso sin analizar si existe flagrancia, confesión sincera o suficiente evidencia delictiva, así como sin evaluar las estructuras típicas - muchas veces complejas- de estos delitos (Hurtado, 2015).

En efecto, en cuanto al delito de omisión a la asistencia familiar, es preciso anotar que, en palabras de Villa Stein, “la conducta que exige el tipo es la omisiva de no prestar los alimentos conforme lo ordena una resolución judicial, poniendo en peligro la satisfacción de necesidades básicas del necesitado” (Villa, 2016). Esto significa que han de cumplirse los siguientes elementos para su configuración típica: el contexto típico, la omisión del acto debido y la capacidad personal de realizar el acto debido. Este último elemento es el que debe ser analizado con detenimiento, ya que, como bien lo dice ROXIN, además de la incapacidad física de cumplir con el deber, la “falta de recursos” también excluye la tipicidad en los delitos de omisión propia. Y es que, continúa este autor, “no es preciso que la incapacidad de acción se dé en términos absolutos y en todos los aspectos, sino que hay que apreciarla ya cuando alguien en la concreta situación no puede hacer nada razonable o que tenga sentido para cumplir con el mandato”.

Lo anterior no hace más que corroborar que en el delito de omisión a la asistencia familiar es sumamente importante que el fiscal no incoe mecánicamente el proceso inmediato, sino que debe estudiar si se presentan todos los elementos para que se configure como un delito, por lo que es

insoslayable que analice la situación particular de cada presunto autor, en concreto: si estaba en la capacidad o no de cumplir con los pagos. Esto en cierto modo evita que un problema de naturaleza civil sea trasladado al proceso penal, como si este fuera un medio idóneo para solucionar el problema del incumplimiento de los deberes alimenticios.

Del mismo modo, en cuanto al delito de conducción en estado de ebriedad, se debe analizar si en el caso en concreto realmente había una situación de peligro para la seguridad pública (Hurtado, 2015). En buena cuenta, se debe establecer si la conducta del sujeto tiene tal entidad que debe merecer una respuesta penal.

Sin querer ingresar en este aspecto, por no ser objetivo de esta obra, consideramos de interés que se plantee el siguiente debate: ¿criminalizar el incumplimiento de los deberes alimenticios es útil para algo?, ¿cumple alguna finalidad? Lo cierto es que en la práctica se advierte, generalmente, que no es la alternativa más indicada para solucionar el problema mencionado. Lo único que ha generado es una sobrecarga procesal, lo que ha llevado a la ampliación del proceso inmediato. Siendo esto así, en lugar de condenar con prontitud a los que incumplen con su deber de asistencia familiar, se tiene que buscar, desde un estudio integral, una solución más idónea.

Ahora bien, ampliar el proceso para estos delitos, en palabras de Hurtado Huaila y Reyna Alfaro, “solo se explica (aunque no se justifica) bajo el entendido de que se trata de delitos que requieren para su acreditación únicamente de la existencia de un requerimiento judicial de pago de la obligación alimenticia (...) y del certificado de dosaje etílico positivo (...). Los sinsentidos de esta lógica saltan rápidamente a la vista” (Hurtado, 2015).

En sentido contrario, San Martín Castro afirma que desde la propia configuración de estos delitos estamos ante la presencia bien de evidencia delictiva o bien de flagrancia. En el delito de omisión de asistencia familiar existe evidencia delictiva “por la resolución judicial proveniente del proceso civil de alimentos, que es un elemento del tipo objetivo”; en el de conducción

en estado de ebriedad o drogadicción existe flagrancia, por cuanto “la acreditación de la drogadicción o de la ebriedad consta en la pericia de alcoholemia (dosaje etílico) o toxicológica correspondiente, realizada inmediatamente luego de la intervención del imputado”.

Por nuestra parte, consideramos que no es suficiente que exista la resolución judicial que ordena el pago de los alimentos en el caso del delito de omisión a la asistencia familiar. Tampoco lo es, en el caso del delito de conducción en estado de ebriedad, el certificado de dosaje etílico, pues de acuerdo a cada caso en concreto existirán particularidades que deberán ser valoradas para verificar si hace falta realizar mayores actos de investigación.

En definitiva, a nuestro juicio, no debió ampliarse de manera expresa el proceso inmediato para estos delitos, puesto que ya se encuentran comprendidos, cuando corresponda, en los supuestos regulados en el artículo 446.1 del CPP de 2004. Es decir, se podrá acudir a este proceso en estos delitos -como ocurre con cualquier otro- siempre que haya flagrancia delictiva, confesión o evidencia delictiva suficiente. No existe, desde nuestro punto de vista, motivo para que tenga una especial regulación.

6.5. Procedencia del proceso inmediato en pluralidad de imputados

Normativamente, se ha establecido que es posible que el proceso inmediato proceda aun en los casos de pluralidad de imputados, siempre que se cumplan con dos requisitos: que todos ellos se encuentren dentro de los supuestos de procedencia de este proceso, de un lado, y que estén implicados en el mismo delito (art. 446.3 CPP de 2004).

Dicho, en otros términos, el proceso inmediato no procederá en los casos de pluralidad de imputados cuando estén siendo procesados por delitos diferentes. Naturalmente, se entiende que no procederá -tal como sucede cuando hay un solo imputado- cuando los casos no se encuentran dentro de los supuestos de procedencia de este proceso especial.

Cuando se trata de delitos conexos en los que estén involucrados otros imputados, la norma establece que no se acumulan, salvo que ello perjudique al debido esclarecimiento de los hechos o la acumulación resulte indispensable (art. 446.3 CPP de 2004).

6.6. Supuestos de improcedencia del proceso inmediato

Ahora bien, el Código Procesal Penal de 2004 ha establecido que no en todos los supuestos regulados en el inciso 1 del artículo 446 procederá el proceso inmediato. Ha establecido en el inciso 3 de la disposición aludida que están exceptuados los casos en los que, por su complejidad, sean necesarios ulteriores actos de investigación. A efectos de determinar la complejidad del caso, se remite al artículo 342.3 del CPP de 2004.

A nuestro juicio, resulta redundante que se haya establecido esta excepción, pues el proceso inmediato encuentra su fundamento en la falta de necesidad de realizar actos de investigación -precisamente por eso se evita la investigación preparatoria propiamente dicha-, de modo que, si aún hace falta realizar determinados actos de investigación, evidentemente no será posible incoar el proceso inmediato. De allí que la mención expresa a esta excepción resulte, a nuestro juicio, innecesaria.

Esta excepción pareciera justificarse en los casos de los delitos de omisión de asistencia familiar y el de conducción en estado de ebriedad, en los que no se exige que se presenten los supuestos mencionados en el artículo 446.1 del CPP de 2004. No obstante, también sería contradictorio, puesto que el legislador, se entiende, considera, de entrada, que en estos delitos los casos no son complejos, pues si así fuera no correspondería la incoación del proceso inmediato.

Estaría pensado, entonces, para dos de los tres supuestos: los casos de flagrancia y confesión. Con lo dicho, se admitiría que en estos casos no siempre hay evidencia delictiva suficiente que justifique acudir directamente al juicio. Entonces, es posible que aun cuando haya flagrancia o el imputado

haya confesado, el fiscal no incoe el proceso inmediato. Llama la atención que esto se haya establecido únicamente para los procesos complejos ¿o es que en los procesos simples no hacen falta, en ciertos casos, ulteriores actos de investigación?

Para San Martín Castro, el inciso 2 del artículo 446 lo que establece es la exclusión del proceso inmediato en los casos complejos. Aunque, continúa este autor, la expresión “ulteriores actos de investigación” pudiera sugerir que sí es posible en supuestos excepcionales, que serán casos de laboratorio de nula aplicación práctica, e inconveniente porque estos casos siempre demandan actos de esclarecimiento y consolidación probatoria.

7. PROCESO INMEDIATO Y SU COMPATIBILIDAD CON EL DERECHO DE DEFENSA

El proceso inmediato presenta -no desde su modificación, sino desde su regulación- serios cuestionamientos desde la perspectiva del derecho de defensa, en tanto que normativamente no se ha establecido un plazo dentro del cual la defensa podrá producir la prueba necesaria para preparar su estrategia.

En efecto, el derecho de defensa, en su manifestación de contar con los medios necesarios -recogido de manera específica en el artículo 14.3.b del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 8.2.c de la Convención Americana de Derechos Humanos- se ve seriamente limitado porque -por el modo en que se encuentra regulado el proceso inmediato- el imputado no cuenta con los medios adecuados para la preparación de su defensa. El derecho en mención debe ser ejercido de manera amplia e irrestricta durante todas las etapas del proceso, es decir, que el imputado o su abogado defensor han de tener la posibilidad de acceder y obtener -desde el inicio hasta la conclusión del proceso- todos los medios necesarios que le permitan preparar su estrategia y, con ello, su defensa de manera efectiva.

Precisamente por recortar las etapas del proceso común, el mencionado derecho se ve restringido.

Del mismo modo, con la regulación del proceso inmediato resulta afectado el derecho a contar con un tiempo razonable para preparar la defensa -recogido expresamente en el artículo 14.3.b del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 8.2.c de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como también en el artículo IX de su Título Preliminar del Código Procesal Penal de 2004 -por cuanto, al recortarse los plazos del proceso, no cuenta con el tiempo necesario para la preparación de su defensa.

Por este derecho debe entenderse, en sentido estricto, que el imputado -y con mayor razón su abogado defensor- debe contar con el tiempo adecuado, justo y necesario para diseñar, desarrollar y ejecutar de manera eficaz todos aquellos actos que le permitan desvirtuar o contradecir la pretensión penal dirigida en su contra. Este tiempo necesario y justo es con el que no cuenta el imputado en el proceso inmediato, pues el plazo de este proceso es sumamente breve. Naturalmente, no siempre sucede así en todos los casos, pero tal posibilidad es posible y es lo que viene sucediendo en la práctica desde el momento en que entró en vigencia el D. Leg. N° 1194, que permite incluso la condena del imputado en menos de 24 horas.

Sobre este derecho, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha tenido la oportunidad de pronunciarse en el caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú, en el que sostuvo “el escaso tiempo dado a los defensores, así como la notificación de que la sentencia sería emitida al día siguiente a aquel en que el abogado pudo acceder al expediente, ponían en duda ‘la seriedad de la defensa’ y la volvían ilusoria. Estos hechos son violatorios del artículo 8.2.c de la Convención”.

VÁSQUEZ GANOZA, entendiendo al debido proceso como parámetros o estándares básicos, afirma que estos “deben proporcionar un juicio justo (*fair trial*) y no un juicio perfecto (*perfect trial*)”. Este autor entiende que se debe

realizar una ponderación de los parámetros del debido proceso. A efectos de ejemplificar esta afirmación, sostiene que el CPP de 2004 hace eco de estos parámetros en los casos de competencia de los jueces unipersonales y colegiados, pues estos intervienen cuando la pena a imponerse es superior a 6 años; también menciona como ejemplo a la terminación anticipada, ya que en este proceso especial se prescinde de la etapa de juzgamiento (Vásquez, 2015).

Desde luego, no compartimos la posición del mencionado autor, puesto que, si bien es cierto que no hay juicios perfectos, lo es también que es discutible que el proceso inmediato proporcione o brinde un juicio justo. Y no puede serlo, a nuestro juicio, porque restringe seriamente el derecho de defensa y, en consecuencia, el debido proceso.

8. TRÁMITE DEL PROCESO INMEDIATO

8.1. Incoación

El fiscal, luego de verificar que se está ante uno de los supuestos mencionados en el artículo 446.1 del CPP de 2004, necesariamente deberá incoar el proceso inmediato. El trámite que deberá seguir será el siguiente: textualmente, el artículo 447.1 del CPP de 2004 prescribe que, al término del plazo de la detención policial, el fiscal debe solicitar al juez de investigación preparatoria la incoación del proceso inmediato.

Tal afirmación del legislador no está exenta de críticas, cabe preguntar ¿por qué el fiscal debe solicitar la incoación de este proceso especial recién una vez que finalizó el plazo de la detención?, ¿por qué no puede hacerlo durante la duración de la detención? A nuestro juicio, no existe motivo alguno para esperar a que concluya el plazo de la detención para solicitar la incoación del proceso inmediato, pues si el fiscal desde un inicio advierte que el caso calza dentro de este proceso, entonces desde ese preciso momento ya puede solicitar su incoación. Esta posición es, desde nuestra perspectiva, más

compatible con el derecho a la libertad del imputado, dado que permitiría que este pueda ser liberado -si es que no se le aplica ninguna medida coercitiva personal- prontamente.

Una vez que el juez reciba la solicitud de incoación del proceso inmediato, dentro de las 48 horas, realizará una audiencia única de incoación para determinar la procedencia de este proceso. Es decir, su procedencia estará a cargo del juez y se hará en una audiencia, se entiende, pública, en la que los principios rectores serán el de la oralidad, inmediación, concentración y contradicción.

Resulta acertada la opción legislativa de discutir la procedencia del proceso inmediato en una audiencia, ya que otorga a las partes la posibilidad de que puedan debatir sobre las razones por las que debe proceder o por las que no debe hacerlo. Y es que no solo se debe analizar desde la perspectiva del fiscal, sino también desde el punto de vista del imputado, concretamente desde el respeto irrestricto de su derecho de defensa. Dicho de otro modo, la realización del proceso penal -concebido como una garantía del imputado que evita la arbitrariedad- no solo busca la emisión de una sentencia en un plazo breve, sino que se haga con la observancia de los derechos fundamentales.

Y es que, parafraseando las palabras de Couture -quien decía que el tiempo en el proceso no es dinero, sino justicia-, podríamos afirmar que una decisión no es justa en función de la prontitud o rapidez con la que se emite, sino en atención al respeto del debido proceso. De allí que no se hable del derecho a la duración breve del proceso, sino del derecho a la duración razonable, que tiene una connotación distinta.

Ahora bien, el artículo que establece el momento en que el fiscal debe incoar el proceso inmediato y el juez fijar la fecha de la audiencia establece, como si de algo natural se tratara, que el imputado estará detenido hasta que la audiencia se realice. La pregunta cae por sí sola: ¿en mérito a qué estaría detenida esta persona si el plazo de 24 horas ya se excedió?, ¿será compatible esta regulación con la Constitución que establece que el plazo de

la detención es, como máximo, 24 horas?, ¿no sería mejor acaso y más compatible con el derecho a la libertad del imputado que el fiscal solicite, antes de que se venza las 24 horas, la aplicación de alguna medida de coerción si es que considera que la persona no puede ser dejada en libertad?, ¿qué pasará luego de que se realice la audiencia, el imputado quedará en libertad o seguirá detenido?, ¿qué necesidad habría de dejar al imputado detenido hasta que se realice la audiencia?, ¿es imprescindible que el imputado esté detenido para que la audiencia de incoación del proceso inmediato prospere?, ¿no es posible llevar a cabo con el imputado en libertad?, ¿será razonable que se mantenga al imputado detenido hasta la realización de la audiencia para luego, finalizada esta, dejarlo en libertad?

Desde nuestro punto de vista, resulta sumamente cuestionable que se supere el plazo de la detención que está constitucionalmente establecido. No hallamos razones que puedan justificar la privación de la libertad del imputado, de manera que consideramos que incluso podríamos estar ante una detención inconstitucional, por lo que el imputado estaría habilitado para presentar un hábeas corpus. Naturalmente, existen mecanismos procesales que bien podrían permitir que el imputado se mantenga detenido hasta que se realice la audiencia, nos referimos claramente a la detención preliminar judicial, medida de coerción que no solo exige razones plausibles de la comisión del ilícito penal, sino que también el peligro procesal. Si no estamos ante la presencia de estos presupuestos, entonces se debe ordenar la inmediata libertad del imputado.

De otro lado, también se establece, en el inciso 2 del artículo 447 del CPP de 2004, que el fiscal en su requerimiento de incoación debe acompañar el expediente fiscal y, a su vez, debe comunicar si requiere la imposición de alguna medida coercitiva, que asegure la presencia del imputado en el desarrollo de todo el proceso inmediato. Como puede advertirse, esta regulación solo corrobora que no se explica la razón por la que el imputado

debe estar detenido hasta la realización de la audiencia, si ni siquiera se tiene conocimiento de que el fiscal vaya a solicitar la aplicación de alguna medida de coerción (Hurtado. 2015).

Por último, se ha establecido en esta misma disposición que el requerimiento debe contener, en lo que resulte pertinente, los requisitos establecidos en el artículo 336.2 del CPP de 2004, esto es, los referidos a la formalización y continuación de la investigación preparatoria. Con esta regulación se pretende solucionar el problema que se discutió en el Acuerdo Plenario N° 6-2010/CJ-116, el que consistía en determinar si la incoación del proceso inmediato se debía realizar, en todos los casos, luego de que el fiscal ya haya emitido su disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria o no necesariamente.

La Corte Suprema sostuvo, respecto a este problema, que, conforme a lo prescrito en el artículo 447.1 del CPP de 2004 -ya modificado-, el fiscal tenía la posibilidad de requerir la incoación en dos momentos: primero, luego de culminar las diligencias preliminares; segundo, antes de los treinta días de formalizada la investigación preparatoria. Esto significa, en palabras de este órgano, que en el primer supuesto la incoación del proceso inmediato se dará antes de formalizada la investigación preparatoria, por lo que era necesario que el requerimiento de incoación de este proceso incorpore los mismos elementos que una disposición de formalización y continuación de investigación preparatoria. Por el contrario, en el segundo supuesto -como resulta evidente- sí es necesario que se haya formalizado la investigación, ya que así lo establece expresamente la norma.

El primer supuesto, precisamente, establecido mediante un acuerdo plenario, ha tenido su expresión en la nueva regulación del proceso inmediato (art. 447.2). Dicho en otros términos, la regulación actual ha recogido la doctrina que estableció la Corte Suprema, esto es, que el requerimiento de la incoación de este proceso deberá contener los requisitos del artículo 336.2 del CPP de

2004. Es decir, en un solo acto se unirían tanto la incoación del proceso inmediato como la formalización de la investigación preparatoria. Incluso, cuando corresponda, el requerimiento de una medida de coerción. Todos estos aspectos son los que fueron analizados en el acuerdo plenario ya aludido.

8.2. Sustanciación: audiencia única de incoación de proceso inmediato.

La fase de sustanciación consiste, en rigor, en el debate que se realiza en la audiencia entre las partes contrarias sobre la procedencia del proceso inmediato. Es en esta etapa, precisamente, en la que tiene plena vigencia el principio de contradicción, y con mayor razón cuando hay una audiencia de por medio.

En este punto, cabe destacar que el D. Leg. N° 1194 es el que ha establecido la necesidad de que el requerimiento de proceso inmediato se discuta en una audiencia única de incoación del proceso inmediato en casos de flagrancia delictiva. Modificación con la que estamos de acuerdo por cuanto otorga a las partes la posibilidad de que debatan -en igualdad de condiciones- sobre si se cumplen los presupuestos que habilitan la procedencia del proceso inmediato. No obstante, no entendemos la razón por la que la audiencia tiene esta denominación, lo que hace pensar que solamente habrá audiencia en los casos de flagrancia delictiva, mas no en los otros supuestos en los que procede el proceso inmediato.

Lo afirmado se corresponde con lo establecido en el artículo 447.7, *in fine*, del CPP de 2004, el cual establece que para “los supuestos comprendidos en los literales b) y c), numeral 1 del artículo 446, rige el procedimiento antes descrito en lo que corresponda. Solo en estos supuestos, el requerimiento se presenta luego de culminar las diligencias preliminares o, en su defecto, antes de los treinta días de formalizada la Investigación Preparatoria”. Es decir, el procedimiento que se prescribe en el artículo 447 está pensado, principalmente, para los casos de flagrancia delictiva. Y que solo en lo que corresponda se aplicará para los supuestos de confesión y evidencia delictiva.

Llama la atención que se haga nula referencia a los casos para los delitos de omisión de asistencia familiar y los de conducción en estado de ebriedad o drogadicción. En este último delito podría afirmarse que no hace falta mencionarlo porque está comprendido dentro de la flagrancia delictiva, pero ¿y en los delitos de omisión de asistencia familiar cuál es el procedimiento?

No entendemos las razones que llevaron al legislador a realizar esta distinción, pues la única diferencia que podemos advertir entre el supuesto de flagrancia delictiva y los otros supuestos es en cuanto al plazo para fijar la audiencia, y esto es así debido a que el imputado se encuentra detenido. Más allá de ello, a nuestro juicio, resulta innecesaria realizar cualquier otra distinción respecto al procedimiento.

En cualquier caso, lo importante es que la audiencia se lleve a cabo para todos los supuestos en los que se requiera el proceso inmediato, ya que, al dar vigencia efectiva al principio de contradicción, otorga mayores facilidades a las partes bien para fundamentar su procedencia, bien para oponerse.

La audiencia es de carácter inaplazable, lo que significa que bajo ninguna circunstancia podrá frustrarse, y para que ello no ocurra, el legislador ha establecido que rige lo prescrito en el artículo 85.1 del CPP de 2004, esto es, que, ante la incomparecencia del abogado defensor particular a la audiencia, se le reemplazará por otro que deberá ser designado en ese mismo acto por el imputado o, en su defecto, por uno de oficio. Evidentemente, no se hace referencia a si es obligatoria o no la comparecencia del imputado, por cuanto de su condición jurídica de detenido se desprende que sí lo es.

En efecto, el modificado artículo 447 del CPP de 2004 establece que el fiscal, al término del plazo de la detención policial, debe solicitar al juez competente la incoación del proceso inmediato. Este debe realizar una audiencia única dentro de las 48 horas siguientes al requerimiento fiscal, a fin de determinar la procedencia del proceso inmediato (inc. 1). Se establece también que el requerimiento mencionado debe estar acompañado del expediente fiscal y, de ser el caso, el fiscal debe comunicar si requiere la imposición de alguna

medida coercitiva que asegure la presencia del imputado durante el desarrollo de todo el proceso inmediato.

A la luz de esta regulación, previamente al debate sobre la procedencia del proceso inmediato, se ha establecido la posibilidad de que se discutan sobre otros temas. De este modo, se advierte que en dicho orden existe una suerte de prelación para resolver los requerimientos del fiscal.

Así, en primer lugar, siempre que el fiscal lo haya requerido, claro está, se discutirá sobre la procedencia de la medida coercitiva (art. 447.4.a CPP de 2004). En segundo lugar, en tanto que las partes lo hayan instado, en atención a lo establecido en el artículo 447.3 del CPP de 2004, se resolverá sobre la aplicación del principio, de oportunidad, de un acuerdo reparatorio o de la determinación anticipada, según corresponda (art. 447.4.b CPP de 2004). En tercer y último lugar, se resolverá sobre la procedencia del proceso inmediato (art. 447.4.c CPP de 2004).

8.3. Resolución

Antes de la modificación del proceso inmediato, mediante el D. Leg. N° 1194, no se había establecido la audiencia para resolver el requerimiento fiscal de proceso inmediato, de un lado; y la emisión de la resolución correspondiente en la misma audiencia, de otro. De ahí que SAN MARTÍN CASTRO, atendiendo a la regulación anterior, sostiene que “la solicitud de proceso inmediato no se decide en audiencia ni, por lo anterior, se requiere trámite de vista de la causa o informe oral”.

Actualmente, con la nueva regulación, conforme ya lo hemos mencionado, se regula que el requerimiento de proceso inmediato se resolverá en una audiencia y, en consecuencia, la emisión del auto será, de modo impostergable, en la misma audiencia de incoación (art. 447.5 CPP de 2004). Lo expuesto está en consonancia con el principio de oralidad, inmediación y concentración, por lo que se trata de una opción legislativa válida y loable.

En caso de que el juez declare procedente la incoación del proceso inmediato, el fiscal procederá a formular acusación dentro del plazo de veinticuatro horas, bajo responsabilidad. Una vez que se reciba el requerimiento acusatorio, el juez de investigación preparatoria, en el mismo día, lo remitirá al juez competente, quien acumulativamente dictará el auto de enjuiciamiento y de citación ajuicio, con arreglo a lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 448 (art. 447.6 CPP de 2004). Lo expuesto debe ser desarrollado, debido a que existen varios aspectos que deben ser analizados con profundidad, en un apartado independiente, al cual hemos denominado: formulación de la acusación y el juez competente para su control.

8.4. Formulación de la acusación y la inexistencia de la etapa intermedia

La Corte Suprema, en el Acuerdo Plenario N° 5-2009/CJ-116, (f.j. 17) ha afirmado que el proceso inmediato “al ser uno especial que se particulariza en razón de sus supuestos de aplicación (...) no existe una etapa intermedia”.

Al no haber una etapa intermedia en el proceso inmediato, conllevaría a imposibilitar la práctica de un control de la acusación. Sin embargo, este proceso especial está regulado de manera tal que el control se realiza en la etapa de juzgamiento y lo hace el juez de juicio.

De este modo, cuando el juez de investigación preparatoria dispone la incoación del proceso inmediato, el fiscal debe inmediatamente -dentro de las 24 horas- formular la acusación. Una vez que el fiscal realiza el requerimiento acusatorio ante el juez de investigación preparatoria, este, sin realizar ningún tipo de control, actuando como una suerte de mesa de partes, lo remitirá al juez del juzgamiento para que dicte tanto el auto de enjuiciamiento como el auto de citación ajuicio (art. 447.6 CPP de 2004).

En la medida de que en el proceso inmediato no se ha regulado la etapa intermedia o, lo que es lo mismo, esta etapa ha sido suprimida, el juez de la investigación preparatoria no realiza ningún tipo de control sobre el

requerimiento acusatorio. Este control le corresponde realizar al juez penal durante la fase de juzgamiento sobre los hechos objeto de la acusación, la calificación jurídica y las pruebas ofrecidas por el fiscal para su admisión, entre otras cuestiones (art. 448.3 CPP de 2004). Es decir, se estaría realizando una suerte de audiencia preliminar de control de la acusación por parte del juez de juzgamiento.

Que la competencia para realizar el control de la acusación recaiga en el juez de juzgamiento podría resultar contraproducente para mantener su imparcialidad. Y es que durante la fase intermedia se adoptan decisiones de significativa importancia, a tal extremo que puede suponer la conclusión del proceso. Por tal motivo, en la doctrina se ha discutido con amplitud respecto al órgano quien debe dirigir esta fase: juez de investigación preparatoria o juez de juzgamiento.

Vale decir, en este punto, que en la medida de que el juez de juzgamiento considera que la acusación debe superar el control -o que los medios de defensa o excepciones no deben prosperar-, estaría adoptando una posición acerca de la probable responsabilidad penal del imputado, lo que puede determinar que el juez tenga prejuicios durante la sustanciación del juicio y que podrían influir negativamente para el imputado al momento de sentenciar.

Teniendo ello en consideración, este es un aspecto -quien debe ser el juez competente para realizar el control de la acusación- que debe ser analizado con suma cautela, puesto que no se justificaría que, por razones de celeridad y eficiencia, se afecte la imparcialidad del juzgador.

8.5. Recurso de apelación

El artículo 447.5 del CPP de 2004 establece que la resolución es apelable con efecto devolutivo, lo que significa que tanto el auto que aprueba como el que desaprueba la incoación del proceso inmediato es recurrible a través del recurso de apelación.

Sin embargo, por lo regulado en el artículo 447.7 del CPP de 2004, pareciera que el recurso de apelación solo estaría reservado para el imputado, ya que esta disposición prescribe que, ante el rechazo de la incoación del proceso inmediato, el fiscal dicta la disposición que corresponda o la formalización de la investigación preparatoria. Es decir, el legislador ha establecido las medidas que debe adoptar el fiscal cuando se declara improcedente la solicitud de incoación, entre las que no se encuentra el de recurrir la resolución que resuelve en ese sentido.

En realidad, la contradicción es aparente, puesto que, con independencia de recurrir la resolución, el fiscal debe continuar con el proceso. En efecto, en tanto que el recurso de apelación en este caso no tiene efecto suspensivo, el fiscal debe seguir con los actos procesales que correspondan, sin perjuicio del recurso que se resolverá oportunamente.

Las normas del proceso inmediato, valga la aclaración, no establecen que el recurso de apelación no tenga efecto suspensivo o, lo que es lo mismo, sea de ejecución inmediata. Para llegar a esta conclusión se debe acudir a las reglas generales de la impugnación, concretamente al artículo 412.1 del CPP de 2004, el que claramente prescribe que “Salvo disposición contraria de la Ley, la resolución impugnada mediante recurso se ejecuta provisionalmente, dictando las disposiciones pertinentes si el caso lo requiere”. La disposición que regula el recurso de apelación contra la resolución que resuelve la solicitud de incoación de proceso inmediato, tan solo prescribe que el recurso tendrá efecto devolutivo, regulación que nos parece redundante, dado que el efecto devolutivo -entendido como el acudir ante un tribunal de grado superior- es consustancial al recurso de apelación, y es que no puede concebirse a la apelación sin el efecto devolutivo.

Que el recurso no tenga efecto suspensivo tiene consecuencias muy claras y conviene preguntarse si no habría sido más conveniente que sí lo tenga. ¿Qué pasaría si luego de un tiempo el juez *ad quem* declara fundado el recurso y, por tanto, ordena que proceda el proceso inmediato? Ello significaría dejar sin

efecto todos los actos procesales que se hayan realizado, lo que no se correspondería con el principio de economía procesal. Si ocurriera en sentido contrario sería aún más cuestionable: se declara procedente el proceso inmediato, el imputado recurre, se emite una sentencia condenatoria antes de que el juez *ad quem* resuelva el recurso, quien luego resuelve revocar la resolución que declaraba procedente el proceso inmediato. Esta decisión traería consigo que todos los actos realizados con posterioridad a la emisión de la resolución que aprobaba el proceso inmediato deben ser dejados sin efecto, con los perjuicios que ello supone, pues significaría comenzar con el proceso común. Como se observa, este es un punto sumamente discutible.

Lo anterior podría verse agravado por la falta de regulación de un procedimiento específico para tramitar el recurso interpuesto, pues ello significaría seguir las reglas generales de impugnación de un auto - establecidas en el artículo 420 y siguientes- y, en consecuencia, que el pronunciamiento de la resolución en segundo grado demande más tiempo de lo que dure la emisión de la sentencia en el proceso inmediato. Por ello, lo recomendable sería -si es que no se le otorga efecto suspensivo al recurso- que se regule un procedimiento recursivo particular muy célere y que permita una respuesta con prontitud sobre el recurso interpuesto.

8.6. Audiencia única de juicio inmediato

Durante todo el trámite del proceso inmediato, se realizan dos audiencias: la de incoación del proceso inmediato -de la que ya nos ocupamos- y la del juicio.

Esta audiencia única debe realizarse inmediatamente -en el día- de recibido, por parte del juez penal, el auto que incoa el proceso inmediato. En todo caso, dice la norma, su realización no debe exceder las setenta y dos horas desde la recepción del auto, bajo responsabilidad funcional (art. 448.1 CPP de 2004). Tal como puede apreciarse, existe un plazo sumamente breve entre la

recepción del auto y la realización del juicio. Cabría preguntarse si ello no resulta contraproducente para el derecho de defensa, en su manifestación de contar con los medios necesarios y con un plazo razonable para preparar la defensa.

Los principios que fundamentan el proceso ordinario también, como no podía ser de otro modo, tienen vigencia en la audiencia única de juicio inmediato: la oralidad, publicidad, contradicción e intermediación. Se trata de una audiencia inaplazable y por tal motivo rige lo prescrito en el artículo 85 del CPP de 2004 (art. 448.2).

Atendiendo a lo mencionado en el párrafo anterior, es importante preguntar: ¿si se trata de una audiencia inaplazable, ¿qué pasa cuando el imputado no concurre a la audiencia? Y es que, sobre este extremo, el artículo 85 mencionado, guarda silencio, ya que solo se ocupa de la concurrencia del abogado defensor. Así las cosas, debe entenderse, en aplicación de las reglas del proceso común (art. 355.4 CPP de 2004), que no es posible realizar la audiencia cuando el imputado no ha concurrido a la audiencia, de modo que esta no es inaplazable o, en otros términos, no lo será por la inconcurrencia del abogado defensor, pues en este caso sí establece reglas claras el artículo 85 del CPP de 2004.

Otro aspecto en el que el proceso inmediato se diferencia completamente el proceso común es con relación a la citación de los órganos de prueba. En efecto, según el inciso 2 del artículo 448 son las partes los “responsables de preparar y convocar a sus órganos de prueba, garantizando su presencia en la Audiencia, bajo apercibimiento de prescindirse de ellos”. En el proceso común se discutía respecto a quién correspondía citar a los testigos, a las partes o al órgano jurisdiccional, debate que incluso generó la emisión de un acuerdo plenario por parte de la Corte Suprema. Realizando una interpretación sistemática entre los artículos 363, 366, 355 del CPP de 2004 se llegó a la conclusión de que es al órgano jurisdiccional unipersonal o colegiado -a través del personal auxiliar- quien citará a los testigos y peritos, sin perjuicio de que

las partes coadyuven con ello; posición que encuentra apoyo en el artículo 23 del Reglamento de Notificaciones, Citaciones y Comunicaciones. Incluso desde una interpretación teleológica la Corte Suprema llegó a la misma conclusión.

Siguiendo esta línea, consideramos que, por la naturaleza jurídica del proceso penal, es el órgano judicial quien debe convocar a los testigos y/o peritos. Encargar tal labor a las partes resulta, a nuestro criterio, contraproducente y es imponerle al imputado una carga que puede resultar sumamente perjudicial para ejercer su derecho de defensa, tanto más si se le impone el apercibimiento de prescindirse de los órganos de prueba. Además, esta opción legislativa estaría determinando claramente que la finalidad del proceso, en estos casos, no es ya más la búsqueda de la verdad, debido a que el descubrimiento de los hechos estaría dejándose en manos de las partes. ¿Qué ocurriría si testigos claves no acuden a la audiencia?, ¿acaso resultaría admisible que se prescindan de ellos?, ¿se podría sacrificar el mejor conocimiento de los hechos por la celeridad procesal? Desde nuestra perspectiva, no resulta admisible que la celeridad procesal pueda justificar, de un lado, que se sacrifique el conocimiento de los hechos y, por otro, que el imputado, por no tener el poder coercitivo que sí tiene el juez, resulte perjudicado porque el testigo clave que ha ofrecido, pese a que le comunicó que concurra a la audiencia, no lo ha hecho. Por ello, desde luego, consideramos que la disposición bajo comentario -art. 448.2 CPP de 2004- debe ser modificada o modulada en el extremo que establece que las partes son responsables de convocar a sus órganos de prueba.

Siguiendo con los actos procesales que se realizan en la audiencia, se observa que, una vez instalada la audiencia, el fiscal expondrá “resumidamente los hechos objeto de la acusación, la calificación jurídica y las pruebas que ofrecerá para su admisión, de conformidad con lo establecido en el artículo 349. Si el juez penal determina que los defectos formales de la acusación requieren un nuevo análisis, dispone su subsanación en la misma

audiencia. Acto seguido, las partes pueden plantear cualquiera de las cuestiones previstas en el artículo 350, en lo que corresponda” (art. 448.3 CPP de 2004). Es decir, se estaría realizando una suerte de audiencia preliminar de control de la acusación, con la diferencia de que en este caso lo está realizando el juez de juzgamiento y durante la audiencia en la que se resolverá, de cumplirse con los requisitos de la acusación, sobre la responsabilidad o no del acusado.

El mencionado artículo también prescribe que “el juez debe instar a las partes a realizar convenciones probatorias”. Esta institución configura, en resumen, un procedimiento alternativo -alejándose del contradictorio- destinado a la incorporación de los hechos sobre la base del consenso promovido por las partes. De este modo, si bien el juez puede adoptar un rol proactivo, lo cierto es que depende de las partes que se realice una convención probatoria, siempre que el juez la admita. Dicho en otras palabras, el juez, bajo ningún supuesto, puede imponer a las partes que lleguen a una convención probatoria, pues su función consiste en evaluar las convenciones propuestas por las partes, mas no en obligar a las partes a que las realicen.

Luego de haberse realizado una suerte de “etapa intermedia”, el juez dictará acumulativamente el auto de enjuiciamiento y citación a juicio, de manera inmediata y oral, siempre que se hayan cumplido con los requisitos de validez de la acusación de conformidad con el numeral 1 del artículo 350, y cuando las cuestiones planteadas hayan sido resueltas.

Inmediatamente después se iniciará el juicio en sentido estricto, el cual se realizará en sesiones continuas e ininterrumpidas hasta su conclusión. En esta línea, se establece que el juez del juzgamiento que instale la audiencia no podrá conocer otros casos hasta que culmine el ya iniciado (art. 448.4 CPP de 2004). Por último, se prescribe en esta disposición que las reglas del proceso común, en tanto sean compatibles con la naturaleza célere, le son aplicables al proceso inmediato.

Resulta adecuado, visto desde el principio de concentración, de economía procesal y de celeridad, que la audiencia se realice de manera continua e ininterrumpida hasta que concluya, pues ello permitirá, precisamente, que se cumpla con el objetivo que persigue el proceso inmediato: concluir con el proceso lo más pronto posible. Para lograr este propósito resulta acertado que el juez se dedique exclusivamente a un determinado caso hasta su finalización.

SUB CAPÍTULO II

EL MINISTERIO PÚBLICO, DERECHO A LA LIBERTAD, TIPICIDAD E IMPUTACIÓN NECESARIA

1. EL MINISTERIO PÚBLICO:

1.1. Composición Orgánica

Fue la Constitución de 1979 la que, por primera vez en la historia del Perú. Organizó al Ministerio Público como ente autónomo. La reinstauración de este organismo, que había existido en todos los niveles de la administración de justicia hasta 1975, originó un agudo debate en la época de la Asamblea Constituyente de 1978. Aquella vez dieron su opinión diversas organizaciones públicas y privadas, inclusive la Corte Suprema de Justicia, que -dicho sea de paso- fue la que pidió que el Ministerio Público no fuera separado de la organización interna del Poder Judicial.

Sin embargo, la Asamblea Constituyente persistió en su intento y, una vez instalado el gobierno constitucional del Presidente Fernando Belaunde, uno de los primeros decretos legislativos aprobados por el Poder Ejecutivo fue el del Ministerio Público.

Las críticas originales a la reinstauración plena del Ministerio Público consistieron, básicamente, en que durante su gestión en décadas pasadas había significado un factor de demora y entorpecimiento de la administración de justicia, al haberse convertido en dictaminador previo de las causas antes de emitir resolución final la Corte Suprema, lo que llevaba a dos factores negativos: uno, que los expedientes se acumulaban interminablemente en las fiscalías esperando ser

dictaminados; el otro, que la mayoría de dictámenes emitidos resultaban intrascendentes.

A la vez, se criticaba el concepto entonces prevaleciente, de que el Ministerio Público era una especie de organismo supervisor para el adecuado cumplimiento de la función jurisdiccional por los magistrados, cosa que devenía innecesaria por los procedimientos modernos y por las propias garantías que la Constitución establecía para la administración de justicia.

No obstante, el contenido de las normas de la Ley Orgánica y los efectos positivos que en muchos aspectos tuvo el Ministerio Público, una vez implementado como organismo autónomo, obligó a revisar esas opiniones. Pero no todo marchó bien. El Ministerio Público, al igual que el Poder Judicial en su conjunto, fue víctima de la falta de recursos económicos, lo que retrasó en unos casos, el adecuado cumplimiento del modelo diseñado por la Constitución. Pero también se hizo presente la deficiente preparación de muchos de sus miembros. Además, estaba el problema de la corrupción, al que tampoco fue ajeno.

Ya en tiempos más recientes y luego del golpe de Estado del 5 de abril, las dificultades para el funcionamiento independiente del Ministerio Público se acrecentaron. Como se recuerda, el gobierno - desconociendo la autonomía constitucional de este organismo- nombró como Fiscal de la Nación, mediante Decreto Ley N° 25472, a la doctora Blanca Nélica Colán, cuya gestión al frente de ese cargo ha carecido de independencia frente al poder político. Asimismo, expidió el Decreto Ley N° 25735, por el que se declaró en proceso de reestructuración orgánica y reorganización administrativa al Ministerio Público. Los resultados de esta medida todavía son desconocidos; es más, se podría sostener que luego de todo esto, la autonomía del Ministerio

Público está en el texto constitucional, pero no se expresa en la realidad.

Pasemos a evaluar la norma constitucional. El artículo bajo comentario establece que el Ministerio Público es autónomo. Esta concepción es casi unánime en la doctrina y en la legislación positiva. La autonomía implica la necesidad de mantener alejado al Ministerio Público del poder político. La misma exigencia se da en el caso del Poder Judicial, pues no se podría entender un órgano con las características del que comentamos dependiendo en su organización y funciones del Poder Ejecutivo. Lo contrario podría impedir la incriminación de los miembros y agentes del Ejecutivo comprometidos en acciones delictivas, así como facilitaría el uso de la acción penal como arma contra los adversarios políticos de quienes detentan el poder.

Marcial RUBIO sostiene que el Ministerio Público “es un órgano autónomo del Estado, esto es, independiente en sus decisiones, que tiene por finalidad principal velar por la adecuada administración de justicia en representación de la sociedad. No es un contralor ni un censor de la labor de los tribunales y juzgados, pues no tiene capacidad de imponerles decisiones ni de pedir sanciones para ellos. Cumple sus labores realizando investigaciones, acompañando permanentemente el trabajo de los magistrados, y ejercitando derechos diversos de intervención dentro de los procesos”(Rubio, 1999).

A contracorriente de lo anotado, el profesor español Luis María DIEZ-PICAZO sostiene una tesis sugerente, mediante la cual afirma no existen razones empíricas y axiológicas por las que el Ministerio Público deba estar dotado de genuina independencia en un moderno Estado liberal-democrático. La argumentación que expone se basa en que no estando siempre en juego los intereses del Ejecutivo, no es necesario

que el Ministerio Público sea independiente de él. En el supuesto que se deba investigar a un agente estatal, tal indagación la debiera efectuar, como sucede en los Estados Unidos, un *special prosecutor*, designado por un órgano judicial. Concluye su apreciación el doctor DIEZ-PICAZO, afirmando que el Ministerio Público debiera ser el organismo encargado de implementar la política criminal del Estado y que su plena independencia entorpecería tal labor (Diez picazo, 1999). La anterior es una posición bastante singular y polémica, pero ilustrativa del estado del debate sobre este tema en Europa.

Por otro lado, la Carta de 1993 recoge, en líneas generales, la normatividad establecida por su predecesora de 1979 con respecto al Ministerio Público. Sin embargo, se producen algunas diferencias puntuales. La primera gira en torno a la designación del Fiscal de la Nación. El inc. 2 del art. 251 de la Carta de 1979 establecía que tal cargo era asumido, por turnos cada dos años, por los Fiscales ante la Corte Suprema, los que a su vez eran designados por el Presidente de la República con ratificación del Senado. La Constitución vigente ordena que el Fiscal de la Nación sea elegido por la Junta de Fiscales Supremos y, adicionalmente, extiende la duración del cargo a tres años prorrogables a dos años más.

Sobre el particular, es pertinente traer a colación el problema suscitado al implementarse este dispositivo constitucional. En efecto, luego del golpe de Estado y una vez cumplido su mandato, la doctora Blanca Nélida Colán se presentó a la reelección, a fines de 1993. Surgió otra candidatura, la del doctor Miguel Aljovin y una vez realizado el escrutinio se produjeron sucesivos empates entre ambos candidatos. Como se sabe, los Fiscales Supremos son cuatro y el resultado arrojaba dos votos para cada candidato. Ante el entrampamiento suscitado, el CCD expidió, el 17 de enero de 1994, la Ley N° 26288, o

Ley de atribuciones y elección del Fiscal de la Nación. Mediante este dispositivo y desconociendo a decir de CHIRINOS SOTO los atributos de impersonalidad, abstracción y generalidad que la doctrina reclama para todas las leyes, se resolvió el *impasse* a favor de la doctora Colán, lo que provocó la protesta de amplios sectores de la opinión pública.

Prolongado el mandato de la doctora Colán y luego de concluido éste, a inicios de 1997 se produjo otro incidente, debido a la ilegal intención de la doctora Colán de quedarse en el cargo. Nuevamente se pretendía frustrar la asunción de la titularidad del Ministerio Público, como Fiscal de la Nación, del doctor Miguel Aljovin. El rechazo de la opinión pública a esta maniobra forzó a que la doctora Colán, finalmente, cediera el cargo. El doctor Aljovin asumió, efectivamente, el cargo de Fiscal de la Nación; sin embargo, el 5 de enero de 1997, cuando estaba por vencer el plazo para que la ex Fiscal de la Nación dejara el puesto, el Congreso de la República aprobó un proyecto de ley que creaba la Comisión Ejecutiva del Ministerio Público, notoriamente de origen inconstitucional. Como era obvio, la doctora Colán fue designada Presidenta de dicha Comisión.

En concreto, se le han mermado notoriamente un sinnúmero de atribuciones al Fiscal de la Nación. La Comisión Ejecutiva es ahora el ente que aprueba el plan de reestructuración y reforma del Ministerio Público y expide el reglamento de organización y funciones. De igual modo, opina sobre los asuntos que los poderes públicos sometan a su consideración, además de decidir sobre el ejercicio de la acción penal contra los jueces de primera y segunda instancia; nombra fiscales ad hoc, que es la vía para controlar las investigaciones en temas donde aparecen intereses políticos del gobierno; determina las especialidades en todos los niveles y el número de plazas de cada distrito judicial; concede licencias e impone sanciones administrativas a todos los

funcionarios del Ministerio Público; en fin, es el órgano que decide sobre los asuntos más importantes.

Por otro lado, el artículo materia de comentario se refiere a los derechos y prerrogativas de los miembros del Ministerio Público. Son similares a los declarados y exigidos para los magistrados del Poder Judicial, vale decir: dedicación exclusiva al cargo, con excepción de la docencia universitaria; independencia; inamovilidad en sus cargos; permanencia en el servicio; y, remuneraciones justas. Además, es importante la composición interna del Ministerio Público, cuyos cargos jerárquicos, en virtud de lo dispuesto por el artículo bajo comentario, son equivalentes cada uno en su categoría a los del Poder Judicial. Los procedimientos para su selección son igualmente idénticos.

El artículo bajo comentario, a diferencia del art. 251 de la Carta derogada, no señala los órganos del Ministerio Público. Estos, como ya lo dijimos, son deducidos de la Ley Orgánica correspondiente. En esa virtud, cabe anotar que el Fiscal de la Nación es el funcionario de mayor jerarquía y que, normalmente, tiene funciones burocráticas específicas dentro del Estado, en adición a las propiamente destinadas a la administración de justicia.

1.2. ATRIBUCIONES Y PRESUPUESTO

El artículo transcrito es, en algunos aspectos, similar al art. 250 de la Carta de 1979. En otros no, como a continuación veremos.

En principio debemos anotar que las funciones delineadas por este dispositivo no son las únicas, aunque sí las principales. Es por ello que

es necesario efectuar una lectura paralela con el art. 1 de la *Ley Orgánica del Ministerio Público*, que desarrolla el texto constitucional y se acerca hacia importantes concepciones jurídicas:

“El Ministerio Público es el organismo autónomo del Estado que tiene como funciones principales la defensa de la legalidad, los derechos ciudadanos y los intereses públicos, la representación de la sociedad en juicio, para los efectos de defender a la familia, a los menores e incapaces y el interés social, así como velar por la moral pública; la persecución del delito y la reparación civil. También velará por la prevención del delito dentro de las limitaciones que resultan de la presente ley de los órganos judiciales y la recta administración de justicia y los demás que le señalan la Constitución Política del Perú y el ordenamiento jurídico de la Nación”.

Es la defensa de la legalidad, precisamente, la característica central que podría resumirlas funciones del Ministerio Público. Hemos apuntado a lo largo del presente trabajo la necesidad de que en el país se consolide una institución que garantice la tutela efectiva de los derechos fundamentales y que efectivice la plena vigencia de la legalidad. El Ministerio Público es el órgano encargado de tal propósito. Para ello la Constitución y la ley le proveen una serie de atribuciones específicas.

Para el cumplimiento de sus funciones, el Ministerio Público, a través de sus fiscales, está autorizado a ejercitar los recursos, acciones y actuar las pruebas que admiten la legislación administrativa y judicial. Además, el Fiscal de la Nación puede solicitar a otras entidades del Estado las informaciones y documentos que fueren necesarios para el eficaz ejercicio de las acciones y recursos que le competen.

El inc. 2 delega al Ministerio Público la responsabilidad de velar por la independencia de los órganos jurisdiccionales y por la recta administración de justicia. En este precepto se puede constatar lo importante que resulta premunir de autonomía al Ministerio Público. Como se recuerda, esta atribución fue criticada desde el Poder Judicial; se argumentaba que eran la propia Constitución y las leyes las verdaderas garantes de la independencia de los órganos jurisdiccionales, y no un órgano en especial. Esta afirmación parece certera; sin embargo, la misma realidad demuestra lo contrario. Es conocido el círculo de influencias en el que a veces se mueve el Poder Judicial y que atenta contra su independencia. La intención ha sido otorgarle al Ministerio Público el rol de supervisor de la función jurisdiccional. No basta que la ley preceptúe la independencia del Poder Judicial: se debe garantizar que así efectivamente ocurra.

El inc. 3 establece la representación del Ministerio Público, en nombre de la sociedad, en los procesos judiciales. El inc. 3 del art. 250 de la Carta de 1979 decía “representar enjuicio a la sociedad”. No obstante, las sutiles diferencias de redacción, el fin es esencialmente el mismo: el Ministerio Público asume el interés de toda la sociedad y actúa en nombre de ella. Esta actuación se refiere específicamente a los procesos civiles y está concordada con lo establecido por la Ley Orgánica del Ministerio Público, que le asigna como función principal “la representación de la sociedad en juicio, para los efectos de defender a la familia, a los menores e incapaces y el interés social” (art. 1).

El inc. 4 del artículo bajo comentario toca un tema muy importante: la conducción de la investigación del delito, que está a cargo del Ministerio Público. Esta responsabilidad se encontraba diseñada por el inc. 5 del

art. 250 de la Constitución derogada, pero bajo distintas características. El texto citado decía lo siguiente: “Vigilar e intervenir en la investigación del delito desde la etapa policial...” El nuevo texto establece: “Conducir desde su inicio la investigación del delito”. Hay, pues, una diferencia sustantiva, originada por la configuración de los verbos “vigilar” y “conducir”. Anteriormente el Ministerio Público sólo participaba en la investigación del delito “vigilando” que tal procedimiento se ajustara a los procedimientos legales. Con la nueva Constitución esta realidad cambia. Ahora serán los fiscales los que conduzcan la investigación, operando directamente todos los apremios judiciales para cumplir tal labor.

El nuevo Código Procesal Penal, desarrolla de modo más específico la intervención del Ministerio Público. Dice el art. 91 de este cuerpo jurídico: “La etapa procesal de la investigación persigue reunir la prueba necesaria que permita al Fiscal decidir si formula o no acusación. Tiene por finalidad determinar: si la conducta incriminada es delictuosa, las circunstancias o móviles de su perpetración, la identidad del autor o partícipe y de la víctima, así como la existencia del daño causado”.

El segundo párrafo de este art. 91 se refiere expresamente a las investigaciones: “La Policía y sus cuerpos especializados en criminalística, el Instituto de Medicina Legal, el Sistema Nacional de Control y todos los organismos del Estado que, por la naturaleza de las actividades, pueden aportar medios útiles al mejor esclarecimiento de los hechos y a la determinación de las responsabilidades a que hubiere lugar, deben prestar apoyo al fiscal. Las universidades, institutos superiores, organismos técnicos de los ministerios y cualquier otra

entidad pública o privada, están obligadas a proporcionar los informes y realizar los estudios que se les requiera”.

Otra función importante del Ministerio Público es el ejercicio de la acción penal, que le confiere el inc. 5. En realidad, es una consecuencia de la actividad acusatoria que ejerce el Ministerio Público, que se manifiesta en el proceso penal mismo. Para DIEZ-PICAZO el Ministerio Público se trata de una estructura de agentes públicos cuya misión específica radica, precisamente, en el ejercicio de esa actividad acusatoria en nombre del Estado.

La cuestión de fondo está en el hecho de asignarle al Ministerio Público la obligatoriedad del ejercicio de la acción penal. El propio profesor DIEZ-PICAZO nos aproxima a la función acusatoria del Ministerio Público en las democracias de Occidente, de las que proviene el modelo peruano. En los Estados Unidos se considera a la actividad acusatoria como parte integrante y fundamental de la acción ejecutiva. Es una decisión política la que determina el ejercicio de la acción penal. Ello se debe, en parte, a que los fiscales, a nivel local, son representantes elegidos por votación directa.

En Inglaterra no existe deber jurídico alguno de ejercer la acción penal. Esta es normalmente ejercida por la policía, controlado todo ello por miembros especialmente designados por el gobierno. En Alemania el Ministerio Público puede ejercitar la acción penal siempre que esté frente a una *notitia criminis* verosímil. Además, este organismo depende del Poder Ejecutivo. En España la configuración del ejercicio de la acción penal es muy parecida al modelo peruano. Se apela a tal función en base al principio de legalidad que, por imperativo constitucional,

debe presidir la actuación del Ministerio Fiscal. En Francia -modelo primigenio tomado por las otras naciones- la regla general consiste en que el ejercicio de la acción penal es obligatorio; pero en virtud del principio de la *opportunité de poursuites*, el Ministerio de Justicia goza de discrecionalidad para ordenar al Ministerio Fiscal que abandone o, en su caso, que inicie una acusación.

Visto un panorama más amplio, podemos llegar a la conclusión que el ejercicio de la acción penal en el Perú le ha sido delegado exclusivamente al Ministerio Público, de oficio o a petición de parte, lo cual se condice con el principio de la independencia absoluta diseñado para este organismo. Esta titularidad es refrendada por su Ley Orgánica.

El inc. 6 se refiere a la obligación que tiene el Ministerio Público de emitir dictamen previo a las resoluciones judiciales en los casos que la ley contempla. Como se ve, esta función tiende a asegurar que todo proceso penal esté premunido de una opinión especializada, para proveer de elementos adecuados a fin de que las resoluciones sean equilibradas y justas. El Ministerio Público, al actuar como parte en un proceso o como opinante, está garantizando que dicho proceso llegue a un término adecuado.

Finalmente, el inc. 7 trata sobre la iniciativa en la formación de leyes. Esto quiere decir que el Ministerio Público tiene la atribución de elevar al Presidente de la República los proyectos de ley y de reglamento que considere necesarios en las materias que le son propias. El Presidente de la República, en virtud del inc. 8 del art. 118, puede acoger estas sugerencias. El Ministerio Público también tiene la atribución de opinar

sobre los proyectos de ley que tengan relación con él y con la administración de justicia. Esta última atribución generalmente no ha sido asumida a plenitud.

Al igual que en el caso del Poder Judicial, el Ministerio Público, en tanto organismo independiente, tiene la facultad de discutir y proponer su presupuesto. Naturalmente, éste debe ser sustentado ante el Poder Ejecutivo (Ministerio de Economía) y en el Congreso. El requisito que establece la Constitución es que el Presupuesto sea aprobado por la Junta de Fiscales Supremos. Ello ahora no es tan así, en la medida en que la Comisión Ejecutiva del Ministerio Público creada por la segunda disposición transitoria de la Ley N° 26623, ejerce la titularidad del pliego presupuestal. El presente es un artículo que, como muchos otros, no ha sido tomado en consideración por los operadores del poder.

2. EL DERECHO A LA LIBERTAD:

Una de las maneras en que se ve manifiesto el valor libertad, es la libertad personal, que ocupa un lugar sobresaliente, puesto que continuamente la privación de libertad se transforma en un medio para infringir contra los demás derechos fundamentales de la persona, reconocidos y amparados constitucionalmente, tales como la libertad de expresión, de asociación o el derecho a participar en la vida política, o bien la vulneración de la libertad obedece a motivos discriminatorios.

Por ello, tal como lo menciona Serrano Gómez (1995) “el derecho a la libertad es tan importante como el derecho a la vida, ya que es un presupuesto indispensable para el ejercicio de los demás derechos inherentes al ser humano”. (Pág.776)

En nuestro país el derecho a la libertad y seguridad personal ha sido consagrado en el art. 2.24 de la Constitución de Perú de 1993, ya que se

incluyen las restricciones y privaciones a la libertad; y un conjunto de derechos para su protección.

Sin embargo, de la lectura de estos artículos, se concluye que, en cualquiera de estos presupuestos, antes de privar a una persona de libertad es necesario evaluar si sus actos se enmarcan dentro de los postulados de hecho previstos en la ley que habilitan la aplicación de esta medida.

En contraste con lo anterior la privación de la libertad es una de las sanciones que el Estado puede imponer por la comisión de determinadas conductas punibles que deben estar estipuladas en alguna normativa de índole penal.

De ahí que, la primera garantía de la libertad física que debe ser observada por los operadores de la justicia es la prohibición de detenciones ilegales. Estas son las que se producen al margen de los supuestos de hecho y del procedimiento previsto en el ordenamiento jurídico de nuestro país para que proceda la privación de libertad de una persona. Al respecto, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala en su artículo 9, inciso 1, lo siguiente: «Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta».

En este sentido, el Código Procesal Penal, en el artículo VI de su Título Preliminar, señala que, en el marco de un proceso penal peruano, se restringen los derechos fundamentales, entre ellos la libertad física: Legalidad de las medidas limitativas de derechos, por lo que, 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 debidamente motivada, a instancia de la parte procesal legitimada. La orden judicial debe sustentarse en suficientes elementos de convicción, teniendo en consideración a la naturaleza y finalidad de la medida y al derecho fundamental objeto de limitación, así como respetar el principio de proporcionalidad.

En consecuencia, existen pronunciamientos acerca de la privación de libertad, ya que se trata de una limitación de un derecho fundamental; por ello, la CIDH, ha estipulado que el Estado se encuentra obligado a no restringir la libertad más allá de los límites "estrictamente necesarios", y que, en sede penal, tiene un carácter cautelar (SCIDH, "Caso Suarez Rosero, 12.11.97, parr. 77). Así pues, la CIDH ha determinado las siguientes condiciones para una correcta restricción de los derechos humanos (Opinión Consultiva OC-6/86, 9.5.86, "Asunto Expresión leyes en el art. 30° de la Convención"):

- 1) Que se trate de una restricción expresamente autorizada por los instrumentos internacionales y en las condiciones particulares que estos permitan;
- 2) Que tales restricciones estén dispuestas por leyes y se apliquen de conformidad con ellas; y,
- 3) Que los fines para los cuales se establece la restricción sean legítimos, es decir, que obedezcan a razones de interés general y no se aparten del propósito para el cual han sido establecidos.

En consecuencia, la privación de la libertad física solo puede efectuarse en ciertos casos y de acuerdo a los procedimientos previstos en la Constitución o la ley. De lo contrario, estaremos ante una privación de la libertad ilegalmente aplicada.

En resumen, para que una persona sea privada de libertad no es suficiente que su conducta esté enmarcado dentro de los supuestos de hecho previstos por la ley. Se requiere, también, que exista una orden que autorice su aplicación, salvo en los casos de flagrante delito. Dicha orden, además, debe constar por escrito, encontrarse debidamente motivada y ser expedida por una autoridad competente.

3. PRINCIPIO DE IMPUTACIÓN OBJETIVA.

Según CARO JOHN (2003) “La teoría de la imputación objetiva es el producto de una progresiva tendencia a la normativización de la teoría del tipo, de cara a superar los múltiples problemas suscitados desde una perspectiva de signo puramente causalista a la que se aferraba el Derecho penal de inicios del siglo pasado”. (Pág.26)

En tal sentido, Villavicencio (2006) menciona que la imputación objetiva se erige, en términos generales, en un sistema dirigido a limitar la responsabilidad jurídico-penal que se derivaría de la sola causación de un resultado lesivo (Pág. 321). Por ello, se puede afirmar que este instrumento normativo ha venido a convertirse en la actualidad en una teoría general que se ocupa de la «determinación de las propiedades objetivas y generales de un comportamiento imputable»; o como también la ha denominado JAKOBS (2007), una «teoría del significado del comportamiento», para convertirse decididamente en una teoría general de la conducta típica. (Pág.238)

Por consiguiente, para Cancio (2001) argumenta que, el sistema de imputación objetiva el carácter autónomo de la persona juega un papel fundamental de modo tal que se constituye en un punto de referencia de la construcción dogmática en sí misma; con ello, por consiguiente, para el sistema de imputación resulta medular tomar como punto de partida la administración autónoma de la esfera de organización que le corresponde a cada ciudadano en su condición de persona, y es sobre esa base que se fundamenta la imputación objetiva en tanto mecanismo de delimitación de ámbitos de responsabilidad (Pág.66). Asimismo, Feijoo (2002) establece que el sistema de imputación toma como eje referencial siempre a una persona autónoma que es titular de una esfera de responsabilidad que ésta administra en ejercicio de su libertad y cuyas consecuencias lesivas tendrá que asumir a título de imputación (Pág. 284).

La teoría de la imputación objetiva tiene como precedente la filosofía idealista del derecho cuyo máximo representante es Hegel. Así es que la finalidad del concepto de acción postulado por Hegel y estudiado por la escuela hegeliana del siglo XIX se basaba en imputar al sujeto, de la multiplicidad de cursos causales, sólo aquellos que podían ser considerados como su obra.

En este orden de ideas, imputación se concebía, en opinión del criminalista hegeliano Berner: “cargar algo objetivo en la cuenta del sujeto”. Posteriormente en el año 1870, época que estaba marcada por el auge del naturalismo penal; la idea de imputación personal por los hechos cometidos se trasladó a un segundo plano, ya que se impuso el dogma del principio causal.

En ese contexto, el estudio tuvo como tema principal establecer si el autor había causado la lesión al bien jurídico mediante una conducta corporal voluntaria en el sentido del modelo de la *conditio sine-qua-non*. El concepto causal de la teoría de la equivalencia de condiciones por su alcance ilimitado y su ineficiencia para decidir algunos casos como la desviación del curso causal y la causalidad alternativa entre otros condujo a su abandono a inicios del siglo XX.

Por ello, a partir de entonces se reconoció que el concepto causal ilimitado debía ser restringido únicamente al campo del tipo objetivo. En ese sentido, un primer paso para dar solución al problema dogmático que planteaba la equivalencia de condiciones fue la teoría de la condición adecuada, la cual no dejaba de ser extensiva por la dificultad de determinar cuál era la condición relevante. Fue entonces que, la teoría de la imputación objetiva nace en 1970 cuando Roxin en el libro de Homenaje a Honig plantea su vinculación con el criterio de creación de un riesgo jurídicamente relevante de una lesión típica del bien jurídico.

Conforme resume Roxin, a quien se considera el máximo representante de la teoría de la imputación objetiva vinculada al “principio de riesgo”, sintetiza la hipótesis de la imputación objetiva, de la siguiente manera, “un resultado causado por el sujeto que actúa, sólo debe ser imputado al causante como su obra y sólo cumple el tipo objetivo cuando el comportamiento del autor haya creado un riesgo no permitido para el objeto de acción (1) cuando el riesgo se haya realizado en el resultado concreto (2) y cuando el resultado se encuentre dentro del alcance del tipo (3)”.

4. PRINCIPIO DE LEGALIDAD (TIPICIDAD)

Para Polaino (2004) “El principio de legalidad penal es, en cuanto a su vigencia, una exigencia jurídica fundamental en todo sistema que se precie respetuosa de los derechos humanos. Es por ello, reconocido en la mayoría de los Códigos penales y de las Constituciones políticas del mundo. Así en el Perú se encuentra reconocido en el literal “d” del inciso 24) del artículo 2 de la Constitución, al prescribir: “Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible”. Asimismo, ha sido recogido por la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 11, numeral 2), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 9) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 15)”. (Pág. 313)

Según Jakobs (1995) este principio es conocido universalmente con el apotegma latino “*nullum crimen, nulla poena, sine lege*”; es decir “no hay delito, no hay pena, sin ley”. Las formulaciones latinas ordinarias del principio de legalidad –*nulla poena sine lege (scripta, stricta, praevia, certa)*, *nulla poena sine crimine*, *nullum crimen sine poena legali*- provienen de Feuerbach, que las desarrolla como elemento de su teoría de la pena

(teoría de la conminación penal):La prevención general a través de la “*coacción psicológica*” actuaría con mayor eficacia cuando más rigurosa esté determinado el mal de la pena. (Pág. 79)

El Estado liberal de Derecho se distingue según Elías Díaz (1972), por cuatro características: a) Imperio de la ley. b) División de poderes. c) Legalidad en la actuación administrativa y d) Garantías de derechos y libertades fundamentales. (Pág.19). Según Jakobs (1997), en la actualidad se le asignan al principio diferentes funciones. Por un lado, se dice que se especifica al principio de culpabilidad, puesto que sólo cabe hablar de una “decisión defectuosa consciente, o reprochablemente inconsciente”, cuando “en el momento del hecho ya ha estado presente su punto orientador: la ley penal que especifica el tipo de injusto”. (Pág.79)

Roxin (1997) es quizás el penalista que ha expuesto un desarrollo más acabado del principio de legalidad en la dogmática penal actual. Para él el principio de legalidad sirve para evitar la punición arbitraria y no calculable sin ley o basada en una ley imprecisa o retroactiva. Luego de explicar los postulados de “No hay delito sin ley” y “No hay pena sin ley” en el derecho alemán, pasa a tratar las cuatro consecuencias del principio de legalidad, a saber: 1.) la prohibición de Derecho consuetudinario para fundamentar y agravar la pena (*nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*); 2.) La prohibición de retroactividad (*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*); 3.) La prohibición de analogía (*nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*); 4.) La prohibición de leyes penales y penas indeterminadas (*nullum crimen, nulla poena sine lege certa*). Según Maurach (1994) la determinación del tipo emana inmediatamente del principio del Estado de Derecho y tiene su más importante ámbito de aplicación en el derecho penal, exigencia que se dirige al legislador y constituye el hilo conductor para la técnica legislativa. (Pág.158)

En este aspecto Bacigalupo (1999) opina que en general se sostiene que los elementos normativos (por ejemplo “obscenidad”) otorgan al juez una mayor libertad, pues requieren de una valoración para disponer del contenido aplicable, pero el legislador no quiere que el juez aplique sus valores personales sino los generales morales de la sociedad. El autor admite que la cuestión es discutible, e incluso los elementos descriptivos también requieren valoraciones para su comprensión. También refiere que la generalización reconoce límites a partir del momento que la disposición legal se convierte en una cláusula general, en la medida que no permita al ciudadano conocer qué está prohibido y qué está permitido. (Pág. 127)

SUB CAPÍTULO III

Soluciones con respecto a las problemáticas jurídicas que presenta el proceso inmediato por flagrancia

1. El proceso inmediato por flagrancia dentro de la normatividad penal adjetiva:

El código procesal penal vigente a partir del año 2006 en el Perú y que se ha ido implementado de manera gradual en los distritos judiciales, es el instrumento legal por el cual se marca la transición entre del sistema inquisitivo al sistema acusatorio en el país; este cuerpo legal adjetivo se estructura sobre la base de un proceso matriz denominado proceso común, diseñado a partir de la existencia de tres fases bien marcadas: la investigación preparatoria, la etapa intermedia y el juicio oral; la primera de las etapas mencionadas es dirigida por el Ministerio Público, ente constitucionalmente autónomo que se encarga del ejercicio público de la acción penal y tiene el monopolio de la investigación en caso de delitos perseguibles mediante acción penal pública- específicamente fiscalía penal; la segunda etapa, es la denominada etapa intermedia, cuya dirección está a cargo del Juez de la Investigación preparatoria, se considera como una etapa filtro donde el Juez decide, si el caso tienen mérito para pasar a juicio oral o no, por ello es denominada etapa filtro o de saneamiento por algún sector de la doctrina; y, por último, se encuentra la etapa de juicio oral o también denominada juzgamiento, esta es definida por el mismo Código como la etapa estelar del proceso, debido a que aquí se determinará la culpabilidad del acusado o su inocencia, luego de la actuación probatoria a través de los principios de inmediación, contradicción, concentración y oralidad.

De lo arriba descrito, si bien es cierto el proceso común es el proceso que sirve como molde para el desarrollo del proceso penal peruano, también encontramos procesos especiales recogidos en el Código procesal penal; estos son: proceso de función pública, aquel dirigido contra altos dignatarios de la nación por comisión de delitos en ejercicio de su función; colaboración eficaz, que se realiza con la finalidad de, en ciertos delitos, recabar información relevante que permita la lucha contra los más graves delitos cometidos por organizaciones criminales, básicamente; proceso por faltas, el que se sustancia cuando se comenten acciones, típicas, antijurídicas y culpables que no lesionan gravemente los bienes jurídicos penales protegidos; proceso por ejercicio privado de la función pública, aquel en donde no interviene el Ministerio Público y la acción debe ser promovida por el directamente ofendido o su representante legal, se tramitan mediante esa vía: los delitos contra el honor, los delitos contra la intimidad, las lesiones leves culposas, entre otras; proceso de terminación anticipada, en donde, el imputado, durante la investigación preparatoria formalizada acepta los cargos formulados en su contra y es condenado en una audiencia privada, pero con una reducción de un sexto en la pena concreta a imponer; proceso de seguridad, que se dirige contra un investigado que tiene alguna anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia que no le permita comprender el carácter delictuoso de su acto ni determinarse conforme a dicha comprensión; y, el proceso inmediato, aquel proceso que, en caso de flagrancia y otros supuestos, no hay investigación preparatoria formalizada, ni etapa ni etapa intermedia, sino que de las diligencias preliminares el proceso va directamente al juicio oral. Este proceso es aquel cuya incoación debe ser solicitada por parte del fiscal penal, en casos de flagrancia delictiva, suficiencia de elementos de convicción, confesión del imputado y además los delitos de conducción en estado de ebriedad e incumplimiento de obligación alimentaria; y donde el Juez de la investigación deberá aprobar dicho requerimiento fiscal, debiendo, luego de ello, el fiscal formular acusación y dirigirla al juez del juicio oral, quien dictará auto de

enjuiciamiento y autos de citación a juicio, realizando el juicio y determinando la culpabilidad o inocencia del acusado.

2. Solución a los problemas del proceso inmediato por flagrancia:

2.1. De facultativo a obligatorio: la autonomía del Ministerio Público:

Dentro de este proceso especial un primer problema tiene que ver con la **obligatoriedad de solicitud de incoación del proceso inmediato**; explicando ello diremos que, se ha suscitado reside en determinar si la existencia del proceso inmediato obligatorio a raíz de la modificatoria del artículo 447 del código procesal penal, vulnera la autonomía del Ministerio Público. Esto es, identificar si el tránsito de ser un proceso especial inmediato facultativo a uno de carácter obligatorio se desvirtúa las funciones del Ministerio Público como un ente constitucionalmente autónomo (**Guardia, 2016**)³. Como se sabe este proceso especial, en un inicio (artículo 446 original del nuevo código procesal penal), tenía como características ser facultativo, es decir, la fiscalía **podía** decidir si optaba, en los supuestos que la ley establece, por solicitar la incoación del proceso inmediato o, por seguir el proceso según las normas del proceso común (**San Martín, 2016**); sin embargo, a partir de la puesta en vigencia del decreto legislativo N° 1194 del 30 de agosto de 2015, se reformó el artículo 446 del código procesal penal, instaurándose la **obligatoriedad** de la fiscalía –en los supuestos que la ley establece- de solicitar la incoación del proceso inmediato, bajo apercibimiento de responsabilidad administrativa.

La constitucionalidad de la obligatoriedad del proceso inmediato, ha querido ser salvada, vía interpretación por parte del Acuerdo plenario

³ Sostenemos que debido al poco uso que se le daba a este proceso, ya que era de utilización preferente por el ente persecutor, la variante de la acusación directa, dentro del proceso común, tal y como lo refiere el artículo 336 inciso 4 del Código Procesal Penal.

extraordinario 2-2016 CJ/116, sosteniéndose que, por ejemplo, si no existen elementos suficientes no debiera solicitarse su incoación, o el acusado puede previamente celebrar un principio de oportunidad o acuerdo reparatorio. Desde nuestro punto de vista, y tal y como lo han hecho saber algunos jueces supremos en sus votos singulares⁴, el artículo 446 del código procesal penal, lo que hace es **obligar e imponer al fiscal** solicitar el inicio de proceso inmediato vulnerándose con ello la autonomía del Ministerio Público regulado en el artículo 158, así como la facultad regulada en el artículo 159 en concordancia con el artículo 61 del código procesal penal que establecen que al ser el titular de la acción penal, es a este ente al que le corresponde el diseño de la estrategia de la investigación, la misma que debe armonizar con el respeto de los derechos de todas las partes del proceso; esto es, debe ser el fiscal encargado del caso, quien en el caso particular debe decidir el inicio del proceso inmediato o la continuar un proceso común. Que el legislador haya configurado como obligatoriedad de la fiscalía de solicitar el proceso inmediato constituye una flagrante intromisión en la autonomía de esta institución de derecho público.

Así pues, en ese sentido se ha pronunciado la corte Suprema “...Tal exigencia u obligatoriedad de incoación, vulnera el principio constitucional de autonomía del Ministerio Público que el artículo 158 de la Constitución Política del Perú le otorga como titular en el ejercicio de la acción penal en tanto que el inciso 1, del artículo 61 del Código Procesal Penal atribuye al fiscal, independencia de criterio como estrategia en el proceso, por lo que le corresponde elegir la vía más idónea para la consecución de los fines del procesamiento; pudiendo por tanto requerir el inicio del

⁴ Fundamento Jurídico propio de los señores jueces supremos Rodríguez Tineo, Salas Arenas e Hinostroza Pariachi, sobre la legitimidad de requerir obligatoriamente la incoación del proceso impuesta al Ministerio Público.

encausamiento inmediato cuando razonadamente considere se encuentren cumplidos los fines de la investigación”

No hay que olvidar que el ordenamiento legal se debe elegir en absoluta concordancia y respeto de la Constitución; así pues, el artículo 158 de la constitución establece que el Ministerio Público es autónomo, ello quiere decir que, es un ente constitucional que solo debe atar su funcionamiento a la ley y la constitución y no debe obedecer a presiones de los poderes públicos o algún otro órgano constitucional (**Bernales, 1996**). Tal principio se comparte con las demás instituciones constitucionales y los poderes del Estado⁵, debido a que según el artículo 159 de la constitución política del Estado es a este órgano al que le corresponde la investigación del delito así como determinar la estrategia de la investigación. Al haberse hecho el proceso inmediato obligatorio, tal posibilidad termina siendo restringida, pues el legislador (poder legislativo) está ingresando en la esfera de función que le corresponde al Ministerio Público. debe ser el Ministerio Público debe decidir, por ser titular de la acción penal, si solicita proceso inmediato o se inicia el proceso común, en palabras de la Corte Supremas “de considerar (el Ministerio Público) que la vía inmediata no es adecuada para el caso en concreto por presentarse complejidades normativamente previstas o fácticas, más allá de las estrictamente normativas, puede motivadamente, promover el proceso común o el que corresponda, aun cuando se den los supuestos para el inicio del proceso inmediato, sin que ello implique responsabilidad funcional en su actuación”.

⁵. Sostenemos que el Ministerio Publico es un ente que no debe obedecer a la injerencia de los poderes del Estado sino que debe realizar su función en respeto de los derechos fundamentales y las obligaciones que la constitución le impone, alejado de todo atisbo intromisión en sus tareas constitucionales.

No hay que perder de vista que si bien el acuerdo plenario⁶ ha querido interpretar que a pesar de que la norma expresamente señala que el proceso inmediato en los casos o supuestos establecidos en la ley es obligatorio, no es una imposición que ha hecho el legislador a quien debe encargarse el diseño de la investigación del delito, debido a que se pueden, los investigados, someterse a un principio de oportunidad; sin embargo nosotros sostenemos que esa es una interpretación por encima del texto expreso y claro de la ley que obliga al fiscal, bajo sanción disciplinaria administrativa que- de darse algún supuesto de proceso inmediato- solicite la incoación de proceso inmediato; lo cual podría ser peligroso, porque podría no tener suficientes elementos de convicción y luego pruebas para afrontar el inmediato juicio oral.

Sostenemos, que la norma procesal aludida, al ser inconstitucional, ser inaplicada por los operadores, vía control constitucional difuso, o en su defecto, que sea el Tribunal constitucional que la deje sin efecto, a consecuencia de una demanda de inconstitucionalidad, de tal forma que se retorne a la formula facultativa por la que se optó primigeniamente.

244-2016 La libertad:

[S]i bien es cierto los medios de defensa técnicos como las excepciones, pueden resolverse de oficio por el juez, ello debería tener lugar luego de un análisis concienzudo no solo de las circunstancias de la intervención en flagrancia, para decidir el proceso inmediato, sino y además, el de no afectar en general el derecho a la prueba y en específico el principio acusatorio

⁶ Votos en mayoría de los Jueces Supremos penales de las salas penales parmente y las transitorias.

que permite al fiscal, como titular de la acción penal y responsable de la carga de la prueba, conforme al artículo IV, del Título Preliminar, del Código Procesal Penal, decidir la investigación preparatoria para el acopio de los elementos probatorios necesarios que hagan exitosa la prosecución de la acción penal y consecuentemente la efectivizarían del ius puniendi (derecho a sancionar), cuando no cuente con aquellos para incoar un proceso inmediato. En el presente caso, la decisión del fiscal de iniciar investigación preparatoria, lo fue con el objeto de dar cumplimiento al artículo 321.1 del Código Procesal Penal.

2.2. El derecho a la libertad: Detención hasta la audiencia de incoación, sin requerimiento de prisión preventiva:

Otra problemática que se abordará es **la ampliación de la detención del imputado, hasta la realización de la audiencia de incoación de proceso inmediato, cuando la fiscalía no ha requerido prisión preventiva;** esto es, el fiscal debe – según la norma- solicitar el inicio del proceso inmediato ante el Juez de Investigación preparatoria, en ese mismo requerimiento de incoación de proceso inmediato puede, de ser el caso, requerir la imposición de una medida de coerción (prisión preventiva, comparecencia con restricciones), ante ello **el Juez, debe realizar la audiencia dentro de las cuarenta y ocho horas, debiendo mantener detenido al investigado, hasta la realización de la audiencia, haya o no el Fiscal requerido la medida de coerción personal de prisión preventiva;** es decir, si el investigado es detenido en flagrancia delictiva o por detención preliminar judicial, así el fiscal solicite o no

prisión preventiva con el requerimiento de incoación de proceso inmediato, el imputado debe permanecer detenido hasta la realización de la audiencia, la que se debe realizar en un plazo máximo de cuarenta y ocho horas.

Así las cosas, si solicita la incoación del proceso especial inmediato, estando detenido el investigado, habiendo requerido el fiscal la prisión preventiva, resulta imperioso mantener la detención del investigado hasta la realización de la audiencia única de incoación del proceso inmediato, pues, sería ilógico otorgar al imputado libertad, ya que sabiendo el investigado que hay un pedido fiscal de prisión preventiva en su contra, simplemente no se presentaría a la audiencia de ese propósito, impidiendo con ello la eficacia del proceso penal; sin embargo, **el problema se presenta cuando el fiscal, estando el investigado con una detención preliminar en flagrancia o por detención preliminar judicial, solicita la incoación de proceso inmediato pero sin que requiera la imposición de una prisión preventiva, en ese caso, no tendría por qué el imputado seguir en estado de detención hasta la realización de la audiencia de dicha audiencia;** ello porque la Constitución Política del Perú, no permite que fuera de los supuestos en ella especificados proceda o se mantenga la detención de una persona, por más que la ley lo establezca, recordemos que la norma fundamental, es la norma suprema y ninguna ley o norma con rango de ley puede ser contraria a ella, atrás debe quedar el Juez boca de la ley, sino que es obligación del magistrado preferir la Constitución por encima de la Ley; además, quienes defienden esta disposición legal en la práctica, argumentan que es necesario mantener detenido al imputado con la finalidad que en la audiencia de incoación de proceso inmediato se pueda someter a algún medio de simplificación procesal: terminación anticipada o acuerdo reparatorio o principio de oportunidad; sobre este argumento hay que decir, que esas

instituciones de simplificación en el proceso penal como la terminación anticipada, el principio de oportunidad o el acuerdo reparatorio, tienen su fundamento constitucional en el principio de consenso y es, por tanto, necesaria la aquiescencia o voluntad del acusado para someterse a la celebración de estos mecanismos simplificados alternos a la sentencia penal, es decir, si el investigado desea someterse a alguno de estas salidas, se presentará voluntariamente el día de la audiencia; y, por último, carece de razonabilidad la medida de mantener la detención del imputado por el plazo de 48 horas, puesto que la audiencia de incoación de proceso inmediato, es una diligencia cuya naturaleza es de contenido técnico jurídico, donde se discuten los fundamentos y argumentos de procedencia de este proceso especial, para ello basta la presencia del abogado defensor técnico del imputado, mas no así la presencia del imputado.

La doctrina ya se ha manifestado sostiene que Como sostiene, como lo hace por ejemplo, Celis Amaya “El problema radica en que no se comprendió que vencido el plazo de 24 horas el ciudadano detenido debe ser puesto a disposición de la autoridad judicial –garante de la libertad– con una **finalidad constitucional**: el control constitucional y legal de la detención para evitar detenciones arbitrarias, decidir la corrección de ésta.” Continúa el profesor explicando que “Es urgente la tarea impostergable de configurar la operatividad de una audiencia de control de la legalidad de la detención. La realización de esta audiencia es un imperativo constitucional; se pone al detenido a disposición de la autoridad judicial, para evitar privaciones arbitrarias de libertad de los ciudadanos” (**Mendoza, 2018**), en el mismo sentido se pronuncia el profesor Gonzalo del rio, para quien el derecho libertad se lesiona cuando, sin necesidad real de obligación o sujeción al proceso a un investigado se le tiene detenido hasta por el plazo máximo de cuarenta y ocho horas más la detención en

flagrancia de cuarenta y ocho más (artículo 2. 24 f. de la Constitución) **(Del Rio, 2014)**.

Una interpretación a partir de lo que señala Cesar San Martín, para quien “el requerimiento de incoación de proceso inmediato hace las veces de disposición de formalización” **(San Martín, 2016)**, entonces nos conduce a pensar que tal y como sucede en el proceso común, solo es necesario acompañar a la formalización de la investigación el requerimiento de prisión preventiva (artículo 236. Inciso 2) y mantener al detenido, cuando se solicita dicha medida de coerción (artículo 268 del Código Procesal Penal), por lo que, si hace una interpretación sistemática, lo mismo debiera suceder con la incoación del proceso inmediato, que a su requerimiento se acompañe el de prisión y se mantenga detenido al imputado, cuando se ha solicitado, justamente, la prisión preventiva, excluyendo. En el mismo sentido Mendoza Amaya, sostiene que. “...La emergencia del proceso inmediato continúa, puesto que el imputado permanecerá detenido otras 48 horas -art. 447 del CPP, que sumadas a las 24 (debió decir 48 en atención a la reforma del artículo 2. 24 f de la Constitución) horas transcurridas desde la detención hacen 72 horas- tres días de detención-. No obstante, esta disposición que extiende la detención hasta 72 (debió decir 96) horas, solo se justificaría si se solicita prisión preventiva” **(Amaya, 2017)**, como se puede advertir el magistrado, criticando que la audiencia se haga esperando las 48 horas, sostiene que tal actuación sería, en el peor de los casos, justificable- aunque repara en ello- si se solicita por parte del fiscal de la causa la detención.

Es más **a nivel casuístico** encontramos que en un caso en Huaraz, el juez sostuvo que: “El Juez, dentro de las cuarenta y ocho horas (48) siguientes al requerimiento fiscal, realiza una Audiencia única de Incoación para determinar la procedencia del proceso inmediato. La

detención del imputado se mantiene hasta la realización de la Audiencia. ...Dicho apartado ha sido modificado a fin de que pueda resolverse su situación jurídica, aquellas personas detenidas en casos de flagrancia delictiva lo más urgente posible, ya sea acumulativamente con un pedido de prisión preventiva u otra medida de coerción que justifique la prolongación de la detención”, con lo que corroboramos que en esta decisión se justifica la detención y la proximidad de la realización de la audiencia con la prolongación de la detención en caso de detenidos en flagrancia contra los que pese requerimientos de prisión preventiva.**(Expediente N° 0666-2018- JR-PE-04 Cuarto Juzgado de investigación preparatoria en flagrancia SEDE CENTRAL- HUARAZ).**

2.3. Audiencia de incoación: imputación necesaria y análisis de tipicidad:

Un último problema que merece tratarse con respecto a la aplicación del proceso inmediato por flagrancia es la necesidad de realizar un control de imputación necesaria y tipicidad dentro de la discusión sobre la legalidad de la detención en flagrancia **(obligatorio con el Decreto Legislativo 1298)**, pues la flagrancia es un estado que se aúna a la comisión de un delito, el mismo que debe estar debidamente detallado en el requerimiento de incoación y no de forma genérica, pues ello lesionaría el principio de imputación necesaria; en ese sentido sostenemos que, tal y como la afirman la Casación **724-2015 Piura** “...en lo atinente a la imputación necesaria, su análisis se corresponde con el principio de intervención indiciaria y, por tanto, el delito -es evidente que si los cargos no son concretos y no definen, desde las exigencias de imputación objetiva y subjetiva, todo lo penalmente relevante, no pasará...”, ello quiere decir, que sin una imputación concreto no podemos empezar el análisis de la flagrancia como estado, por lo que su discusión se

tornará imposible, ya que si la conducta incriminatoria no es clara, el estado de esa conducta , esto es, la flagrancia, tampoco se podrá apreciar con claridad.

En ese mismo sentido, con respecto a la tipicidad, pues, si no existe delito no es posible por lógica consecuencia hablar del estado de flagrancia en la comisión del delito, en ese sentido conforme lo advierte la casación **564-2016 Loreto**, “La apariencia de delito es un presupuesto... cuyo alcance es definido no solo desde una perspectiva sustantiva (que el hecho imputado esté regulado en la normativa penal y que sea subsumible en ella según criterios objetivos y subjetivos...En esa medida, la evaluación del hecho debe realizarse conforme con los criterios propios de la teoría de la imputación objetiva y subjetiva, en cuanto al análisis de la probable realización del injusto penal”. Ello, en suma, quiere decir, que no habrá flagrancia de un delito si la conducta no es constitutiva de delito, por ello es necesaria esa discusión previamente al contradictorio de la legalidad de la detención.

Por lo antes expuesto, sostenemos que el proceso inmediato debe, como antes lo fue, ser una facultad con la que cuente el fiscal, y no una imposición legal, ello armonizará con su autonomía como director de la investigación, según la norma constitucional. Así, mismo, sostenemos que la detención solo debe durar hasta que se instale la audiencia de incoación de proceso inmediato, cuando se requiera prisión preventiva, de lo contrario se lesiona el derecho a la libertad, cuando lo que se debe discutir es cuestiones técnicas. Por último, sostenemos que es el correcto que se haya establecido la obligación de realizar un control de la detención en flagrancia, sin embargo, para analizar ello debe haber una conducta delimitada de forma concreta y además, esta debe ser típica, ello debiera discutirse dentro de la audiencia de ese propósito

CAPÍTULO III

MARCO METODOLÓGICO

1. Materiales:

1.1. Legislación:

- Constitución Política del Perú de 1993
- Código Procesal Penal

1.2. Doctrina:

- Autores nacionales.

1.3. Jurisprudencia:

- Acuerdo Plenario No 02 – 2016 extraordinario, proceso inmediato reformado.
- Casación 1130 -2017 San Martín Irrelevancia de la gravedad de la pena sino que se den los presupuestos del proceso inmediato)
- Casación 842 – 2016 Sullana (la flagrancia como presupuesto del proceso inmediato.
- Casación 244 – 2016 la libertad Juez de oficio no puede ordenar proceso inmediato.

2. Métodos de investigación:

2.1. Métodos Lógicos:

▪ Método Deductivo

Mediante este método, pudimos llegar a determinar la problemática latente en el proceso inmediato por flagrancia, partiendo del conocimiento general que nos brinda la doctrina y todo el material bibliográfico utilizado.

- **Método Analítico- sintético:**

Se analizó básicamente el fin por el cual fue modificado el proceso inmediato, ya que sustentan la postura asumida en la investigación (analítico) y logramos unificar el conocimiento que permita derivar en los resultados y las conclusiones (sintético) respecto de los problemas que presenta el proceso inmediato.

2.2. Métodos Jurídicos:

- **Método Hermenéutico:**

Este método me facilitó la posibilidad de poder interpretar los alcances del proceso inmediato, así como de las instituciones a las que llegamos como conclusión que se ven vulnerados por este proceso especial. .

- **Método Doctrinario:**

Método referido básicamente al análisis de la dogmática, en las ciencias jurídicas específicamente las ideas de los juristas referido a temas jurídicos de relevancia. Este método fue de utilidad, para seleccionar información con bases doctrinarias, extrayendo las distintas posiciones referidos a los cuestionamientos al proceso inmediato.

3. Técnicas e Instrumentos:

- **Fichaje:**

Con esta técnica se registró los datos e información relevante sobre el tema en el instrumento ficha, organizando la información que sobre los materiales se obtenga. **El instrumento usado fue la ficha.**

- **Análisis documental:**

Mediante esta técnica se analizaron como en la práctica se viene aplicando este proceso inmediato (casaciones y acuerdo plenario), el instrumento fue el registro de análisis documental.

CONCLUSIONES

1. La naturaleza facultativa del proceso inmediato, la no mantención del imputado hasta la celebración de la audiencia de incoación de proceso inmediato cuando no se requiera prisión preventiva, así como, la satisfacción de la garantía de tipicidad e imputación necesaria en el requerimiento fiscal de incoación de proceso inmediato, y en el de prisión preventiva, permiten que el proceso inmediato, sea un proceso que garantice el respeto de los derechos fundamentales de los sujetos en el proceso.
2. El proceso inmediato, pasó de ser una facultad del Ministerio Público a una obligación; en ese sentido a pesar que la jurisprudencia, casación y acuerdo plenario, se ha esforzado en relativizar y explicar que no es obligatorio, la ley lo impone de forma imperativa, por lo que, siendo así, ello vulnera la autonomía del Ministerio Público, quien es el encargado de la dirección de la investigación; en ese sentido se deber implicar la norma que contiene la obligatoriedad del proceso inmediato, o hacer una modificación de *lege ferenda*.
3. Durante el desarrollo del proceso inmediato, el código procesal penal señala, que es necesario mantener la detención del imputado, hasta la realización de la audiencia de “incoación del proceso inmediato, sin embargo, tal regulación es incompatible con el derecho a la libertad, pues carece de razonabilidad mantener la detención si no hay pedido de prisión preventiva, en tal supuesto, se debiera poner en libertad al detenido, quien luego de considerarlo, puede acudir a la audiencia referida, para, de ser el caso, concretar una salida alternativa.

4. En la audiencia de control de proceso inmediato, en la que también se revisa las medidas de coerción, como la prisión preventiva, es necesario, que realice, antes de todo, la tipicidad de la conducta imputada, así como se exija el respeto de la imputación necesaria formulada en el requerimiento de incoación y de prisión preventiva, para de este modo evitar un proceso, que pueda vulnerar el derecho de defensa; de ahí que, es importante, satisfacer estas exigencias para un debido proceso con respeto de la máxima garantía de la defensa.

RECOMENDACIONES

- Se recomienda que se hagan modificaciones legales para que el proceso inmediato vuelva a ser facultativo y de este modo guarde relación con la autonomía del Ministerio Público; se establezca normativamente que la mantención de la detención solo se mantenga hasta cuando exista un requerimiento de prisión preventiva; y, que se regule la discusión de la tipicidad y la imputación necesaria antes de verificar la procedencia o no del proceso inmediato.
- Se recomienda a los operadores de justicia, básicamente jueces y fiscales, que evalúen los principios y garantías y no solo se aplique la ley de forma literal, en aplicación de su potestad de control difuso.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- BERNALES BALLESTEROS, Enrique. (1996). "Constitución de 1993 Análisis Comparado". Editorial ICS Editores, Tercera Edición.
- Cubas Villanueva, Víctor (2009). El proceso penal peruano. Teoría y práctica de su aplicación, Palestra, Lima-Perú.
- Del Rio Labarthe, Gonzalo (2014). "La etapa intermedia en nuevo proceso penal", ARA editores, Lima- Perú.
- Gimeno Sendra, Vicente, Moreno Catena, Víctor y Cortez Domínguez, valentín. Lecciones de derecho procesal penal. Colex. Madrid, 2011.
- Guevara Panicara, Julio (2007). Principios constitucionales del proceso penal, Grijley, Lima- Perú.
- Mendoza Amaya, Francisco (2017) "El control de la detención en flagrancia y el proceso inmediato. flagrancia y detención policial", en *Ius Fraganti* N^o 1, Coordinación Nacional de Flagrancia, Lima.
- Moreno Catena, Víctor(2010). Introducción al derecho procesal penal, Titant lo Blanch, España.
- Neyra Flores, José Antonio (2015). Tratado de derecho procesal penal, tomo I y II, Idemsa, Lima- Perú.
- Oré Guardia, Arsenio (2016). Derecho procesal penal peruano, tomo I, II, III, Gaceta Jurídica, Lima. Perú.
- San Martín Castro, César (2016). Lecciones de derecho procesal penal, inpeccp, Lima-Perú.
- San Martín Castro, César (1999). Derecho procesal penal Tomo I, Grijley, Lima- Perú.
- Sánchez Velarde, Pablo (2014). El nuevo proceso penal, Idemsa, lima-Perú.

- Talavera Elguera, Pablo (2004). Comentarios al nuevo código procesal penal, Grijley, Lima- Perú.

ANEXOS

1. Acuerdo Plenario Extraordinario N° 2-2016/CIJ-116



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

II PLENO JURISDICCIONAL EXTRAORDINARIO DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIA

ACUERDO PLENARIO EXTRAORDINARIO N.º 2-2016/CIJ-116

BASE LEGAL: artículo 116 TUO LOPJ
ASUNTO: Proceso Penal Inmediato Reformado.
Legitimación y alcances.

Lima, uno de junio de dos mil dieciséis.

Los Jueces Supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidos en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1.º Las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, en virtud de la Resolución Administrativa número 503-2015-P-PJ, de 31 de diciembre de 2015, y el concurso del Centro de Investigaciones Judiciales, bajo la coordinación del señor Pariona Pastrana, realizaron el II Pleno Jurisdiccional Extraordinario de los Jueces Supremos de lo Penal, que incluyó la participación en los temas objeto de análisis de la comunidad jurídica, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116, del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante, LOPJ), a fin de dictar acuerdos plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

2.º El II Pleno Jurisdiccional Extraordinario se realizó en tres etapas.

La primera etapa estuvo conformada por dos fases. Primera: la convocatoria a la comunidad jurídica para proponer aquellos aspectos referidos (i) a los delitos de violencia y resistencia a la autoridad (Sección II, del Título XVIII, del Libro II del Código Penal); y, (ii) al proceso especial inmediato reformado, necesitados de una interpretación uniforme y de la generación de una doctrina jurisprudencial para garantizar la debida armonización de la conducta de los jueces en los procesos



jurisdiccionales a su cargo. Segunda, la identificación de las entidades y juristas que intervendrían en la vista oral.

3°. La segunda etapa consistió en el desarrollo de la audiencia pública, que se llevó a cabo el día 21 de enero de 2016. En ella, los juristas y expositores especialistas convocados sustentaron y debatieron sus ponencias ante el Pleno de los jueces supremos. Intervinieron en el análisis del tema del presente Acuerdo Plenario, los señores: Alfredo Araya Vega (Juez Superior de Costa Rica), Víctor Cubas Villanueva (Fiscal Supremo Provisional), Carlos Zoe Vásquez Ganoza (Secretario Técnico de la Comisión Especial de Implementación del Código Procesal Penal), Pedro Angulo Arana (Decano del Colegio de Abogados de Lima), Horts Schönbohm (juez alemán jubilado), César Nakasaki Servigón (profesor de la Universidad de Lima) y Bonifacio Meneses Gonzales (Juez Superior de Lima, Coordinador Nacional de la implementación de los juzgados de Flagrancia).

4°. La tercera etapa, del IX Pleno Jurisdiccional, comprendió el proceso de determinación de los temas por cada materia: Penal material y Procesal penal, así como la designación de los jueces supremos ponentes para cada uno de los dos acuerdos plenarios correspondientes.

Con fecha 25 de enero último, en sesión plenaria, se designó a los señores San Martín Castro, Salas Arenas y Neyra Flores para la formulación de la ponencia referida al "Proceso inmediato reformado". Presentada la ponencia pertinente, en las sesiones de fechas diez de febrero, dieciocho de mayo y uno de junio se procedió a la deliberación, votación y redacción del Acuerdo Plenario antes mencionado.

5°. El presente Acuerdo Plenario se emite conforme con lo dispuesto en el artículo 116 de la LOPJ, que faculta a las salas especializadas del Poder Judicial –en este caso, de la Corte Suprema de Justicia de la República– a pronunciar resoluciones vinculantes, con la finalidad de concordar y definir criterios jurisprudenciales del orden jurisdiccional que integran.

Intervienen como ponentes los señores SAN MARTÍN CASTRO, SALAS ARENAS y NEYRA FLORES.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. Marco preliminar

6°. El Código Procesal Penal de 2004 (en adelante, NCPP) estructuró el proceso penal a partir de un procedimiento común, destinado, desde una perspectiva general, a todo tipo de delitos y situaciones procesales –que a su vez se erigió en el procedimiento ordinario, bajo la primacía del principio procesal de contradicción y del principio procedimental de oralidad–, y con la plena asunción de las garantías



constitucionales procesales que definen todo proceso jurisdiccional justo y equitativo, acorde con el programa procesal penal de la Constitución.

Asimismo, el NCPP incorporó un conjunto de procesos especiales (Libro Quinto) que se sustentaron en la necesidad de tomar en cuenta diversas circunstancias, de derecho penal material y de derecho procesal penal; así como en la asunción de distintas modulaciones en la configuración de determinadas garantías procesales específicas y en la concreción diferenciada de varios principios procesales y procedimentales, con la finalidad de plasmar respuestas institucionales en la persecución procesal, adecuadas y proporcionales a los fundamentos que les dieron origen.

7°. Sin duda, el proceso inmediato nacional –de fuente italiana–, en clave de legitimación constitucional o de fundamento objetivo y razonable, se sustenta, primero, en la noción de “simplificación procesal”, cuyo propósito consiste en eliminar o reducir etapas procesales y aligerar el sistema probatorio para lograr una justicia célere, sin mengua de su efectividad; y, segundo, en el reconocimiento de que la sociedad requiere de una decisión rápida, a partir de la noción de “evidencia delictiva” o “prueba evidente”, lo que a su vez explica la reducción de etapas procesales o de periodos en su desarrollo. Ello, a su vez, necesita, como criterios de seguridad –para que la celeridad y la eficacia no se instauren en desmedro de la justicia–, la simplicidad del proceso y lo evidente o patente de las pruebas de cargo; así como, en consecuencia, una actividad probatoria reducida, a partir de la noción de “evidencia delictiva”; lo que asimismo demanda, aunque a nivel secundario pero siempre presente, una relación determinada entre delito objeto de persecución y conminación penal.

Los presupuestos materiales o la naturaleza de su objeto: (i) de evidencia delictiva y (ii) de ausencia de complejidad o simplicidad, a los que se refiere el artículo 446, apartados 1) y 2), del NCPP (Decreto Legislativo número 1194, de 30-8-2015), reclaman una interpretación estricta de las normas habilitadoras de este proceso especial, en cuanto el proceso inmediato, por ampararse en la simplificación procesal, reduce al mínimo indispensable –aunque no irrazonablemente– las garantías procesales de las partes, en especial las de defensa y tutela jurisdiccional de los imputados. Por consiguiente, en la medida que exista, con claridad y rotundidad, prueba evidente o evidencia delictiva y simplicidad, la vía del proceso inmediato estará legitimada constitucionalmente.

Este criterio interpretativo plasma directamente lo que ha sido recogido positivamente por el artículo VIII, apartado tres, primera parte, del Título Preliminar del NCPP: “La Ley que coacta [...] el ejercicio de los derechos procesales de las personas, así como la que limite un poder conferido a las partes [...], será interpretada restrictivamente”.



8°. La “prueba evidente” o “evidencia delictiva” se define a partir de tres instituciones –dos de ellas con un alcance legislativo en el propio NCPP, que es pertinente matizar para los efectos de los alcances del proceso inmediato–: delito flagrante, confesión del imputado y delito evidente. Su objetivo o efecto es meramente procesal. Estriba, instrumentalmente, en concretar el ámbito de aplicación de un procedimiento especial más rápido y sencillo, menos formalista y complejo que el común u ordinario.

A. El delito flagrante, en su concepción constitucionalmente clásica se configura por la evidencia sensorial del hecho delictivo que se está cometiendo o que se acaba de cometer en el mismo instante de ser sorprendido el delincuente; de suerte que se conoce directamente tanto la existencia del hecho como la identidad del autor y se percibe, al mismo tiempo, la relación de este último con la ejecución del delito y se da evidencia patente de tal relación. Se trata de una situación fáctica, en que el delito se percibe con evidencia y exige inexcusablemente una inmediata intervención [STSE de 3-2-2004], se requiere una evidencia sensorial y luego de la noción de urgencia.



Las notas sustantivas que distingue la flagrancia delictiva son: a) inmediatez temporal, que la acción delictiva se esté desarrollando o acabe de desarrollarse en el momento en que se sorprende o percibe; y, b) inmediatez personal, que el delincuente se encuentre en el lugar del hecho en situación o en relación con aspectos del delito (objetos, instrumentos, efectos, pruebas o vestigios materiales), que proclamen su directa participación en la ejecución de la acción delictiva. Las notas adjetivas que integran el delito flagrante son: a) la percepción directa y efectiva: visto directamente o percibido de otro modo, tal como material filmico o fotografías (medio audiovisual) –nunca meramente presuntiva o indiciaria– de ambas condiciones materiales; y, b) la necesidad urgente de la intervención policial, la cual debe valorarse siempre en función del principio de proporcionalidad, de tal suerte que evite intervenciones desmedidas o la lesión desproporcionada de derechos respecto al fin con ellas perseguidas (Conforme: SSTSE de 28-12-1994 y de 7-3-2007). Por lo demás, la noción general de “delito flagrante” requiere una aplicación jurisdiccional siempre atenta a las singularidades del modo de verificación de cada concreta conducta delictiva (STCE 341/1993).



Lo expuesto comprende lo que la doctrina procesalista reconoce como tres tipos de flagrancia: 1. Flagrancia estricta: el sujeto es sorprendido y detenido en el momento de ejecutar el hecho delictivo. 2. Cuasi flagrancia: el individuo es capturado después de ejecutado el hecho delictivo, siempre que no se le



haya perdido de vista y haya sido perseguido desde la realización del delito.
3. **Flagrancia presunta:** la persona es intervenida por la existencia de datos que permiten intuir su intervención –en pureza, que viene de ‘intervenir’– en el hecho delictivo [LÓPEZ BETANCOURT, EDUARDO. *Derecho Procesal Penal*. Segunda edición. México: Iura Editores, p. 95].

La flagrancia supone, primero, que todos los elementos necesarios para evidenciar la comisión del delito se encuentren presentes en el lugar de la detención y sean recabados durante la captura; lo cual abre la puerta a la prosecución de un proceso inmediato; y, segundo, que al efectuarse la detención de hecho se impide la continuación de la acción delictiva y de este modo se protegen los intereses de las víctimas del delito.

En todo caso, la flagrancia delictiva se ve, no se demuestra, y está vinculada a la prueba directa y no a la indirecta, circunstancial o indiciaria (STSE 980/2014, de 22 de julio). Ello refuerza la idea de que si fuese preciso elaborar un proceso deductivo más o menos complejo para establecer la realidad del delito y la participación en él del delincuente no puede considerarse un supuesto de flagrancia (STSE 749/2014, de 12 de noviembre). La actualidad e inmediatez del hecho, y la percepción directa y sensorial del mismo, excluyen de por sí la sospecha, conjetura, intuición o deducciones basadas en ello (STSE 758/2010, de 30 de junio).

Es cierto que la modificación del artículo 259 NCPP, establecida por la Ley número 29596, de 25-8-2010, amplió, exagerada e irrazonablemente, la relación que debe existir entre la percepción del hecho y el momento mismo de la intervención al imputado –notas sustantivas de la flagrancia delictiva–, lo que le resta, en gran medida, inmediatez temporal y personal, así como evidencia. Sin embargo, para los efectos de la compatibilidad de la flagrancia delictiva con el proceso inmediato, en la noción de evidencia siempre ha de primar: claridad de la comisión del delito por el imputado y lógica concluyente de lo que se aprecia y observa –incluso a través de medios audiovisuales–, con descarte razonable de alguna duda o información incompleta que fluye de los actos de investigación provisionales realizados inmediatamente o con carácter de urgencia y tiempo imprescindible, que es a lo que se denomina “diligencias policiales de prevención” [Conforme: GIMENO SENDRA, VICENTE. *Derecho Procesal Penal*. Segunda edición. Madrid: Editorial Civitas, 2015, pp. 354-357].

Está claro, por lo demás, que si el concepto de flagrante delito se utiliza, por ejemplo, para efectos procesales, a fin de decidir un procedimiento a seguir –este sería el caso–, no hay nada que objetar a una interpretación más o menos amplia del mismo. Pero cuando lo que se pretende es fundamentar



en él una excepción al contenido de un derecho fundamental, la interpretación debe ser necesariamente restrictiva –por ejemplo, para la entrada y registro domiciliario– [MARTÍN MORALES, RICARDO. “Entrada en domicilio por causa de delito flagrante”. En *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*; 01-02, 1999, p. 2]. La flagrancia se erige, en este caso del proceso inmediato, como una circunstancia que hace solamente más segura la determinación del autor del delito y permite, por tanto, un procedimiento más rápido en la investigación y en la celebración del juicio [BRICHETTI, GIOVANNI. *La “evidencia” en el Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editorial EJEA, 1973, p. 169].

Debe asumirse que el supuesto de ‘flagrancia presunta’ puede llegar a presentar dificultades. Así Jiménez-Villarejo Fernández previene que “... la tenencia de los efectos del delito no se considera, por sí solo, suficiente para desvirtuar el principio de presunción de inocencia. Constituye un indicio aislado que no se acredita cómo llegaron a su poder. Los efectos del delito pueden haberse encontrado en un lugar próximo en que fueron abandonados por el autor del hecho o haberlos adquirido de éste, lo que podría dar lugar a otras figuras delictivas, como la apropiación indebida de cosa de dueño desconocido o la receptación; pero se aleja de lo que tradicionalmente se entendía por delito flagrante...” [AGUSTÍN-JESÚS PÉREZ-CRUZ MARTIN y otros. *Derecho Procesal Penal*. Navarra: Editorial Civitas, 2009, p. 691].

B. El delito confeso está definido en el artículo 160 NCPP. Por razones de simplificación procesal, la regla para su admisión será la denominada “confesión pura o simple”, en cuya virtud el imputado voluntariamente admite los cargos o imputación formulada en su contra –relación de hechos propios por medio de la cual reconoce su intervención en el delito–. Ese reconocimiento de los hechos por él cometidos (confesión propia), ha de ser libre –sin presiones o amenazas: violencia, intimidación y/o engaño– y prestado en estado normal de las facultades psíquicas del imputado, así como con información al imputado de sus derechos. Además, (i) debe rendirse ante el juez o el fiscal en presencia del abogado del imputado; (ii) debe ser sincera –verdadera y con ánimo de esclarecer los hechos– y espontánea –de inmediato y circunstanciada–; y, como requisito esencial de validez, (iii) ha de estar debidamente corroborado con otros actos de investigación –fuentes o medios de investigación–, pues permite al órgano jurisdiccional alcanzar una plena convicción sobre su certidumbre y verosimilitud, a partir de un debido respeto a las reglas de la lógica o las máximas de la experiencia. La exigencia de corroboración, como se sabe, tiene el propósito de desterrar el sistema de valoración tasado del proceso penal inquisitivo, en el que la fase instructora estaba destinada a arrancar la confesión del imputado que, por su carácter de



“prueba plena”, se erigía en la “*regina probatorum*” [GIMENO SENDRA, VICENTE. *Obra citada*, p. 559].

La “confesión calificada”, es decir, la incorporación en el relato del imputado de aceptación de haber intervenido en los hechos atribuidos de circunstancias que tienden a eximir o atenuar la responsabilidad penal [BARRAGÁN SALVATIERRA, CARLOS. *Derecho Procesal Penal*. Tercera edición. México: Editorial Mc Graw Hill, 2009, pp. 495-497], en principio, debe descartarse, como un supuesto de confesión idónea para el proceso inmediato, a menos que ese dato alternativo sea claro o fácilmente demostrable con mínima prueba de urgencia. De igual manera, si la verosimilitud de la confesión está en crisis, su indagación es esencial para investigar el hecho en toda su extensión y determinar la existencia de otros intervinientes en su comisión, lo que de por sí aleja la posibilidad de optar por el proceso inmediato.

- C. El delito evidente no tiene una referencia legislativa específica. Sin embargo, con arreglo a su acepción literal, un delito evidente es aquel cierto, claro, patente y acreditado sin la menor duda. 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 [BRICHETTI, GIOVANNI. *Obra citada*, p. 17].

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 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 [BRICHETTI, GIOVANNI. *Obra citada*, pp. 68-70, 191]. Cabe acotar, finalmente, que no debe confundirse “evidencia” como traducción equívoca de la voz inglesa “*evidence*”, pues esta última significa,



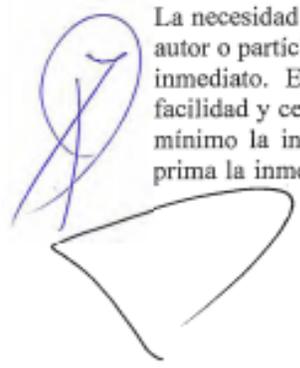
simplemente, 'prueba' o 'cada una de sus especies' [CABANILLAS DE TORRES, GUILLERMO. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Volumen III. Trigésima Edición. Buenos Aires: Editorial Heliasta, 2008, p. 665].

9°. La "ausencia de complejidad o simplicidad procesal" tiene una primera referencia –no la única– en el artículo 342°.3 NCPP, modificado por la Ley número 30077, del 20-8-2013. Esta norma contempla ocho supuestos de complejidad de la investigación preparatoria. La base de esta institución procesal es, de un lado, la multiplicidad de imputados, agraviados, hechos delictivos y/o actos de investigación que se requieran; y, de otro lado, la complejidad o la dificultad de realización de determinados actos de investigación –tanto por el lugar donde debe realizarse o ubicarse la fuente de investigación, como por el conjunto y la pluralidad de actividades que deben ejecutarse–, o por la intervención en el delito de organizaciones delictivas o miembros de ella –lo que implica la exigencia de esclarecer un posible entramado delictivo–. Estos supuestos, como es obvio, demandan un procedimiento de averiguación amplio y particularmente difícil, que necesita de una variada y estructurada estrategia investigativa, y con una muy clara lógica indiciaria, en la que el tiempo de maduración para la formación de una inculpación formal demanda un tiempo razonable y se aleja de toda posibilidad de simplificación procesal. Por el contrario, es que, en función a los recaudos de la causa, se presume que el proceso es sencillo y de duración breve. [BARONA VILAR, SILVIA y otros. *Derecho Jurisdiccional-Tomo III*. 22° edición. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2014, p. 587].



La simplicidad de los actos de investigación y su contundencia desde un primer momento, con la consiguiente rapidez en su tramitación, como característica de este procedimiento [BARONA VILAR, SILVIA. *Obra citada*. p. 588] permiten apartar del proceso inmediato (*i*) hechos complejos –en virtud a su variedad de circunstancias, a la posible inicial equivocidad de determinados actos de investigación y/o a la presencia de vacíos en la acreditación de determinados pasajes importantes de los hechos–; o, (*ii*) en el que existen motivos razonables para dudar –que no descartar radicalmente– tanto de la legalidad y/o suficiencia, como de la fiabilidad y/o congruencia de los actos de investigación recabados; obtención de las fuentes de investigación y actuación de los medios de investigación; así como desde su valoración racional, de la contundencia *ab initio* del resultado incriminatorio.

La necesidad de especiales –o específicas– averiguaciones acerca del hecho o de su autor o partícipe para concretarlo y esclarecerlo, determinan la exclusión del proceso inmediato. En cambio, si el desarrollo del hecho puede ser reconstruido con facilidad y certidumbre desde sus primeros momentos es posible obviar o reducir al mínimo la investigación preparatoria y pasar al proceso inmediato. En este caso, prima la intermediación del juicio por sobre la cautela en la reunión de los elementos





de convicción –seguridad del material probatorio–, que es la base de la investigación preparatoria [LEONE, GIOVANNI. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Tomo II. Buenos Aires: Ediciones EJE, 1963, pp. 457-458].

La complejidad no solo está vinculada a la naturaleza interna del acto de investigación –a lo complicado y/o extenso del mismo–, sino también a las condiciones materiales referidas a la ejecución del acto de investigación o en su incorporación a la causa –por razones de distancia, de remisión de muestras y su análisis, de saturación de los servicios periciales, de demora en la expedición de informes por parte de diversos órganos públicos, etcétera–.

Cabe tener presente que si se imputa un hecho delictivo a varias personas, la noción de prueba evidente o evidencia delictiva debe comprender a todos ellos –a los elementos de convicción referidos a la intervención de todos los inculcados en el hecho o hechos delictuosos–. De igual modo, si se imputan varios hechos a distintas personas, la evidencia delictiva –prueba evidente– debe comprenderlas íntegramente.

10º. Otro elemento que debe tomarse en cuenta para seguir esta vía procedimental, desde el principio constitucional de proporcionalidad, y que es un elemento implícito por la propia esencia del proceso inmediato, es la gravedad del hecho objeto de imputación desde la perspectiva de la conminación penal –en pureza, la pena esperada en atención a la culpabilidad por el hecho y por la culpabilidad del autor–. A mayor gravedad del hecho, más intensa será la necesidad de circunscribir o limitar la admisión y procedencia del proceso inmediato. Sus presupuestos y sus requisitos se analizarán con mayor rigor para justificar, en clave de proporcionalidad, la exclusión del proceso común. La idoneidad y estricta proporcionalidad del proceso inmediato, que asegura una respuesta rápida al delito, pero con una flexibilización de las garantías de defensa procesal y tutela jurisdiccional, siempre debe estar en función a delitos que no sean especialmente graves. Basta una duda mínima acerca del cumplimiento de estos presupuestos y requisitos para optar por el proceso común, cuya preferencia es obvia.

El respeto por estos subprincipios se reconoce en la medida en que se asume que los delitos especialmente graves demandan, en sí mismos, un mayor y más profundo nivel de esclarecimiento, y una actividad probatoria más intensa y completa –tanto en el ámbito de su configuración típica como en las exigencias de la medición de la pena (causales de disminución o incremento de punibilidad, circunstancias cualificadas o privilegiadas, circunstancias específicas, circunstancias genéricas y reglas de reducción punitiva por bonificación procesal)–. Basta que el delito sea especialmente grave y que, por las características específicas de su comisión concreta, requiera algún tipo de esclarecimiento acentuado respecto a una categoría



del delito o a una circunstancia relevante para la medición de la pena –siempre, un *factum*–, para proscribir constitucionalmente la vía del proceso inmediato.

La determinación de lo que debe estimarse como “delito especialmente grave” no permite, por falta de una norma definidora, una respuesta o conclusión exacta o categórica. Es del caso, sin embargo, tener presente que bajo esta lógica, y a un mero nivel ejemplificativo, que el Código Penal –en adelante, CP– y las leyes penales complementarias, en atención al grado de afectación al bien jurídico y a su propia entidad o importancia, y en algunos supuestos fundados en una lógica de mayor gravedad del hecho e intervención delictiva, reprime ciertos delitos (i) con pena de cadena perpetua (sicariato: artículo 108-C, tercer párrafo, CP; secuestro: artículo 152, cuarto párrafo, CP; violación sexual de menor de edad seguida de muerte o lesión grave: artículo 173-A CP; robo con circunstancias especiales agravantes: artículo 189, tercer párrafo, CP; extorsión: artículo 200, noveno párrafo, CP); (ii) con pena privativa de libertad no menor de veinticinco años (feminicidio: artículo 108-B, segundo párrafo, CP; trata de personas agravada: artículo 153-A, segundo párrafo, CP); o, (iii) con pena privativa de libertad no menor de quince años (certos supuestos de tráfico ilícito de drogas con agravantes: artículo 297, primer párrafo, CP).

11°. La prevención es clara, aun cuando la ley procesal se centra no en la entidad del delito sino en las nociones de evidencia delictiva y de investigación sencilla –que es lo prima y se denomina “ámbito de aplicación”–. El juez ha de optar por un criterio seleccionador muy riguroso para aceptar la incoación de un proceso inmediato en relación con delitos que pueden traer aparejada una sanción especialmente grave, impropia desde una perspectiva político criminal para dictarse en un proceso rápido, en la medida en que puede demandar un esclarecimiento más intenso, alejado del concepto de “mínima actividad probatoria”. En todo caso, sin perjuicio de la entidad del delito, pero con mayor cuidado cuando se está ante un delito especialmente grave, el eje rector es la evidencia delictiva, que debe abarcar todas las categorías del delito, las circunstancias respectivas y los factores de medición de la pena, al punto que solo requiera de un esclarecimiento adicional mínimo, sin graves dificultades desde la actividad probatoria de los sujetos procesales –investigación sencilla–.

12°. El proceso inmediato consta, desde su propia regularidad interna, de dos fases procesales: 1. Audiencia única de incoación. 2. Audiencia única de juicio. Ambas informadas por el principio de aceleramiento procesal, en el que rige la máxima de que las audiencias son inaplazables y la vigencia del principio de concentración procesal. Las dos se erigen en sus notas características.

Cabe destacar que la audiencia única de juicio, condicionada por la audiencia única de incoación, al definir con carácter previo la viabilidad del proceso inmediato en



atención a los presupuestos y requisitos que lo configuran: evidencia delictiva y no complejidad procesal, a su vez, se subdivide en dos periodos procesales: (i) de definición de los presupuestos del juicio para dictar, si correspondiere, acumulativa y oralmente, los autos de enjuiciamiento y de citación a juicio; y, (ii) de realización del juicio propiamente dicho.

Una especialidad en materia de prueba es que a las partes corresponde “[...] convocar a sus órganos de prueba, garantizando su presencia en la Audiencia, bajo apercibimiento de prescindirse de ellos” (artículo 448, apartado dos, NCPP). Esta carga procesal, desde luego, tiene sus límites razonables en la exigencia del deber de esclarecimiento que es propio –es la meta– del proceso penal en el sistema eurocontinental. Los apercibimientos ante la incomparecencia de órganos de prueba (testigos y peritos debidamente individualizados y con domicilio cierto, lo que es de cargo de las partes) y su ejecución corresponden al órgano jurisdiccional, porque es quien tiene el *ius imperium*; las partes no pueden conducir coactivamente a los testigos y peritos. Si se acredita documentalmente que la parte concernida realizó adecuadamente la debida citación al órgano de prueba, corresponde al juez, de ser el caso, insistir en su comparecencia; con la excepción de personas que pertenezcan a la Administración Pública o de testigos especiales, para lo cual su citación y conducción corresponde, previa información cierta de la parte, al órgano jurisdiccional (artículos 164, 167, 168 y 169 NCPP).

§ 2. Legitimidad constitucional del proceso inmediato reformado

13°. El proceso inmediato reformado, en tanto en cuanto se circunscriba a los delitos evidentes y a los supuestos de investigación simple o sencilla en modo alguno afectan el debido proceso, la tutela jurisdiccional y la defensa procesal. No es un proceso configurado legalmente para condenar a los imputados. Precisamente la realización de las audiencias de incoación y de juicio permite esclarecer probatoriamente el hecho punible con pleno cumplimiento de los principios de contradicción, igualdad, publicidad, intermediación y oralidad. No es, pues, un proceso “ofensivo” tendente a condenar irremediabilmente al imputado. El rigor para dilucidar la existencia de sus presupuestos materiales y la ulterior de actuación contradictoria de la prueba, afirman la vigencia de la garantía de presunción de inocencia. Por consiguiente, si el resultado probatorio no arroja la presencia de prueba legal, fiable, corroborada y suficiente –que son elementos insustituibles para cumplir con esta garantía-derecho fundamental–, el juez está en la obligación de dictar sentencia absolutoria.

14°. Desde esta perspectiva, algún sector de la comunidad jurídica consideró que los delitos de conducción en estado de ebriedad o drogadicción y los delitos de omisión de asistencia familiar –que deben considerarse como conductas propias de



delincuencia común-, presentaban dificultades para cumplir con las exigencias que requiere el proceso inmediato reformado.

- A.** Los delitos de conducción en estado de ebriedad o drogadicción afectan la seguridad pública o colectiva –concretamente, la seguridad del tráfico rodado-. En tanto constituyen delitos de peligro real, ponen en riesgo la vida e integridad de las personas ante la vulneración de las disposiciones sobre circulación de vehículos, riesgo que abarca a toda la colectividad, como grupo genérico e indeterminado. El tipo legal se dirige tangencialmente también a la protección de la vida y la integridad física de las personas (STCE 2/2003, de 16 de enero), y requiere (i) la conducción en estado de ebriedad o drogadicción de un vehículo automotor, (ii) la disminución acreditada de la capacidad psicofísica del conductor y, como consecuencia, (iii) la minoración de la seguridad del tráfico (STCE 319/2006, de 15 de noviembre), “[...] para lo cual, se tendrá en cuenta no solo el grado de impregnación alcohólica o de otra sustancia similar detectada en el sujeto activo, sino también todo un cúmulo de circunstancias concomitantes al supuesto en particular: somáticas, espaciales, temporales, meteorológicas” [CARMONA SALGADO, CONCEPCIÓN y otros. *Derecho Penal español*. Tomo II. Madrid: Editorial Dykinson, 2004, p. 781].

Lo protegido no es, en última instancia, algo sustancialmente diverso de la vida, la salud o el patrimonio de personas concretas, respecto a las cuales la idea de seguridad en el tráfico tiene una función meramente instrumental [TAMARIT SUMALLA, JOSÉ MARÍA y otros. *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*. Segunda edición. Navarra: Editorial Aranzadi, 1999, p. 1078].

- B.** Los delitos de omisión de asistencia familiar vulneran las obligaciones civiles impuestas a quienes tienen familia y lesionan y/o ponen en peligro, por los actos abusivos de aquellos, la propia existencia y demás condiciones de vida de los alimentistas, limitando sensiblemente su derecho de participación social. En consecuencia, el ámbito de protección se funda en la “seguridad” de los propios integrantes de la familia, basadas en deberes asistenciales y cuya infracción es la base del reproche penal.

15º. En la incoación del proceso inmediato por delitos de omisión de asistencia familiar y de conducción en estado de ebriedad o de drogadicción, según el apartado 4), del artículo 446 NCPP, como anteriormente se aclaró, pareciera que no hace falta que concurren los presupuestos y requisitos de evidencia delictiva y de ausencia de complejidad. Tal conclusión interpretativa, no obstante, no es de recibo en sus estrictos términos.



La justificación constitucional del proceso inmediato –su fundamento material– se basa, precisamente, en ambas nociones. Sin ellas, se vulnera la garantía de defensa procesal y se restringe irrazonablemente la garantía de tutela jurisdiccional, pues se propendería a la emisión de sentencias con prueba inidónea y con un nivel de celeridad que conspiraría contra la regularidad y equidad del proceso jurisdiccional. El delito de omisión de asistencia familiar, por su propia configuración típica, exige la previa decisión de la justicia civil que se pronuncie acerca del derecho del alimentista y de la obligación legal del imputado, de la entidad del monto mensual de la pensión de alimentos y del objetivo incumplimiento del pago, previo apercibimiento, por el deudor alimentario. Es claro que tales elementos no son los únicos para fundar el juicio de culpabilidad ni necesariamente determinan la imposición de una sentencia condenatoria –la posibilidad de actuar es esencial, pues lo que se pena no es el “no poder cumplir”, sino el “no querer cumplir” (STSE 1148/1999, de 28 de julio); es la consecuencia de la cláusula general de salvaguarda propia de los comportamientos omisivos, según la cual solo comete un delito de dicha estructura quien omite la conducta debida pudiendo hacerlo [PRATS CANUT, JOSÉ MIGUEL. *Comentarios, Obra citada*, p. 459]–, pero son suficientes –vista la corrección del juicio civil, y siempre que sea así– para estimar en clave de evidencia delictiva –y en principio–, la admisión y procedencia del proceso inmediato, que no lo es necesariamente para la condena.

El delito de conducción en estado de ebriedad o drogadicción, siempre que importe la intervención policial del imputado conduciendo un vehículo motorizado en ese estado, con la prueba pericial respectiva –dentro de los marcos y con estricto respeto del artículo 213 NCPP–, constituye un claro supuesto de “evidencia delictiva”. Es indiscutible que la regularidad de la prueba, antes de la intervención policial debe estar consolidada. Deben agregarse al requerimiento de incoación del proceso inmediato las actas y pericias que exige el citado artículo 213 NCPP.

16°. De otro lado, el apartado uno, del artículo 446 NCPP, establece la obligatoriedad por parte del Ministerio Público de la interposición de la solicitud de incoación del proceso inmediato, claro está –así debe entenderse– cuando se presentan los presupuestos materiales de evidencia delictiva y de no complejidad. Pero, tal exigencia u obligatoriedad, ¿vulnera alguna garantía o principio procesal o procedimental? ¿Cómo entender, en su caso, esa obligatoriedad?

Esa norma, ineludiblemente, debe concordarse con el apartado uno, del artículo 447 NCPP, y el párrafo final de dicho artículo, que son –como ya se anotó– condiciones de legitimidad constitucional del proceso inmediato. No debe variar el análisis la expresión “bajo responsabilidad”, que preside el artículo 446.1 NCPP, pues en modo alguno altera el sentido de la norma procesal.

Siendo así:



A. El supuesto de delito flagrante, en tanto el imputado esté efectivamente detenido, determina la solicitud de incoación del procedimiento inmediato luego de vencido el plazo de 24 horas o 15 días, según sea el caso –delito común o exceptuado–, en cuanto no haga falta la solicitud de detención preliminar incomunicada y de detención convalidada (artículos 265 y 266 NCPP), y siempre que no se presenten las circunstancias indicadas en el noveno fundamento jurídico.

B. Es claro que si se trata de un delito menor es susceptible de aplicar el artículo 2 NCPP, modificado por la Ley número 30076, del 19-8-2013, donde el fiscal puede optar por el principio de oportunidad. El hecho de que el apartado cuatro, numeral b), del artículo 447 NCPP permite que se inste el principio de oportunidad en el curso de la audiencia única de incoación del procedimiento inmediato, en modo alguno importa la inaplicación o abrogación del principio de oportunidad en sede preliminar a la inculpación formal –Disposición Fiscal de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria–. El fiscal tiene la potestad de examinar, antes de inculpar formalmente a una persona, si es posible la aplicación de algún criterio de oportunidad y, en consecuencia, decidir bajo su propia autoridad. Distinto es el caso de la denominada “oportunidad tardía”, que presupone inculpación formal y autoriza la intervención del juez en la decisión, conforme con lo dispuesto por el artículo 2.7 NCPP.

C. Si se cumplen acabadamente las notas materiales o sustantivas y adjetivas de la flagrancia delictiva, así como el requisito de simplicidad procesal, y no sean aplicables, en los términos ya expresados, los artículos 2, 265 y 266 NCPP, se hace efectiva la obligatoriedad del fiscal para solicitar la incoación del procedimiento inmediato. Aquí no se impone una actuación irrazonable al Ministerio Público, sino que se exige el cumplimiento de la ley que sujeta su aplicación a que se satisfagan determinados presupuestos y requisitos. La responsabilidad se entenderá cuando sea manifiesto que se debe proceder a la solicitud de incoación del proceso inmediato y, pese a ello, no se insta sin fundamento razonable alguno.

D. La flagrancia delictiva, como se sabe, no es el único presupuesto material de la evidencia delictiva. También se encuentran los presupuestos de confesión y de delito evidente. En estos últimos, el párrafo final, del artículo 447 NCPP dispone que el requerimiento de incoación del procedimiento inmediato se presenta luego de culminar la subfase de diligencias preliminares (artículo 330 NCPP) –claro está, si se dan los requisitos para su instauración– o, en su defecto, antes de los treinta días de formalizada la investigación preparatoria. Las diligencias de averiguación fiscal, como paso inevitable al requerimiento de procedimiento inmediato, desde luego, tendrán lugar cuando a final de



cuentas se superen los defectos de la intervención en flagrancia, se presente con toda claridad una confesión corroborada o se consolide y/o superen omisiones o defectos en actos de investigación, que dan lugar a un delito evidente; a consecuencia de lo cual no se requiere de nuevos o distintos actos de investigación, siempre que ello no importe una restricción irrazonable del derecho de probar de las copartes o de las contrapartes.

17°. La opción que se asume es que la norma en debate puede salvar su constitucionalidad si se la interpreta en la forma prevista en el párrafo precedente. Es inadmisibles obligar, sin más, al Ministerio Público a una actuación irrazonable por la incoación de un proceso reformado si no se presentan sus presupuestos materiales, que la propia Ley Procesal Penal desarrolla. También es intolerable que se prescriba la responsabilidad –obviamente funcional, nunca penal– del fiscal si no solicita la incoación del proceso inmediato, pues éste tiene desde la ley –y así debe reconocerse–, precisamente varias opciones posibles, sujetas desde luego a una valoración de las circunstancias fácticas y jurídicas que en cada caso se presenta.

Las conminaciones disciplinarias y las determinaciones de actuación sin tomar en cuenta las circunstancias del caso son constitucionalmente desproporcionadas y afectan la autonomía del Ministerio Público como órgano constitucional y la libertad de actuación, dentro de la ley, de los fiscales.

Sin embargo, como es posible, en clave sistemática y de coherencia y respeto de los principios y garantías de la Constitución, optar por una interpretación de las normas ordinarias acorde con esas previsiones institucionales, cabe concluir que si la norma en cuestión se interpreta tal como se plantea en este Acuerdo Plenario será viable excluir su inaplicación por inconstitucional. El control constitucional, como se sabe, es de *ultima ratio*, y por consiguiente, es excepcional; el control difuso, en todo caso, se circunscribe a la real existencia de un problema concreto entre las partes, y la declaración de inaplicabilidad de la norma cuestionada solo procede para resolver cuestiones litigiosas respecto de las cuales existe incompatibilidad manifiesta, no simples interpretaciones entre la norma legal y una constitucional [RUBIO CORREA, MARCIAL. *El Estado Peruano según la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima: Fondo editorial PUCP, 2006, pp. 100-101. SSTCC N.º 145-99-AA-TC, de ocho de setiembre de 1999, y N.º 5-96-I-TC, de diecinueve de (??) de 1996].

§ 3. Algunos aspectos del trámite del proceso inmediato reformado

18°. Oportunidad procesal de la incoación del proceso inmediato

El artículo 447 NCPP estipula dos momentos procesales para la solicitud de incoación del proceso inmediato. El primer momento está circunscrito al delito flagrante –artículo 446, literal a) del apartado 1, NCPP– y siempre que el imputado se encuentra sujeto materialmente a una detención efectiva –artículo 447, numeral 1), NCPP–, supuesto en el que el Fiscal lo hará, si correspondiere claro está, a su



término o vencimiento. El segundo momento está referido al delito confeso y al delito evidente –artículo 446, literales b) y c) del apartado 1, NCPP–, supuestos en los cuales el fiscal presentará el requerimiento de incoación de este proceso, “...luego de culminar las diligencias preliminares o, en su defecto, antes de los treinta días de formalizada la investigación preparatoria...”.

El proceso inmediato por delito flagrante requiere que el imputado esté detenido y que no se necesite realizar, luego de las veinticuatro horas de 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. Es importante, a los efectos de garantizar el derecho de defensa –plazo razonable para que el imputado prepare su defensa: artículo IX, apartado 1), del Título Preliminar NCPP– que ese plazo debe computarse, necesariamente, desde que el citado imputado es notificado efectivamente con el auto de citación a la referida audiencia. El imputado debe ser notificado del auto en referencia y del propio requerimiento fiscal; solo a partir de ese momento puede empezar a correr el plazo respectivo. Al amparo de la norma citada, y en especial del artículo 8º, apartado dos, literal c), de la Convención Americana de Derechos Humanos, que exige que el imputado tenga un tiempo razonable para preparar su defensa, es posible que el juez, en atención a la entidad del delito atribuido y a las exigencias de la causa –para remover los obstáculos que impiden una defensa efectiva–, haga uso de la potestad de fijar un plazo judicial, distinto, pero siempre breve, para la realización de esa audiencia.

19º. Si no se presenta el caso de delito flagrante, tal como se ha dejado estipulado precedentemente, es absolutamente viable, si se cumplen los supuestos de delito confeso o de delito evidente –en tanto en cuanto la meta de esclarecimiento no presente complejidad, no requiera 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 447º NCPP.

En este último caso –literales b) y c) del apartado 1 del artículo 446º NCPP– los plazos se extienden –se trata de los plazos para señalar fecha para la audiencia única de incoación del proceso–. Como el principio de aceleramiento procesal es una de las notas características del proceso inmediato, la audiencia única de incoación del proceso inmediato debe señalarse inmediatamente de presentado el requerimiento fiscal, notificarse a más tardar al día siguiente hábil y realizarse dentro de un plazo breve, siempre mayor de las cuarenta y ocho días siguientes a la presentación del requerimiento fiscal –que es el plazo para el delito flagrante– y no mayor de cinco días a la recepción por el Juzgado del citado requerimiento fiscal –que es la mitad del plazo fijado para el juicio oral (artículo 355º.1, NCPP)– o, según los casos,



vinculados a la causa en concreto, otro plazo judicial, siempre menor a la norma antes mencionada.

Se entiende, en todos los casos, que el requerimiento fiscal debe indicar los domicilios procesales de quienes se hubieran personado en la causa, a los efectos de las notificaciones correspondientes.

20.º El apartado uno del artículo 448º NCPP estipula que el Juez penal es el competente funcional para realizar la audiencia única de juicio inmediato. Una vez que recibe el expediente por el Juez de la investigación preparatoria, debe realizar la audiencia en un plazo que “...no debe exceder las setenta y dos horas desde su recepción, bajo responsabilidad funcional”.

Es de tener presente, sin embargo, que se trata de otro Juez, al que se le remite la causa. Por consiguiente, es de rigor asumir, primero, que debe dictar el auto de citación para la audiencia única de juicio inmediato; segundo, que la primera cuestión a dilucidar es la validez de la acusación –si cumple los presupuestos y requisitos procesales respectivos–, la admisión de pruebas, y las demás cuestiones previstas en el artículo 350º.1 NCPP; y, tercero, que el segundo periodo de la audiencia es, propiamente, la realización puntual del debate oral –ejecución de las pruebas y alegatos–.

En este sentido el plazo de setenta y dos horas debe computarse a partir de la emisión y notificación del auto de citación dictado por el Juez Penal. Es claro que el auto debe emitirse inmediatamente de recibida la causa y notificarse en el día o, a más tardar, al día siguiente; y, es a partir de la notificación que empieza a correr las setenta y dos horas. Entender ese cómputo de otra forma vulnera la garantía de defensa en juicio pues el imputado tendría un tiempo irrazonablemente reducido para preparar su defensa.

Rige, en todo caso, lo dispuesto en la última parte del párrafo final del fundamento jurídico décimo octavo.

21.º. El proceso inmediato y el ejercicio del derecho de defensa

Dictado el auto de incoación del proceso inmediato –que es oral y se profiere en la misma audiencia (artículo 447, apartado 4, NCPP) y, por ende, debe figurar cumplidamente en el acta, sin perjuicio de su registro audiovisual o por un medio técnico (artículos 120 y 361, en lo pertinente, NCPP)–, en virtud de los principios de concentración y de aceleramiento procesales, corresponde al fiscal que, dentro del plazo de veinticuatro horas, emita la acusación escrita correspondiente, hecho lo cual el juez de la Investigación Preparatoria remitirá las actuaciones al juez Penal competente.



En cuanto a la audiencia de juicio inmediato, el primer periodo del enjuiciamiento consiste en la delimitación de los hechos y de las pruebas, así como en la dilucidación de todas las articulaciones tendentes a garantizar un enjuiciamiento concentrado en la cuestión de la culpabilidad y, de ser el caso, de la sanción penal, consecuencias accesorias y reparación civil –decidir y superar todos aquellos presupuestos procesales o cuestiones procesales que impidan la celebración y definición del enjuiciamiento–. Este periodo culmina con la emisión acumulada de los autos de enjuiciamiento y de citación a juicio.

El segundo periodo del enjuiciamiento consiste, propiamente, en la celebración del juicio. Se aplican las reglas del proceso común, con la condición de que esas reglas deben ser: “[...] compatibles con la naturaleza célere del proceso inmediato”, lo cual significa que las actuaciones probatorias e incidencias deben llevarse a cabo y dilucidarse en el menor tiempo posible y concentradamente. La regla general es la prevista en los artículos 356.2 y 360.2 NCPP: el debate se realiza en un solo día y las sesiones sucesivas, sin perjuicio de las causas de suspensión –lógica excepcional–, se realizarán al día siguiente o subsiguiente (aunque la primera opción es la idónea para el juicio inmediato).

Ahora bien, si se tiene en cuenta que las lógicas de evidencia delictiva y de simplicidad procesal, condicionantes del proceso inmediato, desde ya han determinado una causa en que las exigencias de esclarecimiento ulterior son mínimas, cabe entender que las solicitudes probatorias del imputado han de tener ese carácter de pruebas indispensables para enervar la prueba de cargo de la Fiscalía, también limitada a las lógicas de evidencia delictiva, de las que partió su requerimiento de incoación del proceso inmediato. En todo caso, conforme con las prevenciones de los artículos 155.2, 352.5,b) y 373.1 y 2 NCPP, se admitirán, según los casos, los medios de prueba que sean pertinentes, conducentes, útiles, necesarios, de posible actuación y no sobreabundantes.

No existe, en este supuesto, limitación irrazonable al derecho de postulación probatoria.

22°. El proceso inmediato se sustenta en la existencia de evidencia delictiva. El debate probatorio, por consiguiente, será muy acotado; referido, primero, a la acreditación de tal evidencia delictiva; y, segundo, a la verificación de la regularidad, fiabilidad, corroboración y suficiencia de la prueba de cargo. La defensa, como es obvio, podrá cuestionar y, en su caso, desacreditar la prueba de cargo y su suficiencia, así como presentar contrapueba.

Es posible que, por razones que escapan al control de las partes y del órgano jurisdiccional, se produzca un problema sensible o insuperable en la incorporación de determinada prueba o pruebas, esenciales para la decisión de la causa. La opción



que tiene el juez, incluso ya incoado el proceso inmediato e iniciado la audiencia única de enjuiciamiento inmediato, será –previo debate contradictorio– dictar el auto de transformación del proceso inmediato en proceso común, muy similar a lo que sucede en el caso del proceso especial de seguridad (artículo 458° I NCPP). Supletoriamente, en caso de audiencia en curso el Juez penal aplicará la norma antes indicada, a fin de reiniciarse, desde el principio, el juicio oral con las reglas del proceso común, respetando la eficacia procesal de los actos de prueba ya actuados. En los otros supuestos el Juez de la investigación preparatoria o el Juez penal, según el caso, aplicará el apartado siete del artículo 447° NCPP.

23°. Audiencia de Incoación del proceso inmediato y solicitudes concurrentes

El artículo 447.2 y 3 NCPP estipula que en la audiencia de incoación del proceso inmediato puede plantearse la imposición de una medida de coerción a instancia del fiscal y la aplicación del principio de oportunidad –incluye el acuerdo reparatorio– o del proceso de terminación anticipada. Algunos puntos problemáticos pueden advertirse:

- A. El apartado 4) de dicha disposición legal dispone que el juez de la Investigación Preparatoria resuelve, mediante resolución oral, esas solicitudes en el siguiente orden: **1.** Procedencia de la medida de coerción. **2.** Procedencia, indistinta y, según el caso, del principio de oportunidad, del acuerdo reparatorio o del proceso de terminación anticipada. **3.** Procedencia de la incoación del proceso inmediato. Si la ley fija un orden para resolver los puntos planteados es inexcusable que ese orden tiene que respetarse, aunque la nulidad procesal solo se originará cuando se vulnere irrazonablemente la regularidad del procedimiento en sus lógicas esenciales y se genere un supuesto de indefensión material.
- B. Por otro lado, es claro que si se admite y estima alguna de las solicitudes del punto segundo ya no será necesario pronunciarse respecto a la incoación del proceso inmediato, pues estas tienden a resolver la causa bajo modalidades propias, en las que el principio del consenso tiene primacía. De desestimarse alguna de las tres alternativas del punto segundo, el juez de la Investigación Preparatoria decidirá si cabe instaurar el procedimiento inmediato.
- C. La petición de una medida de coerción: sea prisión preventiva u otra alternativa, no descarta o modifica la pretensión sobre el tema u objeto principal. El imputado puede ser excarcelado en sus diversas modalidades o declarado preso preventivo –el plazo de privación procesal de la libertad personal no está en función a si la causa puede resolverse a través del procedimiento inmediato, que es un hecho futuro respecto del cual el juez, en este paso procesal, no puede valorar, sino a las necesidades del proceso jurisdiccional, a las características del imputado y a la gravedad y



complejidad del hecho delictivo atribuido, siempre en una perspectiva de aseguramiento procesal con pleno respeto del principio de proporcionalidad y de la garantía de presunción de inocencia entendida normativamente (artículo 253. 2 y 3, NCPP)–, lo que en modo alguno altera la necesidad de decisión acerca la incoación del proceso de terminación anticipada o del proceso inmediato.

D. El efecto procesal de la desestimación del proceso inmediato es que la causa se reconduzca al proceso común. El fiscal a cargo del caso, en vía de complementación –ya se han realizado actuaciones previas por la Policía y puede que por la propia Fiscalía–, dictará la Disposición de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria o, de ser el caso –cuando ya se hubiera emitido tal disposición–, continuará con las actuaciones de investigación. En todo caso, la medida de coerción dictada no se modifica de pleno derecho y su reforma requiere de una petición de parte. El apartado 7) del artículo 447 NCPP debe interpretarse en este sentido. Cabe aclarar que si bien el artículo 338.4 NCPP indica que el fiscal, para la imposición de medidas coercitivas, está obligado a formalizar la investigación, ello se entiende en los marcos comunes de la investigación preparatoria; pero en el caso del artículo 447.2 NCPP, propio del proceso inmediato, tal exigencia, por razones obvias, no se ha positivizado; el apartado uno solo impone al fiscal, como presupuesto procesal para requerir la incoación del proceso inmediato, el vencimiento del plazo de detención, y en el otro apartado, inmediatamente, lo autoriza a requerir, si correspondiera, la prisión preventiva en el curso de la audiencia única de incoación del proceso inmediato.

24º. Apelación y proceso inmediato

El proceso inmediato reformado solo prevé expresamente el recurso de apelación contra el auto que resuelve el requerimiento de proceso inmediato, en cuyo caso se tratará de una apelación con efecto devolutivo (artículo 447.5 NCPP). Es obvio que un recurso de apelación, por su carácter jerárquico, siempre tiene efecto devolutivo –es de conocimiento de un órgano jurisdiccional superior en la estructura orgánica del Poder Judicial–. Lo determinante es si tiene efecto suspensivo. La norma general es el artículo 418.1 NCPP. La apelación, en estos casos, de un auto no equivalente –que no pone fin al procedimiento penal (no clausura la persecución penal), sea que acepte o rechace la incoación del proceso inmediato–, no tiene efecto suspensivo.

Las demás apelaciones contra resoluciones interlocutorias –en orden al principio de oportunidad, proceso anticipado y medidas coercitivas–, igualmente no tienen efectos suspensivos. En el caso de la apelación del auto de prisión preventiva, rige el artículo 278.1 NCPP. La apelación, en este caso, es igualmente devolutiva y no



suspensiva. Si se dispone la libertad del imputado no podrá tener efecto suspensivo (artículo 412.2 NCPP).

Una situación que puede presentarse cuando se dicta mandato de prisión preventiva y el imputado impugna el auto antes del vencimiento del plazo de tres días, es que la causa ya se encuentre ante el juez Penal. Como debe propenderse a la efectividad del derecho al recurso legalmente previsto –que integra la garantía de tutela jurisdiccional–, tal situación no impide que el juez Penal se pronuncie por la admisión o inadmisión de dicho recurso y, en su caso, eleve copia certificada de los actuados a la Sala Penal Superior. Negar esa posibilidad, a partir de una concepción formalista, en el sentido de que quien debe pronunciarse acerca del recurso es el juez de la Investigación Preparatoria, sería restringir irrazonablemente el derecho de tutela jurisdiccional o, en su caso, propender a una dilación indebida de la causa con el objetivo de que el último juez sea quien califique la impugnación. Recuérdese que quien absuelve el grado es el Tribunal Superior, no el juez Penal.

Por último, la Sección Primera del Libro Quinto del NCPP no fijó un procedimiento específico, acelerado, de apelación. En consecuencia, rige el conjunto de las normas generales sobre la materia que tiene establecidas en el Libro Cuarto del NCPP.

25°. Proceso inmediato y Código de Procedimientos Penales

El proceso inmediato, en virtud del artículo 3 del Decreto Legislativo número 1194, también es aplicable a los distritos judiciales en los que aún no rige en su integridad el NCPP. El citado Código, a su vez, ha sufrido una última modificación más o menos intensa, mediante el Decreto Legislativo número 1206, del 23-9-2015.

Un motivo de presunta incoherencia normativa se presenta cuando el proceso inmediato es denegado, ya sea en primera o en segunda instancia. Es claro que la causa debe retrotraerse al momento de su calificación. Sin embargo, ¿qué sucede con el mandato de prisión preventiva en caso que se hubiera dictado en la causa? ¿La retroacción de actuaciones importa su anulación automática y, por tanto, la libertad del imputado en cárcel?

Las normas sobre prisión preventiva del NCPP, con sus respectivas modificatorias, igualmente, son de aplicación en todo el territorio nacional, conforme con la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley número 30076, del 19-8-2013. Luego, en aquellos distritos judiciales donde no está en vigencia en su integridad el NCPP, rigen esas disposiciones. Su interpretación y aplicación son, por consiguiente, comunes; no se presentan en ambos sistemas procesales, en virtud de la reforma operada, contradicción o falta de armonía: las normas son las mismas.



Se podría sostener que en esos casos se presenta una paradoja: existiría, formalmente, un preso preventivo sin auto de apertura de instrucción; preso preventivo sin procesamiento. Es evidente, asimismo, que para dictar prisión preventiva se requiere un análisis acerca de la corrección de la imputación, un juicio favorable al *fumus delicti commissi* y a los motivos de prisión –gravedad del delito y peligrosismo procesal (*periculum libertatis*)–. Cabe entender que el auto de prisión preventiva cumple esos presupuestos –es la presunción de la que se parte al haberse dictado esa medida de coerción personal mediando requerimiento y discusión o debate oral y contradictorio– y, en tal virtud, la no admisión del proceso inmediato no cuestiona la corrección de los cargos –existe, con toda regularidad, un procedimiento previo– sino la no satisfacción de los requisitos y presupuestos necesarios para incoar un tal proceso especial.

En suma, la retroacción de actuaciones, en este caso, no importa la anulación de pleno derecho del auto de prisión preventiva, pues la inadmisión del proceso inmediato no comprende la de los presupuestos materiales y formales de dicha medida de coerción personal –propia del proceso de coerción y, como tal, independiente del proceso “principal”, aunque sin desconocer sus bases de conexión–. Lo único que sucederá será que el juez Penal, una vez remitidas las actuaciones al fiscal y que este las devuelva con la formalización de la denuncia –en virtud del principio de unidad del Ministerio Público no es del caso una posición distinta del fiscal que no sea la de formalizar la denuncia–, en el curso de la audiencia de presentación de cargos califique su mérito y, de ser el caso, dicte el auto de apertura de instrucción, conforme con el artículo 77 CPP. La reforma del auto de prisión preventiva muy bien puede producirse en esa causa si se deniega el procesamiento penal –excarcelación automática– o si se presenta algún motivo vinculado al *rebus sic stantibus* que la justifique.

25°. Proceso inmediato y constitución de las partes contingentes

El actor civil, como parte acusadora, y el tercero civil, como parte acusada, no son partes necesarias, imprescindibles para la constitución del proceso penal –son partes contingentes: pueden o no estar presentes en un concreto proceso jurisdiccional–. Su incorporación en la causa está en función, de un lado, a la propia voluntad del perjudicado por el delito y, de otro lado, a que existan criterios legales de imputación, objetiva y subjetiva, para incorporar a un tercero como responsable de la reparación civil.

El NCPP, en la lógica del proceso ordinario o común, exige para la constitución de estos sujetos procesales una resolución judicial, dictada previa instancia de parte legitimada, planteada antes de la culminación de la investigación preparatoria y bajo el procedimiento de audiencia correspondiente (artículos 8, 100, 101 y 102 NCPP).



Esta secuencia procedimental, sin duda, no es la que corresponde al proceso inmediato, ni se condice con las lógicas de aceleramiento procesal que lo informan. No obstante, no está prohibida la posibilidad de su incorporación en la causa – fundada en consideraciones de derecho material–, siempre que el daño y su acreditación, y además, la legitimación respectiva, respondan a la condición de su “evidencia” en línea acreditativa. Sin prueba evidente, no es posible aprobar su constitución en partes procesales.

Siendo así, es claro que el fiscal deberá comprender en el requerimiento de incoación del proceso inmediato a quien considere tercero civil responsable, el cual ha de ser debidamente citado a las dos audiencias para que tenga la oportunidad de ejercer su derecho de contradicción. En este caso, el juez de la Investigación Preparatoria, aplicando supletoriamente y en vía de integración el artículo 447.3 NCPP, debe decidir, primero, si incorpora como parte al tercero civil; y, segundo, de ser admitida esa constitución –que se emitirá a continuación del pronunciamiento acerca de la medida coercitiva–, continuará con los pasos procedimentales legalmente estipulados.

Para el caso del actor civil se requiere, desde luego, que el perjudicado por el delito, primero, sea informado por la Policía o la Fiscalía de la existencia del delito en su contra y comunicado del derecho que tiene para intervenir en las actuaciones –es lo que se denomina “ofrecimiento de acciones”– (artículo 95.2 NCPP); segundo, que antes de la instalación de la audiencia única de incoación del proceso inmediato solicite, por escrito y en debida forma, su constitución en actor civil (artículo 100 NCPP); y, tercero, que previo traslado contradictorio el juez de la Investigación Preparatoria decida sobre su mérito, resolución que se emitirá a continuación del pronunciamiento de la medida coercitiva y antes de la decisión acerca de la constitución en tercero civil.

27°. Proceso inmediato y prueba pericial

La prueba pericial es fundamental para la acreditación de numerosos delitos –la necesidad de la pericia deriva del aporte de conocimientos especializados para facilitar la percepción y la apreciación de los hechos de la causa [CLIMENT DURÁN, CARLOS. *La prueba penal*. Segunda edición. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2005, pp. 735-737]. Tanto en el delito de conducción en estado de ebriedad o drogadicción como en otros ilícitos penales (por ejemplo, y a título enunciativo, homicidio, aborto, falsedad documental, tráfico ilícito de drogas y agresión sexual) la prueba pericial es especialmente relevante –en tanto prueba fundamental– para su definitiva comprobación o, en todo caso, para su consolidación probatoria.

El fiscal, desde esta perspectiva, instará que el informe pericial –que es el segundo elemento de la actividad pericial– corra en autos al momento del requerimiento de incoación del proceso inmediato. Sin embargo, en muchos casos bastará que el



reconocimiento o percepción pericial, como primer elemento de la actividad pericial –al que sigue en ese mismo nivel las operaciones técnicas sobre el objeto peritado–, se haya realizado o, por lo demás, que existan informes provisionales, muy comunes en el caso de tráfico ilícito de drogas y también con las primeras pruebas en el delito de conducción en estado de ebriedad o drogadicción.

Las características de la inicial intervención de la autoridad pública y las vicisitudes de los actos urgentes de investigación, como las capacidades del órgano pericial, pueden determinar, antes de la presentación del informe pericial, una calificación positiva de los presupuestos y requisitos del proceso inmediato, lo que no obsta a que necesariamente el citado informe pericial ha de constar antes de la instalación de la audiencia única de juicio inmediato.

III. DECISIÓN

28°. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en el Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial;

ACORDARON:

29°. **ESTABLECER** como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 7 a 12 y 15 a 24 del presente Acuerdo Plenario.

30°. **PRECISAR** que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo, del artículo 22 de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116 del citado estatuto orgánico.

31°. **DECLARAR** que, sin embargo, los jueces que integran el Poder Judicial, en aras de la afirmación del valor seguridad jurídica y del principio de igualdad ante la ley, solo pueden apartarse de las conclusiones de un Acuerdo Plenario si incorporan nuevas y distintas apreciaciones jurídicas respecto de las rechazadas o desestimadas, expresa o tácitamente, por la Corte Suprema de Justicia de la República.

32°. **PUBLICAR** el presente Acuerdo Plenario en el Diario Oficial *El Peruano*.
Hágase saber.

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO



PRADO SALDARRIAGA

RODRÍGUEZ TINEO

PARIONA PASTRANA

SALAS ARENAS

BARRIOS ALVARADO

HINOSTROZA PARIACHI

PRÍNCIPE TRUJILLO

NEYRA FLORES



JURISPRUDENCIA

Año XXVII / N° 1086

8095

PODER JUDICIAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Primera Sala Penal Transitoria

RECURSO DE CASACIÓN N.° 244-2016/LA LIBERTAD
PONENTE: JUAN CHAVES ZAPATER

RECURSO DE CASACIÓN

SUMILLA. La Primera Sala Superior de Apelaciones, al confirmar el auto de vista de primera instancia que declaró de oficio la excepción de naturaleza de juicio, afectó la observancia de las garantías constitucionales de carácter procesal para el desarrollo de doctrina jurisprudencial; habiéndose infringido el artículo cuatrocientos veintinueve, inciso uno, del Código Procesal Penal, por lo que a fin de evitar la afectación del debido proceso, se debe dejar sin efecto el auto de vista del dieciséis de diciembre de dos mil quince, y dejar que el proceso continúe su trámite habitual.

Lima, veinte de julio de dos mil dieciocho

VISTO: en audiencia pública, el recurso de casación, por considerarla necesaria para el desarrollo de doctrina jurisprudencial, interpuesto por el representante del Ministerio Público, contra la resolución de vista de fojas treinta y tres a treinta y cinco, del dieciséis de diciembre de dos mil quince, que confirmó el auto judicial que declaró de oficio fundada la excepción de naturaleza de juicio y se dispuso que, se adecúe el proceso común ordinario a las reglas de proceso inmediato.

Intervino como ponente el señor juez supremo **JUAN CHAVES ZAPATER**.

ANTECEDENTES

1. Imputación fáctica del fiscal

El dos de diciembre de dos mil quince, a las veintidós horas, personal policial procedió a la detención de Elmer Javier Cruz Romero en posesión de sesenta y tres envoltorios de papel periódico tipo "kefe", correspondiente a pasta básica de cocaína con un peso bruto de 15,07 gramos, así como monedas de baja denominación.

2. ITINERARIO DEL PROCESO

EN PRIMERA INSTANCIA

2.1. El nueve de diciembre de dos mil quince, el fiscal David Delgado Silva de la Tercera Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Trujillo, presentó la disposición de formalización de investigación preparatoria y el requerimiento de prisión preventiva.

2.2. Mediante Resolución número uno, del nueve de diciembre de dos mil quince, corriente a folio tres, el Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria de Trujillo, resolvió recibir la disposición de formalización de investigación preparatoria y declarar de oficio la excepción de naturaleza de juicio, al haberse dispensado al proceso, por parte del fiscal, una sustanciación distinta a la prevista en forma expresa y clara en la ley, en consecuencia, adecuó el trámite de la causa del proceso penal común al trámite del proceso especial inmediato, por tratarse de un caso de detención policial en flagrancia delictiva, prevista en el artículo 445.1-A del Código Procesal Penal, al instar al fiscal recurrente, bajo responsabilidad, la incoación del proceso inmediato ante el juez competente, encargado de la tramitación de procesos inmediatos, dejando

sin efecto la disposición de formalización de investigación preparatoria, por adolecer de un vicio de nulidad absoluta como lo prevé el artículo ciento cincuenta, incisos c y d, del Código Procesal Penal, al haber el fiscal promovido ilegalmente la acción penal, lo que ocasionó la vulneración del principio-derecho del juez predeterminado por ley.

Contra esta resolución, que declaró de oficio fundada la excepción de naturaleza de juicio, el fiscal provincial David Delgado Silva, de la Tercera Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Trujillo, interpuso recurso de apelación el diez de diciembre de dos mil quince, al argumentar que el juez no puede adecuar un proceso común a un proceso inmediato, porque para darle la sustanciación es indispensable de la formulación de un requerimiento de incoación del procedimiento inmediato; el cual no existe y este no está en condiciones de imponer, porque las disposiciones y los requerimientos constituyen actuaciones procesales propias de la actividad fiscal, asimismo el artículo cuatrocientos cuarenta y siete del CPP, señala que es el juez de flagrancia el que debe merituar si el caso concreto reúne o no los requisitos para incoar el proceso inmediato, sin embargo, en el caso materia de análisis esa facultad se la atribuyó el juez del Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria, al haber declarado la nulidad de la disposición de formalización de la investigación preparatoria y ordenar al Ministerio Público que incoe el proceso inmediato, aun cuando no reunía los elementos de convicción necesarios para ello, asimismo el juez antes mencionado usurpó la función de director de la investigación reservada para el fiscal. En consecuencia, la decisión del juez atentó contra la autonomía del Ministerio Público y contra el principio de exclusividad del ejercicio de la acción penal. Frente al recurso planteado, se concedió la apelación sin efecto suspensivo, mediante resolución del once de diciembre de dos mil quince.

3. TRÁMITE IMPUGNATORIO EN SEGUNDA INSTANCIA

Verificada la audiencia de apelación de sentencia, el Tribunal de Apelación, pronunció la resolución de vista de fojas treinta y tres, del dieciséis de diciembre de dos mil quince, la que confirmó el auto judicial que declaró de oficio fundada la excepción de naturaleza de juicio y dispuso la adecuación del proceso ordinario común a las reglas del proceso especial inmediato, disponiendo dejar "[...] sin efecto la formalización y en su reemplazo reformándola debe decir simplemente dispóngase su adecuación a las reglas de proceso inmediato conforme a ley".

4. TRÁMITE DEL RECURSO DE CASACIÓN

Contra esta resolución de vista, el representante del Ministerio Público, planteó el recurso de casación de foja cuarenta y siete, del treinta de diciembre de dos mil quince. Invocó el acceso excepcional del recurso de casación y planteó un motivo de casación: inobservancia de las garantías constitucionales de carácter procesal (artículo cuatrocientos veintinueve, inciso uno, del Código Procesal Penal).

Alegó que se vulneró el debido proceso constitucional, el principio de autonomía del Ministerio Público y el principio acusatorio, asimismo señaló que la fiscalía no tenía al alcance los medios probatorios necesarios para sustentar de manera exitosa un eventual juicio inmediato, concretamente no se contaba con la pericia química respecto de la droga incautada y tampoco con la posibilidad de seguirla en el término de los plazos que se fijan en el proceso inmediato para sustentar la tesis acusatoria. Por otro lado el error del juez y también de la Sala de Apelaciones, radicó en que se usurpó una prerrogativa exclusiva y excluyente del Ministerio Público, de igual manera se debe entender que los elementos de convicción que se tiene para iniciar una investigación no son medios de prueba y al

hacer una interpretación de la norma, se considera que el fiscal debe acudir al proceso inmediato cuando tenga los elementos suficientes para afrontar con éxito el mencionado juicio, ya que actuar en contrario generaría una suerte de impunidad, por lo que es erróneo lo resuelto por el juzgado y confirmado por la Sala Superior. De igual misma forma no se respetó la autonomía del Ministerio Público, pues se está ordenando realizar un acto propio de su cargo que debe decidir ejercerlo por medio de las decisiones de sus fiscales y sin intervención de ningún poder del Estado, ni menos de poderes privados.

Agregó que se justifica el desarrollo de la doctrina jurisprudencial en la correcta interpretación del artículo cuatrocientos cuarenta y seis del NCPP, modificado por el Decreto Ley N.° 1194, pues dicha fiscalía considera que la incoación del proceso inmediato es una decisión que la debe adoptar el Ministerio Público, asimismo solicita la correcta interpretación de la excepción de naturaleza de juicio, en el sentido que pueda ser deducida y amparada incluso de oficio, cuando no exista impedimento para proceder a la adecuación del procedimiento, es decir cuando esto solo dependa de la función jurisdiccional.

Concedido el recurso de casación, por auto de foja sesenta y cuatro, del tres de marzo de dos mil dieciséis, se elevó el cuaderno a este Supremo Tribunal.

QUINTO. Cumplido el trámite de traslado a las partes recurridas, este Tribunal de Casación, por Ejecutoria Suprema de los folios treinta y siguientes, del veintiséis de agosto de dos mil dieciséis, que obra en el cuadernillo formado en esta sede procesal, admitió a trámite el citado recurso, a efectos de establecer doctrina jurisprudencial sobre la causal de inobservancia de las garantías constitucionales de carácter procesal, referidas a la incorrecta interpretación del artículo cuatrocientos cuarenta y seis, numeral uno, del CPP, modificado por el Decreto Legislativo N.° 1194, puesto que con ello se vulneró el principio acusatorio.

SEXTO. El expediente quedó en Secretaría, y fue señalada la correspondiente fecha para la audiencia de casación, el veintiocho de junio de dos mil dieciocho, decreto de fojas treinta y nueve, del once de junio de dos mil dieciocho, y verificada esta con la concurrencia de las partes apersonadas, quedó la causa expedita para resolverla.

SETIMO. Deliberada la causa en secreto y votada ese mismo día, este Supremo Tribunal acordó pronunciar la presente resolución de casación para su lectura en audiencia pública, el veinte de julio del presente año a las nueve horas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. Ámbito de la casación

PRIMERO. Conforme se ha establecido en la Ejecutoria Suprema del veintiséis de agosto de dos mil dieciséis (foja treinta del cuadernillo formado en esta sede suprema), el motivo por el que se declaró bien concedido el recurso de casación, reside en la necesidad de establecer doctrina jurisprudencial sobre la inobservancia de las garantías constitucionales de carácter procesal, referidas a la incorrecta interpretación del artículo cuatrocientos cuarenta y seis, numeral uno, del CPP, modificado por el Decreto Legislativo N.° 1194, puesto que con ello se vulneró el principio acusatorio.

Segundo. Agravios invocados

El representante del Ministerio Público, alegó en su recurso de casación, que la decisión de la Primera Sala Penal de Apelaciones, habría sido expedida con inobservancia de las garantías constitucionales de carácter procesal, en especial vulnera el debido proceso, el principio de autonomía del Ministerio Público y el principio acusatorio; debido a que en primera y segunda instancia, se usurpó una prerrogativa exclusiva y excluyente del Ministerio Público, además indicó que se le ordenó realizar un acto propio de su cargo el cual debe determinar ejercerlo por medio de las decisiones de sus fiscales y sin intervención de ningún poder del Estado, ni menos aún de poderes privados, de igual manera, lo resuelto por el Juzgado y confirmado por la Sala Superior, es erróneo, ya que el fiscal debe acudir al proceso inmediato cuando tenga los elementos suficientes para afrontar con éxito el mencionado juicio, ya que actuar en contrario generaría una suerte de impunidad.

TERCERO. MARCO INCRIMINATORIO Y CALIFICACIÓN JURÍDICA

El nueve de diciembre de dos mil quince, el representante del Ministerio Público, dispuso formalizar y continuar con la investigación preparatoria seguida contra Elmer Javier Cruz Romero, a quien se le imputó la comisión del delito de microcomercialización de drogas, lo que puso en conocimiento del juez del Juzgado de Investigación Preparatoria, por lo cual se requirió la prisión preventiva del acusado.

Con fecha nueve de diciembre de dos mil quince, el Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria de Trujillo, resolvió recibir la disposición de formalización de investigación preparatoria

y declarar de oficio la excepción de naturaleza de juicio, por cuanto el fiscal había dado a la causa, una sustanciación distinta a la prevista en forma expresa y clara en la ley; en consecuencia, ordenó que se adecúe la causa del proceso penal común al trámite del proceso especial inmediato, por la causal de detención policial en flagrancia delictiva, prevista en el artículo 446. 1-A del Código Procesal Penal.

Análisis del caso

Cuarto. Fundamentos de la apelación

4.1. El juez no puede adecuar un proceso común a un proceso inmediato, ya que para darle sustanciación, es indispensable de la formulación de un requerimiento de incoación del procedimiento inmediato; el cual no existe y el juez no está en condiciones de imponer, porque las disposiciones y los requerimientos constituyen actuaciones procesales propias de la actividad fiscal.

4.2. El artículo cuatrocientos cuarenta y siete del CPP, señala que es el juez de flagrancia el que debe merituar si el caso concreto reúne o no los requisitos para incoar el proceso inmediato, sin embargo, en el caso materia de análisis esa facultad se la atribuyó el juez del Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria, al haber declarado la nulidad de la disposición de formalización de la investigación preparatoria y ordenar al Ministerio Público que incoe el proceso inmediato, aun cuando no reunía los elementos de convicción necesarios para ello; asimismo, el juez antes mencionado usurpó la función de director de la investigación reservada para el fiscal.

4.3. En consecuencia la decisión del juez atentó contra la autonomía del Ministerio Público y contra el principio de exclusividad del ejercicio de la acción penal.

Quinto. Fundamentos de la resolución de vista

La Primera Sala Penal de Apelaciones sustentó su decisión en que conforme argumentó el señor fiscal, este caso trata de uno en el que se halla presente el supuesto de flagrancia, y para el que la ley posibilita que el órgano jurisdiccional pueda resolver respecto al derecho fundamental que le corresponde a la persona sobre su libertad ambulatoria, esto es el derecho que tiene de resolver en forma inmediata sobre su situación jurídica, y ello está concordado con lo dispuesto en el artículo 7.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; si bien es verdad, el fiscal tiene facultades conforme a la Constitución, al Código Procesal Penal y a su Ley Orgánica, Decreto Legislativo N.° 052, de perseguir la comisión del delito, de igual manera, el juez también debe cautelar y tiene la potestad de analizar y dar trámite a la petición del proceso inmediato, igualmente posee la facultad de calificar, en aplicación del control de legalidad. De este modo y de conformidad con lo dispuesto por el artículo 6.1 del Código Procesal Penal, que norma las excepciones de naturaleza de juicio, la formalización de investigación preparatoria, no se adecuó a los presupuestos normativos que dispone la ley y por ello, el juez debió efectuar la correspondiente adecuación, ya que no se ha tramitado la causa conforme al proceso inmediato.

Fundamentos del Supremo Tribunal

SEXTO. El Tribunal Superior, al confirmar por unanimidad el auto judicial que resolvió declarar fundada de oficio la excepción de naturaleza de juicio y disponer la adecuación del proceso a especial inmediato, incurrió en una decisión que resulta reductiva del derecho del Ministerio Público a probar los hechos que imputa, y por tanto tal decisión se halla afectada de nulidad, tanto más si se ha producido afectación al principio acusatorio, pues la potestad de los fiscales de incoar el proceso inmediato la ejercen cuando cuenten con suficientes elementos probatorios aun tratándose de flagrancia delictiva. El presente caso, trata sobre la comisión del delito de microcomercialización de drogas, en el que resulta necesario contar con la pericia química que determine tanto la cantidad como la calidad de los estupefacientes incautados, la que no se hubiera podido realizar en el plazo establecido en un proceso especial.

SETIMO. La función principal del proceso judicial, radica en precisar la ocurrencia de determinados hechos a los que el derecho vincula con concretas consecuencias jurídicas, de tal modo que en el proceso penal, se persigue la realización de la pretensión punitiva, mediante el descubrimiento de los actos delictivos y sus autores.

El Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Expediente N.° 010-2002-AI-TC, sostuvo que el derecho a la prueba goza de protección constitucional, pues se trata de un contenido implícito del derecho al debido proceso, reconocido en el artículo ciento treinta y nueve, inciso tres, de la Constitución. En la STC-1014-2007-PHC-TC, puso de relieve, que una de las garantías que asisten a las partes, es la de presentar los medios probatorios necesarios para posibilitar en el juzgador, convicción sobre la veracidad de sus argumentos. Se trata de un derecho complejo, cuyo contenido está integrado por los derechos a ofrecer medios probatorios, a que se admitan, a

que se actúen, a que se asegure la producción o conservación de la prueba a través de la actuación anticipada y el derecho a que se valoren en forma adecuada y motivada. STC-1014-2007-PHC y STC-6712-2005-HC-TC.

En el Acuerdo Plenario N.º 2-2016-CIJ-116 se difundió respecto a que en el NCPP, se estructuró un procedimiento común, destinado a todo tipo de delitos y situaciones procesales y a su vez, incorporó un conjunto de procesos especiales, sustentados en la necesidad de tomar en cuenta diversas circunstancias de derecho penal material y de derecho procesal penal.

Octavo. El proceso inmediato, se sustenta en la noción de simplificación procesal, reduciendo etapas procesales que aligeran el sistema probatorio, para lograr una justicia celerante pues la sociedad requiere de una decisión rápida en casos de flagrancia, evidencia delictiva, prueba evidente, tal como lo prevé el artículo 446 de NCPP. La simplicidad del proceso, reduce al mínimo indispensable ciertas garantías, pero no irrazonablemente, criterio interpretativo plasmado en el artículo VIII, apartado tres, primera parte del Título Preliminar, del NCPP: "La ley que coacta [...] el ejercicio de los derechos procesales de las personas así como la que limite un poder conferido a las partes [...] será interpretada restrictivamente".

Conforme al artículo cuatrocientos cuarenta y ocho, apartado primero, de la misma ley penal adjetiva, recibido el auto que incoa el proceso inmediato, el juez penal competente, realiza la audiencia única de juicio inmediato en el día. En todo caso, su realización no debe exceder las setenta y dos horas desde la recepción, bajo responsabilidad funcional. Lo así normado, obedece a que este proceso, se sustenta en la existencia de evidencia delictiva, por tanto el debate probatorio será limitado y referido tanto a la acreditación de la evidencia delictiva como a la verificación de la regularidad, fiabilidad, corroboración y suficiencia de la prueba de cargo.

Noveno. En el acuerdo plenario precitado, se ha tenido en cuenta, que el juez ha de optar por un criterio seleccionador muy riguroso para aceptar la incoación de un proceso inmediato en relación con delitos que pueden traer aparejada una sanción grave. El proceso inmediato consta de dos fases procesales: la audiencia de incoación y la audiencia única de juicio; la solicitud procesal de incoación del proceso inmediato, se encuentra sujeta a dos momentos procesales, siendo el primero de ellos, que se trate de un delito flagrante, que el imputado se encuentre sujeto materialmente a una detención efectiva y que no se necesite realizar, luego de las veinticuatro horas de detención, algún acto de investigación adicional o de confirmación ineludible. Se contempló también el caso que la prueba pericial, resulte fundamental para la acreditación del delito y citó como casos, solo a título enunciativo, el tráfico ilícito de drogas, entre otros varios en que la prueba pericial es especialmente relevante.

Décimo. Expuestos los hechos y dado que la Corte Suprema en el Acuerdo Plenario N.º 2-2016-CU-116, ha dejado establecido para casos como el presente, en que pueda surgir una incidencia respecto al trámite de un proceso, sea común o sea inmediato, es preciso dejar establecido que si bien los medios de defensa técnicos como las excepciones, pueden resolverse de oficio por el juez, ello debería tener lugar luego de un análisis concienzudo no solo de las circunstancias de la intervención en flagrancia, para decidir el proceso inmediato, sino y además, el de no afectar en general el derecho a la prueba y en específico el principio acusatorio que permite al fiscal, como titular de la acción penal y responsable de la carga de la prueba, conforme al artículo IV, del Título Preliminar, del Código Procesal Penal, decidir la investigación preparatoria para el acopio de los elementos probatorios necesarios que hagan exitosa la prosecución de la acción penal y consecuentemente la efectivizarían del *ius puniendi* (derecho a sancionar), cuando no cuente con aquellos para incoar un proceso inmediato. En el presente caso, la decisión del fiscal de iniciar investigación preparatoria, lo fue con el objeto de dar cumplimiento al artículo 321.1 del Código Procesal Penal.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, declararon: **I. FUNDADO** el recurso de casación formulado por el representante del Ministerio Público, contra el auto de vista de foja treinta y tres, del dieciséis de diciembre de dos mil quince, que confirmó el auto de primera instancia. **II. CASARON** el auto de vista de fojas treinta y tres del dieciséis de diciembre de dos mil quince, que confirmó la resolución que declaró fundada de oficio la excepción de naturaleza de juicio y dispuso se adecue el trámite de la causa al proceso inmediato, y actuando en sede de instancia: **DECLARARON NULA** la resolución de fojas tres, del nueve de diciembre de dos mil quince, que en similar sentido, resolvió declarar fundada de oficio la excepción de naturaleza de juicio y dispuso se adecue el proceso común ordinario a las reglas de proceso inmediato. **III. DISPUSIERON** que se continúe con la sustanciación de la causa, a la que se le dispensará el trámite del proceso penal común. **IV. ESTABLECIERON** como doctrina jurisprudencial vinculante lo establecido en

los fundamentos jurídicos noveno y décimo, de la presente sentencia casatoria, ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo cuatrocientos treinta y tres, inciso tres, del Código Procesal Penal. **V. MANDARON** se devuelva el proceso al órgano jurisdiccional de origen y se archive el cuaderno de casación en esta Corte Suprema.

S.S.

LECAROS CORNEJO

SALAS ARENAS

QUINTANILLA CHACÓN

CHAVES ZAPATER

GASTAÑEDA ESPINOZA

Diny Yurianieva Chavéz Veramendi
Secretaría (e)
Primera Sala Penal Transitoria
CORTE SUPREMA

J-1683497-1

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Primera Sala Penal Transitoria

RECURSO DE CASACIÓN N.º 243-2016/LA LIBERTAD
PONENTE: JUAN CHAVES ZAPATER

RECURSO DE CASACIÓN

SUMILLA. la Sala Superior de Apelaciones, al confirmar el auto de vista de primera instancia que declaró de oficio la excepción de naturaleza de juicio, afectó la observancia de las normas legales de carácter procesal sancionadas con nulidad para el desarrollo de doctrina jurisprudencial; habiéndose infringido el artículo cuatrocientos veintinueve, inciso dos, del Código Procesal Penal, por lo que a fin de evitar la afectación del debido proceso, se debe dejar sin efecto el auto de vista del dieciséis de diciembre de dos mil quince, y disponer que la causa continúe su trámite conforme al proceso común ordinario.

Lima, diecisiete de julio de dos mil dieciocho

VISTO: en audiencia pública, el recurso de casación, con la causal del artículo cuatrocientos veintisiete, inciso cuarto, del Código Procesal Penal, por considerarla necesaria para el desarrollo de doctrina jurisprudencial, interpuesto por el representante del Ministerio Público, contra la resolución de vista de fojas treinta y cinco a treinta y nueve, del dieciséis de diciembre de dos mil quince, que por unanimidad confirmó el auto judicial que declaró de oficio fundada la excepción de naturaleza de juicio y dispuso que se adecúe el proceso común ordinario a las reglas de proceso inmediato.

Intervino como ponente el señor juez supremo **JUAN CHAVES ZAPATER**.

ANTECEDENTES

1. Imputación fáctica del fiscal

El veintiocho de noviembre de dos mil quince, a las nueve de la mañana con cincuenta minutos, personal policial perteneciente al SECMOPOL, realizaba un patrullaje preventivo en la intersección formada por las calles 25 de Diciembre y José Cabrera, del distrito de Florencia de Mora, en Trujillo, circunstancias en las que percibió la presencia de una persona de sexo masculino en actitud sospechosa, la misma que al notar la presencia policial, intentó darse a la fuga, procediéndose a intervenir inmediatamente e identificándolo como Jaime Junior Polo Reyes, con documento nacional de identidad, número 43583033 y domicilio en manzana cincuenta y uno, lote cinco, del Sector Alto Moche, a quien al practicarse el correspondiente registro personal, se le encontró en el bolsillo del lado derecho de su pantalón, una bolsa de polietileno color blanco, en cuyo interior se halló una sustancia blanquecina pulverulenta, con olor y características de pasta básica de cocaína, por lo que fue conducido a la comisaría de Florencia de Mora, para investigarlo.

2. ITINERARIO DEL PROCESO

EN PRIMERA INSTANCIA

2.1. La Fiscalía Provincial Especializada en Tráfico Ilícito de Drogas de La Libertad, con fecha diez de diciembre de dos mil quince, comunicó al Juez del Juzgado de Investigación

3. Casación N° 842-2016/ Sullana



CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

PRIMERA SALA PENAL TRANSITORIA
CASACIÓN N.º 842 - 2016
SULLANA

Proceso inmediato y flagrancia delictiva

Sumilla. i) Es verdad que el auto que dispuso que se siga con el proceso inmediato no fue recurrido por el imputado, pero no se puede sostener que operó la preclusión y, por tanto, ya no se puede cuestionar en las demás etapas procesales. La convalidación u saneamiento procesales no caben cuando el vicio procesal configura una nulidad absoluta o insubsanable, que comprometen derechos y garantías fundamentales, sino únicamente cuando se observan las formalidades previstas en la Ley para el desarrollo de un acto procesal. ii) El proceso inmediato se estimó porque el encausado fue detenido en flagrancia, empero por tratarse de un proceso que restringe plazos procesales y elimina o reduce fases procesales la interpretación de las normas que lo autorizan debe ser restrictiva, es decir, dentro de la esfera de su ordenamiento, en el núcleo de su representación o significación del texto legal. En el presente caso, los policías captores no presenciaron la comisión del delito, tampoco lo hizo la madre, ni siquiera la tía de la niña. Ambas se limitaron a expresar lo que la niña, luego del suceso, les dijo, cuando ni siquiera el imputado se encontraba en la vivienda de aquella. Lo cierto es que el delito no puede calificarse como flagrante. En consecuencia, se desvió al imputado del procedimiento legalmente preestablecido, que es el común.



-SENTENCIA DE CASACIÓN-

Lima, dieciséis de marzo de dos mil diecisiete.



VISTOS; en audiencia privada: el recurso de casación por quebrantamiento de precepto procesal interpuesto por la defensa del encausado MAXIMILIANO BENITES RODRÍGUEZ contra la sentencia de vista de fojas ochenta y tres, de veintidós de junio de dos mil dieciséis, que confirmando la sentencia de primera instancia de fojas treinta y tres, de quince de febrero de dos mil dieciséis, lo condenó como autor del delito de violación sexual de menor de edad en agravio de M.B.A.A. a cadena perpetua y tratamiento terapéutico, así como al pago de cinco mil soles por concepto de reparación civil; con lo demás que contiene.





Interviene como ponente el señor SAN MARTÍN CASTRO.

FUNDAMENTOS DE HECHO

PRIMERO. Que por escrito de fojas una el Fiscal Provincial de la Primera Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Sullana, culminada la investigación preparatoria, formuló acusación contra Maximiliano Benites Rodríguez por delito de violación sexual de menor de edad en agravio de M.B.A.A., de siete años de edad. El Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria de Sullana mediante auto de fojas diecinueve, de veinticuatro de enero de dos mil dieciséis, declaró la procedencia del juicio oral bajo los trámites del proceso especial inmediato.

SEGUNDO. Que los hechos declarados probados en las sentencias de instancia son los siguientes:

A. El día diecinueve de enero de dos mil dieciséis, como a las once de la mañana, en circunstancias que la menor agraviada de iniciales M.B.A.A., de siete años de edad, se encontraba sola en su domicilio, ubicado en el caserío Mallares, Calle Sáenz Peña – Sullana, llegó al mencionado inmueble el encausado Benites Rodríguez –vestía uniforme de ENOSA, camisa azul con pantalón jean azul y zapatos negros– para reconectar la luz eléctrica. Al advertir que la menor se encontraba sola, le pidió que verificara la luz. En ese momento, sin embargo, la agarró de los brazos, le dio un beso en la boca y luego la soltó, pero nuevamente le solicitó que prendiera la luz y la volvió a tomar de los brazos, así como a tocarle todo su torso, meter su mano dentro del short de tela que tenía puesto e introducir un dedo dentro de su vagina, el mismo que le produjo lesiones traumáticas genitales en la mucosa introito vaginal.

B. Al día siguiente, veinte de enero de dos mil dieciséis, aproximadamente a las nueve horas –luego de veintidós horas de ocurrido el hecho–, en circunstancias que la menor agraviada y su madre Mercedes Albuquerque Roa de Albán se dirigían en un vehículo policial, conjuntamente con tres efectivos policiales, a la Segunda Fiscalía Provincial de Sullana, esta última observó al encausado cuando se desplazaba por la carretera Panamericana Norte en una motocicleta, por lo que, ante la sindicación de la madre de la agraviada, la policía detuvo al imputado Benites Rodríguez.



TERCERO. Que, en lo relevante desde la perspectiva procedimental, se tiene que con fecha veinte de enero de dos mil dieciséis el Fiscal Provincial formuló requerimiento de incoación de proceso inmediato, el cual fue declarado procedente por auto –no impugnado– de fojas doce, de veintiuno de enero de dos mil dieciséis. En la misma audiencia única de incoación del proceso inmediato, el Fiscal solicitó mandato de prisión preventiva contra el citado encausado Benites Rodríguez, que el Juez de la Investigación Preparatoria por auto de fojas trece, de veintiuno de enero de dos mil dieciséis, declaró fundado y por un plazo de cinco meses.

Seguida la causa conforme a sus respectivas reglas de procedimiento, mediante sentencia de fojas treinta y tres, de quince de febrero de dos mil dieciséis, se condenó al acusado Benites Rodríguez como autor del delito de violación sexual de menor de edad a la pena de cadena perpetua. Este fallo fue confirmado por sentencia de vista de fojas doscientos cinco, de veintidós de junio de dos mil dieciséis.

CUARTO. Que la defensa del encausado Benites Rodríguez en su recurso de casación de fojas ciento doce, de quince de julio de dos mil quince, introduce como motivos los de inobservancia de precepto constitucional y quebramiento de la garantía de motivación (artículo 429, incisos 1 y 4, del Código Procesal Penal).

Alega que se tramitó la causa en la vía inmediata como si se tratase de un supuesto de flagrancia delictiva, que no corresponde, y, en consecuencia, se afectó el derecho de defensa de su patrocinado. Afirma que la flagrancia no opera cuando es un tercero quien sindicó al presunto autor, más aún si la detención ocurrió con posterioridad a los hechos aunque antes de las veinticuatro horas de su presunta comisión. Acota que se interpretó extensivamente el artículo 259, apartado 3, del Código Procesal Penal y que la legalidad del procedimiento debió ser sostenida por el Fiscal y el Juez. De otro lado, apunta que la sentencia de vista incurrió en motivación deficiente porque no incorporó razones acerca de la ausencia de flagrancia delictiva y de la consiguiente arbitrariedad del arresto policial.

QUINTO. Que cumplido el trámite de traslados a las partes recurridas, este Tribunal de Casación, por Ejecutoria Suprema de fojas cuarenta y ocho, de veinticinco de noviembre de dos mil dieciséis, del cuadernillo formado en esta instancia Suprema, declaró bien concedido el citado recurso, aunque –en aplicación de la concepción de la “voluntad impugnativa”– exclusivamente



por la causal de quebrantamiento de precepto procesal (artículo 429, apartado 2 del Nuevo Código Procesal Penal), a fin de examinar la legalidad de la incoación del proceso inmediato y la corrección jurídica del procedimiento subsiguiente.

SEXTO. Que instruido el expediente en Secretaría, señalada fecha para la audiencia de casación el nueve de marzo del presente año, realizada esta con la concurrencia de la abogada defensora del encausado, doctora Mercedes Herrera Guerrero, y del señor Fiscal Adjunto Supremo en lo Penal, doctor Alcides Mario Chinchay Castillo, el estado de la causa es la de expedir sentencia.

SÉPTIMO. Que deliberada la causa en secreto y votada el mismo día, se acordó por unanimidad dictar la correspondiente sentencia de casación en los términos que a continuación se consignan. Se programó para la audiencia de lectura de la sentencia el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Que, como ha quedado establecido en los fundamentos de hecho de la presente sentencia, es del caso determinar si se interpretó y aplicó correctamente los presupuestos legales que rigen la incoación del proceso inmediato reformado, previstos en el artículo 446 del Código Procesal Penal; y, por tanto, si correspondía dilucidar los cargos contra el encausado Benites Rodríguez en un proceso célere y abreviado como el inmediato.

Es verdad que el auto que, aceptando el requerimiento de la Fiscalía Provincial, dispuso se siga la causa en la vía inmediata, no fue recurrido por el imputado. Sin embargo, no es posible sostener como regla jurídica pétrea que operó la preclusión de ese momento procesal y, por tanto, que tal declaración jurisdiccional ya no se puede cuestionar en las demás etapas procesales. Cuando se cuestiona sostenidamente –en apelación y casación de las sentencias de mérito– la licitud de la concreta incoación del proceso inmediato, en el que se compromete una garantía constitucional, vinculada al debido proceso, como es la “interdicción de ser desviado de la jurisdicción determinada por la ley”, a que hace mención el segundo párrafo del numeral 3) del artículo 139 de la Constitución, no es de recibo aceptar el principio de convalidación por omisión de cuestionamiento en el momento en que se advirtió su infracción. La convalidación y el saneamiento procesales no caben cuando el vicio procesal configura una nulidad absoluta o insubsanable, que



comprometen derechos y garantías fundamentales (artículo 150, literal 'd'. del Código Procesal Penal), sino únicamente cuando no se observan las formalidades previstas en la Ley para el desarrollo de un acto procesal –se circunscribe a los defectos no absolutos–.

SEGUNDO. Que, según el auto de incoación del proceso inmediato de fojas doce, de veintiuno de enero de dos mil dieciséis, se declaró procedente ese proceso especial porque se estimó que el imputado Benites Rodríguez fue detenido en flagrancia delictiva. La Fiscalía Provincial acompañó a estos efectos la denuncia verbal, la declaración de la víctima y de su madre, la declaración del imputado –quien negó los cargos–, actas de reconocimiento en rueda, fotografías, documentos y actas de inspección [requerimiento fiscal de fojas siete, de veinte de enero de dos mil dieciséis].

Es de precisar, como dato esencial, el mérito del acta denominada de "intervención policial", de fecha veinte de enero de dos mil dieciséis, acompañada por el recurrente en esta sede y al que las sentencias de mérito han hecho mención. Allí se indica que cuando la menor agraviada, su madre y personal policial en una unidad policial se dirigían a la Fiscalía Provincial de Sullana, "...la madre de la menor logró visualizar al presunto autor del delito contra la libertad sexual (actos contra el pudor), quien se desplazaba por la carretera Panamericana Norte [...] en un vehículo menor [...], siendo intervenido e identificado tratándose de la persona de Maximiliano Benites Rodríguez...".

En la sentencia de primera instancia, resumiendo la declaración de la madre de la agraviada, se anotó que "lo reconoce porque su hija le dio las características...; estaba vestido con ropa azul y en la moto roja al momento en que ella lo observó". Asimismo, en la audiencia del juicio oral de cinco de febrero de dos mil dieciséis, se ratifica la forma cómo se identificó, quién lo hizo y la detención policial consiguiente: estelar, en esa intervención, fue la declaración de la denunciante Mercedes Alburquerque Roa de Albán.

Estos son los hechos procesales relevantes y definidos en las sentencias de mérito. Por ende, sobre esa base es que debe examinarse si correspondía o no el proceso inmediato y si en su actuación se vulneraron derechos básicos de carácter procesal del imputado, al punto que las sentencias de condena emitidas no pueden sostenerse por carecer de eficacia procesal.

TERCERO. Que el artículo 446, numeral 1), literal a), del Código Procesal Penal, estatuye que el proceso inmediato procede cuando, entre otros supuestos, "el imputado ha sido sorprendido y detenido en flagrante delito, en cualquiera

J



de los supuestos del artículo 259". La norma de remisión (artículo 259 del citado Código), en el inciso tercero, dispone que existe flagrancia, y permite la detención por la Policía, cuando: "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, [...], y es encontrado dentro de las veinticuatro (24) horas producido el hecho punible".

En estos casos, como es obvio por tratarse de un proceso que restringe plazos procesales y elimina o reduce fases procesales –la flagrancia, como institución procesal, tiene un objetivo instrumental para facilitar la actuación de la autoridad policial o para instituir procedimientos simplificados y céleres–, la interpretación de las normas que lo autorizan, por sus efectos, debe ser restrictiva, es decir, dentro de la esfera de su ordenamiento, en el núcleo de su representación o significación del texto legal.

S

CUARTO. Que la flagrancia es una institución procesal de carácter instrumental o medial, a cuyo amparo se autoriza que la autoridad penal pueda realizar determinados actos de limitación de derechos fundamentales (medidas de coerción o medidas instrumentales restrictivas de derechos) con fines de investigación del delito y, en su caso, poder instaurar procedimientos simplificados que dan lugar a una decisión célere. El delito flagrante es lo opuesto al delito clandestino; y, como tal, debe cometerse públicamente y ante testigos. Requiere que la víctima, la policía o un tercero presencien la comisión del delito en el mismo momento en que se perpetra (evidencia o percepción sensorial del hecho delictivo), y que ante la realización de la infracción penal surja la necesidad urgente de la detención del delincuente para poner coto a la comisión delictiva, cortar o evitar mayores efectos lesivos de la conducta delictiva o impedir la fuga del delincuente. La inmediatez que ello implica hace patente el hecho delictivo –la flagrancia se ve, no se demuestra– y su comisión por el detenido, de suerte que como existe una percepción directa y sensorial del delito, excluye de por sí toda sospecha, conjetura, intuición o deducción. Se asume, por ello, que todos los elementos del hecho están presentes y que no cabe elaborar un proceso deductivo más o menos complejo para establecer la realidad del delito y la participación del detenido (Acuerdo Plenario número 2-2016/CJ-116, fundamento jurídico 8-A, de uno de junio de dos mil dieciséis).

C

Lo últimamente expuesto, de uno u otro modo, se recoge en el citado artículo 259, apartado 3 del Código Procesal Penal, más allá de la dudosa extensión en la captura del delincuente de hasta veinticuatro horas después del hecho



delictivo. Se trata de la denominada *cuasi flagrancia*, en cuya virtud el delincuente, sorprendido en plena comisión del hecho punible o cuando inmediatamente acaba de cometerlo –pero siempre en el mismo teatro de los hechos–, por diversos factores o circunstancias, logra huir de la escena del delito, no obstante lo cual ha sido reconocido o identificado por la propia víctima, por la policía o, en todo caso, por un testigo presencial –este último puede ser el acompañante del agraviado o un tercero que se encontraba por el lugar de los hechos–.

Ser testigo presencial del delito –verbigracia: víctima, policía, sereno u otra persona– importa que directamente y a través de sus sentidos expone acerca de lo que observó y esta observación está referida, precisamente, a la comisión de un delito. No cumple con este requisito la institución del testigo de oídas o de referencia, pues solo puede mencionar lo que alguien le contó acerca de un suceso determinado –su información es indirecta, la obtiene a través de manifestaciones o confidencias de terceras personas [*Diccionario del Español Jurídico*, RAE-CGPJ, Madrid, 2016, páginas 1575/1576]–; y, por tanto, en tanto prueba indirecta –al no haber sido percibidos los hechos con sus sentidos–, su información debe ser contrastada por el testigo fuente, que sería el presencial.

Cabe acotar, desde ya, por su carácter de medio de prueba subsidiaria, sirve (i) para identificar a la persona que realmente tiene conocimiento directo de las circunstancias sobre las que declara, (ii) para valorar la credibilidad y fiabilidad de otro testigo –presencial o de referencia inclusive–, o (iii) para probar la existencia o no de corroboraciones periféricas –por ejemplo, para coadyuvar a lo que sostiene el testigo único– (SSTSJ de treinta de abril de dos mil trece y de treinta de septiembre de dos mil dos).

QUINTO. Que, en el presente caso, los policías captores no presenciaron la comisión del delito. Tampoco lo hizo la madre, ni siquiera la tía de la niña. Ambas se limitaron a expresar lo que la niña, luego del suceso, les dijo, cuando ni siquiera el imputado se encontraba en la vivienda de aquella.

Con independencia de lo que mencionó la niña agraviada y del valor probatorio que puede otorgársele a su testimonio, lo cierto que el delito *sub-judice* no puede calificarse de flagrante. Nadie, excepto la propia víctima, presenció la violación que ha sido objeto de denuncia, procesamiento, acusación, enjuiciamiento y sentencia. Ni siquiera se recogió en ese acto, o inmediatamente después, algún vestigio material. Todo queda circunscripto al relato directo de la víctima, a la versión de oídas de sus familiares –que



afronta una problemática en orden a su veracidad y credibilidad-, y a la negativa del imputado, sin perjuicio de la prueba pericial recabada.

Un caso como el aludido requiere de un elaborado análisis deductivo, de un riguroso análisis de la versión de la víctima, y de una actividad probatoria variada o diversa, tanto más (i) si no se cuenta con vestigios materiales y fluidos corporales examinados pericialmente, (ii) si la captura no se produjo en el mismo momento o instantes después de sucedido el hecho delictivo -a las veintidós horas del mismo, al día siguiente-, y (iii) si el imputado niega los cargos, quien incluso está en la posibilidad de ofrecer, desde la perspectiva de un procedimiento más extenso, prueba documental y personal de descargo. Por lo demás, se está ante un delito especialmente grave, que está asociado a la pena más grave del sistema penal: cadena perpetua, por lo que por razones de estricta proporcionalidad no puede solventarse, sin prueba evidente derivada de la flagrancia, en un proceso célere y reducida actuación probatoria, como el inmediato (Acuerdo Plenario número 2-2016/CIJ-116, fundamento jurídico 10, de uno de junio de dos mil dieciséis).

SEXO. Que, en consecuencia, se desvió al imputado del procedimiento legalmente preestablecido, que es el común, derivándolo irrazonablemente al proceso inmediato. Se vulneró, en tal virtud, el artículo 139, apartado 3, 2do párrafo, de la Constitución, y al infringirse el artículo 466, apartado 1), literal a) del Código Procesal Penal, se incurrió en la causal de nulidad prevista en el artículo 150, literal d), del aludido Código. Ello determina a su vez que debe ser amparada la causal de casación procesal establecida en el inciso 2) del artículo 429 del Código citado.

La nulidad incurrida por ser absoluta es insubsanable. No cabe saneamiento ni convalidación, pues no se trata de una mera inobservancia de las formalidades previstas en el Código, sino de una auténtica lesión al debido proceso legal desde la perspectiva del procedimiento legal preestablecido que determine una retroacción de actuaciones radical. Como no se trata de un mero incidente de nulidad de actuaciones -que, por lo demás, ha de ser interpuesto en la instancia respectiva-; y, dado que la pretensión impugnativa está dirigida contra todo el procedimiento y, señaladamente, contra las sentencias de mérito, lo que único que se exige es que se plantee adecuadamente como un motivo impugnativo puntual -que es lo que se ha hecho-. Por lo demás, los efectos lesivos del procedimiento incoado y de las sentencias emitidas son evidentes: plazos breves, eliminación de fases procesales, y con ello la imposibilidad de articular medios de defensa, con el tiempo razonable que requieren delitos no flagrantes.



SÉPTIMO. Que, de otro lado, en los marcos de la petición impugnativa se solicita que la nulidad alcance al mandato de prisión preventiva y, por tanto, que se dicte la inmediata libertad del imputado Benites Rodríguez.

Sobre el particular es de rigor puntualizar lo que estableció el Acuerdo Plenario número 2-2016/CJ-116, fundamento jurídico 23-D, de uno de junio de dos mil dieciséis. La desestimación de la incoación del proceso inmediato no trae consigo necesariamente la anulación de la prisión preventiva; y, la modificación de esta medida de coerción personal, requiere petición de parte, unida a un debate sobre los presupuestos materiales correspondientes.

Empero, lo que es singular en el presente caso es el tiempo de privación procesal de la libertad: ya alcanza cerca de los catorce meses. Como el plazo ordinario de la prisión preventiva, en estos casos, es de nueve meses (artículo 272, apartado 1 del Código Procesal Penal), es evidente que ya venció (se dictó el veinte de enero de dos mil dieciséis) –no cabe tomar en cuenta la mitad de la pena impuesta, porque la consecuencia de amparar el recurso de casación es la anulación de las sentencias de mérito, luego, la causa debe retrotraerse a la etapa de investigación preparatoria–. Rige para esta solución, el artículo 273 del citado Código, que es del caso aplicar.

DECISIÓN



Por estas razones: **I. Declararon FUNDADO** el recurso de casación por quebrantamiento de precepto procesal interpuesto por la defensa del encausado **MAXIMILIANO BENITES RODRÍGUEZ** contra la sentencia de vista de fojas ochenta y tres, de veintidós de junio de dos mil dieciséis, que confirmando la sentencia de primera instancia de fojas treinta y tres, de quince de febrero de dos mil dieciséis, lo condenó como autor del delito de violación sexual de menor de edad en agravio de M.B.A.A. a cadena perpetua y tratamiento terapéutico, así como al pago de cinco mil soles por concepto de reparación civil; con lo demás que contiene. En consecuencia: **NULA** la sentencia de vista recurrida e **INSUBSISTENTE** la sentencia de primera instancia; y, reponiendo la causa al estado que le corresponde: declararon **SIN EFECTO** todo lo actuado en esta causa desde el auto de incoación del proceso inmediato de fojas doce, de veintiuno de enero de dos mil dieciséis, inclusive, sin perjuicio de la validez de la prueba documental, los informes o dictámenes periciales, las diligencias objetivas e irreproducibles, y, en lo pertinente, de las actas que contienen las diligencias preliminares.



II. ORDENARON se siga la causa conforme al proceso común y se remitan los actuados a la Fiscalía Provincial para la emisión de la Disposición de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria. **III. DECRETARON** la inmediata libertad del encausado MAXIMILIANO BENITES RODRÍGUEZ por vencimiento del plazo de duración de la prisión preventiva; y, de conformidad con el artículo 273 del Código Procesal Penal, **ESTABLECIERON** que el citado encausado (i) no se comunique con la agraviada y su familia; (ii) no se ausente de las provincias de Sullana y Piura sin autorización del Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria competente; y, (iii) se presente el último día hábil de cada mes al referido Juzgado, personal y obligatoriamente, para informar y justificar sus actividades; oficiándose a quien corresponda para su excarcelación, que se ejecutará siempre y cuando no exista mandato de detención o prisión preventiva emanado de autoridad competente. **IV. DISPUSIERON** que la presente sentencia casatoria se lea en audiencia pública; y, acto seguido, se notifique a todas las partes personadas en esta sede Suprema. **V. MANDARON** que cumplidos estos trámites se devuelva el proceso al órgano jurisdiccional de origen, y se archive el cuadernillo de casación en esta Suprema Corte. Intervienen las señoras Juezas Supremas Luz Sánchez Espinoza y Zavina Chávez Mella por vacaciones de los señores Jueces Supremos Víctor Prado Saldarriaga y Jorge Luis Salas Arenas, respectivamente.

Ss.

SAN MARTÍN CASTRO

BARRIOS ALVARADO

PRÍNCIPE TRUJILLO

SÁNCHEZ ESPINOZA

CHÁVEZ MELLA

CSM/mt

4. Casación N° 1130-2017/ San Martín



CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N.º 1130-2017
SAN MARTÍN



Sumilla. Procede el proceso inmediato.

i) El caso se subsume dentro de la figura de la flagrancia. ii) se cuenta con prueba evidente, que ha sido debidamente compulsada y motivada por el órgano jurisdiccional; y iii) la defensa, al inicio del juicio oral, no ofreció nuevos medios probatorios que desacrediten el acervo probatorio recabado.

Lima, nueve de agosto de dos mil dieciocho

VISTOS: en audiencia privada, el recurso de casación en relación con la causal contenida en el inciso uno del artículo cuatrocientos veintinueve, interpuesto por la defensa técnica del sentenciado **Álex Fernando Vela Pérez** contra la sentencia de vista expedida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de San Martín, de fecha cinco de junio de dos mil diecisiete, de foja doscientos veinticinco, que confirmó la sentencia de primera instancia que lo condenó como autor del delito de violación sexual de menor de diez años de edad; con lo demás que contiene. Intervino como ponente el señor juez supremo Neyra Flores.

FUNDAMENTOS DE HECHO

I. Del itinerario de la causa en primera instancia

Primero. El encausado Álex Fernando Vela Pérez fue procesado penalmente con arreglo al Código Procesal Penal-Decreto Legislativo número novecientos cincuenta y siete.

Segundo. El señor fiscal de la Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa del Alto Amazonas-Yurimaguas, mediante disposición del



veintiocho de agosto de dos mil dieciséis, obrante a foja uno del cuaderno de debate, formuló requerimiento de proceso inmediato en contra de Álex Fernando Vela Pérez por la presunta comisión del delito contra la libertad sexual-violación sexual de menor de edad en grado de tentativa, en agravio de la menor de iniciales D. M. N. R.

En la misma audiencia única de incoación del proceso inmediato –conforme al acta de foja trece–, se debatió también el requerimiento fiscal de prisión preventiva contra el citado encausado Vela Pérez. El juez de la investigación preparatoria, por auto –no impugnado– de foja catorce, del veintinueve de agosto de dos mil dieciséis, declaró fundado el requerimiento de prisión preventiva por el plazo de nueve meses, que venció el veintisiete de mayo de dos mil diecisiete; así como aprobó el requerimiento de incoación de proceso inmediato.

Tercero. La nombrada Fiscalía, con fecha treinta y uno de agosto de dos mil dieciséis, emitió acusación-proceso inmediato de foja veinticinco, integrada a foja cincuenta y dos, en contra de Álex Fernando Vela Pérez como autor del delito contra la libertad sexual-violación sexual de menor de edad consumado, en agravio de la menor de iniciales D. M. N. R.

Se imputó al acusado haber abusado sexualmente de la citada menor el día veintisiete de agosto de dos mil dieciséis. Los hechos fueron puestos a conocimiento de los efectivos policiales mediante la denuncia verbal realizada por la abuela de la menor agraviada, Rosa Violeta Pastor Tecco, donde comunicó la desaparición de su nieta, y que ciudadanos del lugar le habían informado que un sujeto había interceptado a dicha menor y la había trasladado hacia el malecón Shanusi del lugar donde se encontraba.

Luego, tras la intervención del imputado Álex Fernando Vela Pérez en flagrancia delictiva el día veintisiete de agosto del dos mil dieciséis, a



las veintidós horas aproximadamente, y la realización de diversas diligencias preliminares, refirió que se había constatado que el imputado vulneró la indemnidad sexual de la menor agraviada, a quien le ocasionó lesiones genitales y extragenitales, tras llevarla inicialmente con dirección al malecón Shanusi, luego de interceptarla a ella y a su hermano de cinco años de edad en inmediaciones del Puerto Garcilaso, en Yurimaguas.

Cuarto. El Cuarto Juzgado Penal Colegiado Supranacional de San Martín, mediante sentencia de fecha veinte de septiembre de dos mil dieciséis, de foja ciento quince del cuaderno de debate, condenó al acusado Álex Fernando Vela Pérez como autor del delito de violación sexual de menor de diez años, en agravio de la menor de iniciales D. M. N. R., le impuso la pena de cadena perpetua y fijó en cincuenta mil soles el monto que por reparación civil abonará el sentenciado a favor de la parte agraviada. Esta fue apelada por la defensa técnica del procesado mediante escrito del veintisiete de septiembre de dos mil dieciséis, de foja ciento sesenta y dos.

II. De la decisión en segunda instancia

Quinto. La Sala Penal de Apelaciones de San Martín-Tarapoto, mediante sentencia de vista del cinco de junio de dos mil diecisiete, de foja doscientos veinticinco, declaró infundada la apelación y confirmó la sentencia condenatoria de primera instancia, sosteniendo que:

5.1. Ha quedado acreditado con la declaración testimonial del menor de iniciales D. N. R. y de José Inuma Chanchari que el día veintisiete de agosto de dos mil dieciséis el acusado fue visto en horas de la tarde cerca del lugar donde se encontraba jugando la menor agraviada; y el segundo de los testigos vio cuando el acusado se llevó a la menor, con el pretexto de invitarle gaseosa.



- 5.2.** El procesado no ha logrado acreditar que ese día, en horas de la tarde, se encontraba en compañía de su conviviente y sus parientes; pues doña Rocío Ramírez Martell, conviviente y testigo de descargo del acusado, ha señalado que el día antes referido, a las diez horas, se dirigió con el acusado a la casa de su tío Alejandro Vela, donde luego de una hora lo dejó tomando cerveza para irse a trabajar, y salió de su trabajo a las dieciséis horas; luego fue nuevamente a la casa de su tío, quien le indicó que minutos antes el acusado se había retirado, por lo cual retornó a su domicilio a las diecisiete horas con treinta minutos. Asimismo, don Alejandro Vela García, tío y testigo de descargo del acusado, ha referido que al procesado lo vio el día veintisiete de agosto hasta las doce horas con treinta minutos, aproximadamente, y después no lo volvió a ver. Ello significa que las versiones de los testigos de descargo desvirtúan la tesis del acusado, quien aseveró que en horas de la tarde del día veintisiete de agosto estuvo con estos familiares.
- 5.3.** De autos existen suficientes elementos probatorios que acreditan no solamente la comisión del delito de violación de menor de edad, sino también la responsabilidad penal del acusado; y, con relación a las supuestas contradicciones en que habrían incurrido los testigos respecto al color de la indumentaria que vestía el acusado el día de los hechos, la Sala Superior considera que dicha circunstancia no es relevante, ya que todos los testigos, tanto de cargo como descargo, describen la misma indumentaria, esto es, polo, bermudas y zapatillas; pero con un matiz de color diferente en alguna prenda, lo que de ninguna manera puede restarles veracidad respecto al núcleo de las imputaciones.
- 5.4.** Respecto a la alegación del acusado de que minutos antes de su intervención policial había sustraído un celular por inmediateces



de las calles Comercio y Sargento Lores, no existe vinculación respecto al hecho ilícito suscitado. El Colegiado comparte lo expuesto en la sentencia de primera instancia en el sentido de que esta aseveración del acusado es una coartada sin sustento probatorio, pues no ha presentado medio probatorio alguno que corrobore su versión; muy por el contrario, al declarar en primera y segunda instancia, el acusado recurrente señaló que no existe denuncia o documento alguno sobre este supuesto hurto de un teléfono celular; tesis del acusado que no se condice con su declaración cuando refiere que el propietario del celular, junto con sus amigos, lo persiguieron y posteriormente fue capturado por la policía; fundamentos por los cuales debe desestimarse este agravio.

- 5.5.** El certificado médico legal no vincula directamente al procesado como la persona que ha participado en este hecho ilícito; sin embargo, constituye un elemento periférico que, junto con las demás pruebas actuadas en juicio oral, permite tener la certeza de que el acusado es el responsable de la comisión del delito procesado.
- 5.6.** Se está ante un caso de flagrancia, pues el acusado fue descubierto por la testigo Mercedes Natividad Armas Saboya cuando bajaba con la menor sujetándola de la mano, momentos posteriores a haberse cometido el ultraje sexual y, al ser sorprendido, emprendió la fuga para luego ser capturado; conforme esta testigo lo ha referido en el plenario de juicio oral de primera instancia y se lo ha increpado directamente al ser sometida a un careo con el acusado, quien se limitó a preguntarle cuánto le habían pagado.
- 5.7.** Además, se tienen las declaraciones de otros testigos que corroboran y sustentan los hechos ocurridos.



- 5.8. Los antecedentes que el procesado registra por violación sexual de menor de edad han sido considerados para efectos de contemplar la reincidencia y así determinar la pena.

III. Del trámite del recurso de casación

Sexto. La defensa técnica del acusado Álex Fernando Vela Pérez interpuso recurso de casación mediante escrito de foja doscientos cincuenta y cinco, invocando como causales las previstas en los incisos tres y cuatro del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal, referidos respectivamente a: **i)** si la sentencia importa una indebida aplicación, una errónea interpretación o una falta de aplicación de la ley penal o de otras normas jurídicas necesarias para su aplicación y **ii)** si la sentencia ha sido expedida con falta o manifiesta ilogicidad de la motivación, cuando el vicio resulte de su propio tenor.

Séptimo. El recurrente fundamentó sus causales de admisibilidad alegando que:

- 7.1. La Sala Superior contraviene el debido proceso, la motivación suficiente y los principios de oralidad e inmediación procesal cuando erradamente consideró que los hechos alegados solo se pueden basar en el extremo del escrito de apelación, pues la parte apelante tiene la oportunidad de expresar sus agravios con mayor amplitud en audiencia de apelación.
- 7.2. Considera que la Sala Superior no ha motivado debidamente su decisión, pues no se ha acreditado con medio de prueba idóneo su responsabilidad en los hechos descritos en la imputación fiscal.
- 7.3. En ninguna circunstancia ha interceptado a la menor agraviada ni la ha trasladado al malecón Shanusi para abusar sexualmente de ella, pues el horario del acta emitida por autoridad competente



no se condice con la hora de los hechos, lo que demuestra que no fue intervenido inmediatamente en el lugar de los hechos.

- 7.4. Minutos antes de su intervención policial había sustraído un teléfono celular a un muchacho que transitaba por la vía pública en la ciudad de Yurimaguas. Los testigos presenciales, Juan José Inuma Chanchari, Mercedes Natividad Armas Saboya y el menor de cinco años de edad identificado con iniciales D. N. R., no describen en forma coherente y verosímil la participación y responsabilidad del encausado en los hechos atribuidos.
- 7.5. No se han practicado pruebas biológicas a fin de determinar con objetividad su responsabilidad en los hechos. Lo sentencian solo con el Certificado médico legal número cero cero cero ochocientos cincuenta y cinco, de fecha cinco de septiembre de dos mil dieciséis.
- 7.6. La declaración efectuada por el menor de cinco años de edad identificado con iniciales D. N. R., hermano de la menor, está viciada, pues entra en contradicciones.
- 7.7. No debió haberse aplicado el proceso inmediato, ya que, al tratarse de una vulneración a la intangibilidad sexual de una menor, aunada a la gravedad de la pena, debió verse en el fuero común, a efectos de que se logre precisamente esclarecer los hechos submatéria de análisis y se llegue a la verdad material.

Octavo. Cumplido el trámite de traslado a las partes procesales, esta Suprema Sala, atendiendo a que el Colegiado de Segunda Instancia confirmó la condena impuesta por el Juzgado de Primera Instancia dentro de un proceso inmediato, sin considerar que el Acuerdo Plenario Extraordinario número dos-dos mil dieciséis/CIJ-ciento dieciséis restringió ese tipo de procesos a delitos comunes que no revisten una especial necesidad de actividad probatoria, y advirtiéndose la posible violación



de la garantía del proceso predeterminado por la ley, mediante ejecutoria suprema de fecha primero de diciembre de dos mil diecisiete, a foja cuarenta y dos del cuadernillo formado en esta Corte Suprema, en uso de sus facultades, declaró bien concedido el recurso de casación –atendiendo a que el juez conoce el derecho– por la causal prevista en el inciso uno del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal, referido a la inobservancia de la garantía del proceso predeterminado por la ley.

Noveno. Deliberada la causa en secreto y votada el día de la fecha, esta Suprema Sala cumple con pronunciar la presente sentencia de casación, cuya lectura en audiencia privada –con las partes que asisten– se realiza por la Secretaría de hoy.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. Del motivo casacional

Primero. Conforme ha sido establecido por la ejecutoria suprema de foja cuarenta y dos del cuaderno formado en esta Corte Suprema, el motivo de casación admitido es: **i) determinar si la sentencia de vista ha inobservado la garantía constitucional del proceso predeterminado por ley y, por tanto, si correspondía dilucidar los cargos contra el encausado Álex Fernando Vela Pérez en el proceso inmediato.**

Segundo. La Constitución Política del Estado, en su artículo ciento treinta y nueve, inciso tres, consagra la observancia del principio del debido proceso y la tutela jurisdiccional. Al respecto, el Tribunal Constitucional, en el Expediente número cero cero treinta y dos-dos mil cinco-PHC-Junin, señaló que dicho principio “garantiza al justiciable, ante su pedido de tutela, el deber del órgano jurisdiccional de observar el debido proceso y



de impartir justicia dentro de los estándares mínimos establecidos por los instrumentos internacionales". Y, conforme lo refiere el tercer párrafo del artículo cuatro del Código Procesal Constitucional, "se entiende por tutela procesal efectiva aquella situación jurídica de una persona en la que se respetan, de modo enunciativo, sus derechos [...], **a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada ni sometido a procedimientos distintos de los previstos por la ley [...]**". De manera que el **proceso predeterminado por ley** se trata de una garantía que deriva del principio del debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva, e imprime una exigencia al órgano jurisdiccional respecto a dar al proceso la sustanciación que se encuentre prevista en la ley.

Tercero. La resolución que aprobó el requerimiento de la Fiscalía Provincial de incoación de proceso inmediato no fue recurrida por el imputado. Sin embargo, cuando se cuestiona –como en el presente caso– la licitud de la concreta incoación del proceso inmediato, no es posible aplicar la preclusión de aquel momento procesal. No se puede hablar de convalidación y saneamiento procesal, pues no caben cuando el vicio procesal configura una nulidad absoluta o insubsanable, que comprometen derechos y garantías fundamentales (artículo ciento cincuenta, literal d, del Código Procesal Penal), y solo serían posibles cuando no se observan las formalidades previstas en la ley para el desarrollo de un acto procesal.

Cuarto. Que, según el auto de incoación del proceso inmediato de foja catorce, del veintinueve de agosto de dos mil dieciséis, se declaró procedente ese proceso especial porque se estimó que el imputado Álex Fernando Vela Pérez fue detenido en flagrancia delictiva. La Fiscalía Provincial acompañó a estos efectos, en su requerimiento del veintiocho de agosto de dos mil dieciséis a foja uno, el acta de denuncia verbal de fecha veintisiete de agosto de dos mil dieciséis, el acta de intervención policial del veintisiete de agosto de dos mil



dieciséis, las declaraciones del menor de iniciales D. N. R. y de Juan José Inuma Chanchari, el acta de reconocimiento en rueda y el reconocimiento médico legal.

Quinto. A fin de determinar si correspondía dilucidar los cargos contra el encausado Álex Fernando Vela Pérez en un proceso célere y abreviado como el inmediato, es menester señalar aquí algunas actuaciones que se llevaron a cabo en el proceso, sin que esto afecte el principio de inmediación, pues, de conformidad con la Casación número cero cinco-dos mil siete-Huaura, emitida por la Sala Penal Permanente, de fecha primero de agosto de dos mil siete:

Existen “zonas abiertas”, accesibles al control [...], que pueden ser fiscalizados a través de las reglas de la lógica, la experiencia y los conocimientos científicos. En consecuencia, el relato fáctico que el Tribunal de Primera Instancia asume como hecho probado, no siempre es inconvencible, pues: **a)** puede ser entendido o apreciado con manifiesto error o de modo radicalmente inexacto –el testigo no dice lo que menciona el fallo–; **b)** puede ser oscuro, impreciso, dubitativo, ininteligible, incompleto, incongruente o contradictorio en sí mismo; o **c)** ha podido ser desvirtuado por pruebas practicadas en segunda instancia.

Sexto. Al respecto, se deben precisar los siguientes datos importantes:

6.1. En el Acta de denuncia verbal número ciento cincuenta y siete-dos mil dieciséis-SEINCRI-CPNP-YGS, de fecha veintisiete de agosto de dos mil dieciséis, de foja cuarenta y ocho, realizada a las veinte horas, consta que la abuela de la menor agraviada puso en conocimiento que esta se había perdido. Señaló que, al llegar al Puerto Garcilaso, encontró a Juan José Inuma Chanchari, quien le indicó que pudo observar que en el frontis del almacén jugaban unos niños, y entre ellos se encontraba la menor; que en la escalinata se encontraba un individuo sentado, quien vestía polo



blanco, era de estatura mediana, contextura delgada y hablaba por teléfono.

- 6.2. El Acta de intervención policial S/N-dos mil dieciséis-DIRNOP-REGPOL-SM-T/DIVPOL-AA/SECUNEME-ciento cinco-YGS, de fecha veintisiete de agosto de dos mil dieciséis, de foja cuarenta y ocho-A, en la que consta que el procesado Álex Fernando Vela Pérez, al percatarse de la presencia policial, se dio a la fuga, pero fue intervenido en la intersección de las calles Comercio y Arica.
- 6.3. El acta de reconocimiento en rueda de personas con participación del Ministerio Público, del veintiocho de agosto de dos mil dieciséis, de foja cuarenta y ocho-C, donde consta que Juan José Inuma Chanchari, al ponérsele al frente cinco personas numeradas del uno al cinco, pudo reconocer al individuo al que vio subir por las gradas de la calle malecón Shanusi con la menor, que es el signado con el número tres, esto es, Álex Fernando Vela Pérez.
- 6.4. Declaración del menor de iniciales D. N. R., de cinco años de edad, a foja cuarenta y siete del expediente judicial, quien refirió ser hermano de la menor agraviada. Señaló que se encontraba jugando con ella en la escalinata; luego llegó un señor que se llevó a su hermana a comprar gaseosa y le dijo: "No me sigas, ahorita vamos a venir", por lo que no los siguió; se la llevó de la mano. Describió que aquel hombre tenía cabello crespo; no era tan alto, flaco; y vestía un polo celeste, una bermuda medio negra y zapatillas.
- 6.5. Declaración del testigo José Inuma Chanchari, a foja cuarenta y uno del expediente judicial, en la que señaló que el día de los hechos estaba trabajando y, al salir un momento del almacén para refrescarse, vio a un joven que pasó cerca de él, se sentó a unos quince metros, sacó un celular blanco y comenzó a



conversar; mientras lo hacía, miraba a los niños que se encontraban por ahí. Esta persona medía un metro con sesenta centímetros, aproximadamente, era trigueño, crespo y vestía una bermuda de color crema y un polo blanco a rayas.

- 6.6. Certificado médico legal número cero cero cero ochocientos ochenta y cinco-G, de fecha cinco de septiembre de dos mil dieciséis, a foja cincuenta y cuatro del cuaderno de debate, suscrito por la médico legista Nanja Napanga Hilario, donde se establece como conclusión: "Desgarro perineal de grado III y lesiones ocasionadas por superficie áspera en miembro inferior izquierdo".
- 6.7. Protocolo de pericia psicológica número novecientos catorce-dos mil dieciséis-PSC, de fecha nueve de septiembre de dos mil dieciséis, suscrito por Juan Quiliche Vargas, practicado a la menor agraviada, donde se evidenció el grado de afectación psicológica de la menor agraviada.
Asimismo, se tienen estos elementos:
- 6.8. Declaración de la testigo Rosa Violeta Pastor Tecco, abuela de la menor agraviada, que obra a foja cuarenta y tres del expediente judicial, quien refirió haber realizado la denuncia. Una vez que se enteró de que la niña apareció, fue a la comisaría, donde una señora le contó que el procesado la estaba trayendo de la mano, la hizo bajar por las escaleras y que la niña estaba toda mojada. Su nieto señaló que vio a aquel hombre cuando agarraba de la mano a la menor y le dijo: "Vamos".
- 6.9. Declaración de Mercedes Natividad Armas Saboya, que obra a foja cuarenta y cinco del expediente judicial, quien refirió que el mismo día de los hechos, a las veintiún horas aproximadamente, cuando se encontraba en el interior de su domicilio sentada mirando hacia la calle, vio a una persona de sexo masculino junto a una menor de sexo femenino, que tenía las características de la



niña desaparecida; entonces se levantó y se paró en la puerta a mirar a dónde se dirigía dicha persona junto con la menor. El hombre se paró en una zona oscura e hizo señas para que la menor se fuera. Cuando la vio, el hombre comenzó a correr, pero al haber sido alertados los vecinos y la policía, minutos después fue detenido.

- 6.10.** Careo entre el procesado Álex Fernando Vela Pérez y la testigo Mercedes Natividad Armas Saboya, quien sostuvo que el acusado llevaba de la mano a la menor agraviada.

Estos son los hechos procesales relevantes y definidos en las sentencias de mérito. Por ende, sobre esa base es que debe examinarse si correspondía o no el proceso inmediato, y si en su actuación se vulneraron derechos básicos de carácter procesal del imputado, al punto de que las sentencias de condena emitidas no pueden sostenerse por carecer de eficacia procesal.

Séptimo. El Acuerdo Plenario Extraordinario número dos-dos mil dieciséis/CIJ-ciento dieciséis, en su fundamento jurídico diez, establece que el proceso inmediato no debe aplicarse a delitos especialmente graves, en la medida en que puede demandar un esclarecimiento más intenso alejado del concepto de "mínima actividad probatoria". En este caso, nos encontramos ante un delito especialmente grave, sancionado con la pena más grave del sistema penal, esto es, la cadena perpetua. Sin embargo, no es suficiente la cuantía de la pena para determinar la no incoación del proceso inmediato, sino que también se requiere observar lo prescrito en el artículo cuatrocientos cuarenta y seis del Código Procesal Penal, el cual refiere que el proceso inmediato procederá cuando:



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.

Es del caso analizar los supuestos establecidos en los numerales a y c.

Octavo. El dispositivo antes citado nos remite al artículo doscientos cincuenta y nueve del citado código, que en su inciso tercero, dispone que existe flagrancia, y permite la detención por la policía cuando:

3. El agente ha huído 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.

Noveno. Respecto al Acuerdo Plenario número dos-dos mil dieciséis/CIJ-ciento dieciséis, fundamento jurídico ocho-A, sobre proceso inmediato, se ha pronunciado la Primera Sala Penal Transitoria en la Casación número ochocientos cuarenta y dos-dos mil dieciséis, señalando que:

La **flagrancia** es una institución procesal de carácter instrumental o medial, a cuyo amparo se autoriza que la autoridad penal pueda realizar determinados actos de limitación de derechos fundamentales (medidas de coerción o medidas instrumentales restrictivas de derechos) con fines de investigación del delito y, en su caso, poder instaurar procedimientos simplificados que dan lugar a una decisión célere. El delito flagrante es lo opuesto al delito clandestino; y, como tal, debe cometerse públicamente y ante testigos. Requiere que la víctima, la policía o un tercero presencien la comisión del delito en el mismo momento en que se perpetra (evidencia o percepción sensorial del hecho delictivo), y que ante la



realización de la infracción penal surja la necesidad urgente de la detención del delincuente para poner coto a la comisión delictiva, cortar o evitar mayores efectos lesivos de la conducta delictiva o impedir la fuga del delincuente. La inmediatez que ello implica hace patente el hecho delictivo –la flagrancia se ve, no se demuestra– y su comisión por el detenido, de suerte que como existe una percepción directa y sensorial del delito, excluye de por sí toda sospecha, conjetura, intuición o deducción. Se asume, por ello, que todos los elementos del hecho están presentes y que no cabe elaborar un proceso deductivo más o menos complejo para establecer la realidad del delito y la participación del detenido.

Décimo. Conforme al artículo doscientos cincuenta y nueve, inciso tres, del Código Procesal Penal –que reconoce la denominada *cuasi flagrancia*–, se exige que, cuando el sujeto activo logra huir de la escena del delito, deba ser reconocido o identificado por la propia víctima, por la policía o, en todo caso, por un testigo presencial. Este último –órgano de prueba– debe haber observado directamente –a través de sus sentidos– la comisión de un delito y exponer acerca de ello. No podría cumplir con este requisito un testigo de oídas¹ o de referencia, cuya información es indirecta.

Undécimo. El Acuerdo Plenario número dos-dos mil dieciséis/CIJ-ciento dieciséis ha señalado que, en la medida en que exista, con claridad y rotundidad, **prueba evidente o evidencia delictiva** y simplicidad, la vía del proceso inmediato estará legitimada constitucionalmente. Esta “prueba evidente” o “evidencia delictiva” se define a partir de tres instituciones: delito flagrante, confesión del imputado y delito evidente. El delito evidente no tiene una referencia legislativa específica; sin embargo, con arreglo a su acepción literal, un delito evidente es aquel

¹ JAUCHEN, Eduardo M. *Tratado de la prueba en materia penal*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2004, p. 289.



cierto, claro, patente y acreditado sin la menor duda. 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.

Duodécimo. Al respecto, San Martín Castro refiere que:

Debe existir en la causa, con independencia de la posición procesal del imputado y como consecuencia de las diligencias preliminares, datos sólidos que produzcan convicción razonable de la realidad del delito y de la vinculación del imputado con su comisión. Desde luego, se trata de un estado de conocimiento del hecho, que no se preste a polémicas fundadas o que adolezca de ciertas lagunas que determine la necesidad de actos de investigación adicionales o de corroboración².

Así también Herrera Guerrero:

En sede de incoación del proceso inmediato no es posible contar con certeza. La plena convicción acerca de la realización del hecho delictivo así como la intervención del imputado recién se adquiere en el juicio oral, después de la actuación de la prueba. De modo que la categoría del “delito evidente” solo puede referirse a la probabilidad alta sobre el hecho aparentemente delictivo. Afirmar que ya en sede de diligencias preliminares, o incluso en otras etapas (investigación preparatoria propiamente dicha y etapa intermedia) se cuenta con ese “conocimiento indudable”, significa desconocer la citada distinción entre actos de prueba y de investigación, la misma que constituye un aspecto básico de nuestro proceso penal reformado³.

² SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho procesal penal. Lecciones*. Lima: INPECCP, 2015, p. 805.

³ HERRERA GUERRERO, Mercedes. “El carácter excepcional del proceso inmediato en el Decreto Legislativo N.º 1194”. En: *El proceso inmediato*. Lima: Instituto Pacífico, 2017, pp. 110-111.



Decimotercero. En el presente caso, la testigo Mercedes Natividad Armas Saboya, de diecinueve años, vio cuando el procesado caminaba de la mano con la menor agraviada cerca de las veintidós horas, con señales en sí mismo y en su vestido que indicaban que se trataba de la persona que había sustraído a la menor.

Decimocuarto. En el caso se tiene: **i)** la versión del testigo José Inuma Chanchari, quien vio cómo el procesado observaba a la menor agraviada con una actitud sospechosa minutos antes de que esta desapareciera; **ii)** la declaración del menor de iniciales D. N. R., de cinco años de edad -hermano de la menor agraviada-, quien presenció el momento en el cual el procesado se llevaba a su hermanita del lugar donde se encontraba jugando con los demás niños, bajo la excusa de ir a comprar gaseosa; **iii)** el testimonio de la abuela de la menor, doña Rosa Violeta Pastor Tecco, donde precisó las circunstancias en que se le perdió su nieta y lo que le refirieron los vecinos de la zona; **iv)** la declaración de la testigo Mercedes Natividad Armas Saboya, de diecinueve años de edad, que evidenció el momento en el cual el procesado devolvía a la menor al Puerto Garcilaso.

Todas estas declaraciones expresaron el hecho de que el procesado sustrajo a la menor del lugar donde se encontraba, permaneció con ella y, horas más tarde, la devolvió. A su análisis y valoración se tienen que sumar las conclusiones del certificado médico legal, esto es, el desgarramiento perineal de grado III y las lesiones ocasionadas por superficie áspera en miembro inferior izquierdo, lo que, según la declaración del perito en juicio oral, a foja ciento veintisiete, quiere decir:

El periné es la región entre la vulva y el ano. [...] Estamos hablando de una niña de tres años, tenemos que su anatomía es así, sus órganos no están preparados para recibir un genital masculino. El hueso púbis no permite el ingreso, entonces lo que va a pasar por la desproporción anatómica, es



que toda la región del periné se va a romper, eso es lo que ha ocurrido con la niña, se ha roto hasta el ano. Debe ser reparado quirúrgicamente, en sala de operaciones. La desproporción anatómica que hemos mencionado, al ingresar en forma violenta un objeto extraño, ocasiona [que] se desgare causando un sangrado profuso, rotura de las estructuras, vejiga, ano, incontinencia fecal, el ano está afectado. Las conclusiones de la pericia a eso se refieren.

Además que se ha de considerar el Protocolo de pericia psicológica número novecientos catorce-dos mil dieciséis-PSC, practicado a la menor agraviada, donde se evidencia el grado de afectación psicológica de esta, pues concluye:

1. Clínicamente, estado de conciencia en desarrollo, acorde a su edad cronológica.
2. Clínicamente, a la actualidad presenta indicadores de proceso de afectación emocional compatible con experiencia traumática de tipo sexual.
3. Presenta reacción a estrés agudo (F43.0), con sintomatología en remisión.
4. Se recomienda tratamiento psicoterapéutico especializado.
5. Continuar brindando apoyo psicológico a menor por institución del estado (Minsa).

Decimoquinto. Si la menor agraviada no brindó declaración alguna, fue por la edad que tenía en aquella fecha y por la afectación física y emocional que había sufrido. Así se evidencia en el Protocolo de pericia psicológica número novecientos catorce-dos mil dieciséis-PSC, sección "II. DATOS DE ENTREVISTA Y OBSERVACIÓN", punto "A. RELATO DEL MOTIVO DE EVALUACIÓN", donde se refiere lo siguiente:

¿Cómo te llamas? (silencio) ¿Te llamas "Dayana Milagros"? (responde de forma gestual, asiente con la cabeza de forma positiva) ¿Cuántos añitos tienes? (hace gestos) ¿Con quién vives? (silencio prolongado) ¿Tu mamá cómo te llama? (silencio) ¿Ella es tu mamá? (asiente con la cabeza en



forma positiva, constantemente la abraza) ¿Te dan tu comidita las señoritas? (hace gestos) [La] menor en todo momento interactúa con estímulos externos (juguetes); responde mayormente de forma gestual a preguntas simples; ante preguntas relacionadas a circunstancias vividas, mantiene una actitud de reserva y muestra un mayor apego a figura materna.

Por ello, aun cuando se cite a la menor agraviada para que concurra a juicio oral, no será posible obtener su declaración.

Decimosexto. Conforme al índice de registro de audiencia única de juicio inmediato, de fecha doce de septiembre de dos mil dieciséis, a foja noventa y nueve, una vez que el Colegiado declaró iniciado el juicio oral y luego de los alegatos de apertura, información de los derechos al acusado y posición de este, el director de debates preguntó a las partes procesales si tenían nuevos medios de pruebas, a lo que la defensa técnica del acusado refirió que no. Lo que demuestra que el acusado no tenía nuevos medios de prueba de descargo.

Decimoséptimo. En el presente caso no se requiere un elaborado y riguroso análisis de la versión de la víctima, pues se cuenta con prueba evidente –referida a los medios de prueba recabados durante la investigación y que han sido detallados en el considerando decimocuarto– que, debidamente compulsada por el órgano jurisdiccional, generó plena certeza de la responsabilidad penal del procesado Álex Fernando Vela Pérez; y es el proceso inmediato la vía correspondiente para su procesamiento por los fundamentos ya esgrimidos, tanto más si la situación jurídica del procesado no es posible de ser cambiada al no tener nuevos medios de prueba que ofrecer y que desacrediten el acervo probatorio recabado, y que es contundente. En consecuencia, no se ha desviado al imputado del procedimiento legalmente preestablecido, ni se



inobservó o vulneró la garantía constitucional del proceso predeterminado por la ley.

DECISIÓN

Por estos fundamentos:

- I. **DECLARARON INFUNDADO** el recurso de casación –por la presunta causal prevista en el inciso uno del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal– interpuesta por el procesado **Álex Fernando Vela Pérez** contra la sentencia de vista del cinco de junio de dos mil diecisiete, emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de San Martín, que confirmó la sentencia de primera instancia del veinte de septiembre de dos mil dieciséis, que lo condenó como autor del delito de violación sexual, en agravio de la menor identificada con las iniciales D. M. N. R., a cadena perpetua; con lo demás que contiene.
- II. **DISPUSIERON** que la presente sentencia casatoria se lea en audiencia privada por la Secretaría de esta Suprema Sala Penal; y, acto seguido, se notifique a todas las partes personadas a la instancia, incluso a las no recurrentes.
- III. **MANDARON** que, cumplidos estos trámites, se devuelva el proceso al órgano jurisdiccional de origen y se archive el cuaderno de casación en esta Corte Suprema.

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO

PRADO SALDARRIAGA

PRÍNCIPE TRUJILLO

NEYRA FLORES

SEQUEIROS VARGAS

NF/ rsm