

REVISTA ELECTRÓNICA

DEL ESTUDIO ORÉ GUARDIA



AÑO I, NÚMERO 1. NOVIEMBRE 2019.





ÍNDICE

3 "Corrupción Mediática"

En la administración de justicia. Especial referencia a la aparición de los juicios paralelos en los casos de prisión preventiva.

– Gerson Camarena Aliaga

32 Compliance

El rol y la importancia del cumplimiento normativo en materia penal en el contexto normativo peruano actual.

– Cecilia Madrid y
Walter Palomino

48 Prueba Traslada

La prueba trasladada en el Código procesal penal peruano de 2004. Lineamientos generales.

– José Luis Rivera Villanueva

70 Plazo de la investigación

Aspectos problemáticos del plazo de las diligencias preliminares y de la investigación preparatoria.

– Fredy Valenzuela Ylizarbe

Temas:

Corrupción mediática
Cumplimiento normativo.
Prueba trasladada.
Plazo de investigación.

Director
Arsenio Oré Guardia

Coordinador
Walter Palomino Ramírez

Autores
Gerson Camarena A.
Cecilia Madrid V.
Walter Palomino R.
José Luis Rivera V.
Fredy Valenzuela Y.

"CORRRUPCIÓN MEDIÁTICA"

Resumen:

En el presente trabajo estudiamos el conflicto que surge entre las actividades periodística y jurisdiccional, así como la proyección de las primeras sobre ciertas conductas de las segundas que, a nuestro juicio, podrían ser catalogadas como actos de corrupción en el mismo seno de la administración de justicia. A fin de corroborar la situación descrita, nos centramos en analizar cómo los medios de comunicación han cubierto, periodísticamente hablando, varios casos penales en los que ha habido pronunciamientos judiciales sobre prisión preventiva. Concluimos con una propuesta de límites concretos entre ambas funciones (periodística y jurisdiccional) y, de este modo, reducir las situaciones o ámbitos en los que puedan desarrollarse actos de corrupción en sede judicial.

Palabras claves:

corrupción, administración de justicia, juicios paralelos, libertades de información y expresión.



Autor: Gerson Camarena Aliaga

**“CORRUPCIÓN MEDIÁTICA” EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA:
ESPECIAL REFERENCIA A LA APARICIÓN DE LOS JUICIOS PARALELOS
EN LOS CASOS DE PRISIÓN PREVENTIVA¹**

***“MEDIATIC CORRUPTION” IN JUSTICE’ S ADMINISTRATION: SPECIAL
REFERENCE TO APPARITION OF PARALLEL JUDGMENTS IN PRISION
PREVENTIVE PRISION CASES***

Gerson W. Camarena Aliaga²

Resumen: En el presente trabajo estudiamos el conflicto que surge entre las actividades periodística y jurisdiccional, así como la proyección de las primeras sobre ciertas conductas de las segundas que, a nuestro juicio, podrían ser catalogadas como actos de corrupción en el mismo seno de la administración de justicia. A fin de corroborar la situación descrita, nos centramos en analizar cómo los medios de comunicación han cubierto, periodísticamente hablando, varios casos penales en los que ha habido pronunciamientos judiciales sobre prisión preventiva. Concluimos con una propuesta de límites concretos entre ambas funciones (periodística y jurisdiccional) y, de este modo, reducir las situaciones o ámbitos en los que puedan desarrollarse actos de corrupción en sede judicial.

Abstract: *In this paper, we present the conflict that arises from the confluence of the journalistic and judicial activities and its projection on certain behaviors that, from our point of view, could be classified as an act of corruption by individuals who lead the process. In order to analyze this situation, we focus on analyzing how the media have covered, several criminal cases in which there has been judicial pronouncements on remand. We conclude with a proposal for specific boundaries that help define both functions (journalistic and judicial) in order to avoid the appearance of possible situations or contexts in which corruption can flourish.*

Palabras claves: corrupción, administración de justicia, juicios paralelos, libertades de información y expresión.

Keywords: *corruption, administration of justice, parallel trials, freedom of information and expression.*

¹ El presente artículo se ha elaborado en base a una ponencia presentada en el IV Congreso de Jóvenes Investigadores en Ciencias Penales organizado por la Universidad de Salamanca (España)

² Doctor *cum laude* por la Universidad Autónoma de Madrid. Docente de Derecho penal y procesal penal en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM), Derecho procesal penal en la Universidad San Ignacio de Loyola y Doctorado en Derechos Fundamentales en la Universidad Norbert Wiener. Asociado del Instituto de Ciencia procesal penal (INCIPP). Miembro honorario consultivo del Taller de Investigación Jurídico-Penal de la UNMSM y Profesor asesor del Centro de estudios e investigación “*Scientia et iuris*”.

1. CORRUPCIÓN Y MEDIOS DE COMUNICACIÓN: LA “CORRUPCIÓN MEDIÁTICA”

Muchos siglos atrás, SÉNECA indicaba que la corrupción es un vicio de los hombres y no de tiempos poder” (citado en González Pérez, 2014, págs. 37). Ello porque la debilidad humana estará siempre presente entre nosotros; siempre puede cometerse errores y, aun cuando el tiempo desarrolle medios que la limiten, el corrupto siempre buscará nuevas vías para jugar e ir en contra del sistema (Martín Martín, 1999, pág. 111). La corrupción existirá, por tanto, en la conducta de los hombres, independientemente de las medidas que se vayan desarrollando en relación al tiempo y modernidad en que vivimos.

En cuanto al concepto de corrupción, MARTÍN MARTÍN expone la dificultad en brindar una definición del mismo, ello en razón de que –a su criterio– la noción de corrupción se encuentra compuesta de figuras varias (1999, pág. 112 / Díaz y García Conlledo, 2004, pág. 148). No obstante, podemos establecer algunas aproximaciones.

Una *primera aproximación* a un concepto de corrupción podría derivarse de su innegable vínculo con el *poder*. En efecto, si bien suele afirmarse que la corrupción es tan vieja como el hombre mismo, es más preciso decir que la corrupción existe “desde la aparición del poder” (González Pérez, 2014, págs. 37-38). Visto ello así, podemos hablar de corrupción en distintos ámbitos, como el económico, político, jurídico, etc., justamente porque existe un poder económico, político, jurídico, etc. En suma, es perfectamente comprensible hablar en la actualidad de una corrupción generalizada si entendemos que vivimos en una sociedad globalizada.

Puestas así las cosas, es que –desde ya– podemos hacer referencia también a la corrupción en la administración pública y, más concretamente, en la administración de justicia. Esta sería una *segunda aproximación* que nos importaría para elaborar un concepto de corrupción. Importa aquí identificar algunas de sus causas que, entre otros, son: a) la degradación general de los valores en la vida y actividad pública (y privada), en lo político y en el ciudadano, en el administrador y administrado; b) la ausencia de espíritu del servicio público; y c) la confusión de la actividad estatal (actividad pública) con la de grupos políticos de poder, en donde las autoridades no buscan del que actuaron como agentes del mismo.

Se observa entonces que existirá corrupción pública siempre que exista poder (público) que corromper. En igual sentido, y de forma más concreta, existirá corrupción en el sistema de administración de justicia cuando existe una lesión al correcto funcionamiento de la administración de justicia, sin importar quién lo origina (sea un funcionario o particular) (Sánchez Bernal, 2010, pág. 218). Lo importante aquí, es tener en cuenta que la corrupción deriva del incumplimiento de los deberes que la constitución y el resto de normas atribuyen a los funcionarios de la administración pública y, más concretamente, a los de la administración de justicia (Díaz y García Conlledo, 2004, pág. 149).

Así, GARCÍA AÑÓN y PÍA IGLESIAS destacan que la

“corrupción supone una falta de responsabilidad de los profesionales con sus compromisos deontológicos y la trasgresión de la moralidad llevada a cabo por decisores que se encuentran situados en la zona alta de la pirámide jerárquica pública -y por tanto, representan un modelo visible para la ciudadanía- se extiende a la vida social y privada de los ciudadanos que lo mimetizan” (2011, pág. 70).

Ahora bien, es común que los actos de corrupción en el seno de la administración de justicia suelen ser generalmente vinculados con la transferencia de elementos con valor pecuniario a cambio de que un funcionario (de la administración de justicia) se desempeñe en contra de sus deberes y obligaciones para beneficiar a un tercero. Se trata, pues, como señalan los citados autores, de

“un mercado clandestino entre los ámbitos públicos y los ámbitos privados, del que obtienen ventajas los decisores públicos de la Administración de Justicia, por medio de instrumentos cuantitativos y materiales como el intercambio ilegal de dinero para sobornar a jueces, también pueden darse razones cualitativas, como la obtención de privilegios o reconocimiento, o simplemente, evitar críticas” (García Añón & Pía Iglesias, 2011, pág. 71).

Dicho esto, cabe preguntarse –y aquí lo relevante para este trabajo– ¿la actividad de los medios de comunicación sobre procesos penales (juicios paralelos) pueden derivar de algún modo en actos de corrupción por parte de los funcionarios públicos de la Administración de Justicia cuando estos, más allá de cumplir fielmente sus funciones, satisfacen las exigencias de un grupo de opinión pública?

A esta pregunta vamos a responder afirmativamente, pues si entendemos por consecuencia de un acto de corrupción el incumplimiento de un deber público, entonces el juez o cualquier otro sujeto de la administración justicia actúa de forma corrupta cuando, pese a no tener un incentivo económico, obtiene privilegio, reconocimiento o, simplemente, la evasión de críticas a cambio de satisfacer los intereses de un determinado sector o grupo de presión. No tratamos aquí de un intercambio de objetos con valor económico como suele suceder comúnmente, sino de un intercambio de otro tipo de intereses, pero intereses que al fin al cabo corrompen el funcionamiento del sistema judicial que, movidos por la presión de grupos políticos generadores campañas mediáticas, conceden privilegios a cambio de “inmunidad” frente a las posibles críticas que podrían gestarse sobre el desenvolvimiento de sus funciones respecto de un proceso que se viene desarrollando.

Como es de observar, el objeto de estudio es muy amplio, toda vez que las situaciones analizables pueden suceder en cualquier etapa del proceso y, además, los sujetos que participan en el mismo son varios. Es por ello que, a fin de corroborar nuestra hipótesis, vamos a delimitar nuestro análisis a los casos penales que han sido mediatizados por haber tenido en su desarrollo el pronunciamiento del juez, en cumplimiento de su deber (jurisdiccional), sobre una medida cautelar específica: la prisión preventiva.

Para ello, es importante, *en primer lugar*, establecer un concepto adecuado de juicio paralelo; en *segundo lugar*, estudiar brevemente la figura de la prisión preventiva; para luego, en *tercer lugar*, establecer en base a casos concretos la relación funcional y efectos que se ha dado entre un juicio paralelo y la labor jurisdiccional respecto al pronunciamiento de solicitud de prisión preventiva. Por último, proponer criterios específicos que permitan la confluencia desinteresada entre la función periodística y jurisdiccional que, en última instancia, evitarán la aparición de lo que llamaríamos –desde una perspectiva criminológica– actos de corrupción en esta modalidad.

2. LOS JUICIOS PARALELOS

Los medios de comunicación juegan un papel indispensable y, a la vez, peligroso al momento de informar sobre el desarrollo de los procesos.

ROXIN explica que la necesidad de la participación de los medios de comunicación en el proceso penal se fundamenta en el principio de publicidad: “[l]a publicidad, y con ello la sociedad, como titular del poder estatal, debe poder controlar la rectitud procesal y material de las decisiones judiciales y, llegado el caso, criticarlas, evitando con ello el perjuicio que, realmente, podría constituir un proceso secreto, que no pudiera ser examinado o, que al menos se podría suponer con la consiguiente perturbación de la confianza en la justicia” (Roxin, 1999, pág. 73).

Pese a ello, el ya reconocido “cuarto poder” no puede actuar como un mero medio de transmisión de información, sino, por las especiales características que posee –la capacidad de generar opinión pública–, como un verdadero instrumento o pilar dentro del Estado para garantizar la formación del pluralismo político y el mantenimiento de la democracia en la sociedad. Este reconocimiento y función social que se le atribuye a los medios de información permite reconocer en contrapartida la exigencia de responsabilidad y seriedad en el desempeño de la función periodística, tanto al momento de cubrir una noticia, como –y tal vez aquí lo más importante– al de difundirla.

En el ámbito procesal, estas exigencias (hacia la prensa) deben ser interpretadas como el respeto de las instituciones jurídicas (independencia judicial, secreto sumarial, derecho al honor e intimidad, etc.), lo que no resta función crítica a su actividad. Teniendo en cuenta ello, la labor de la doctrina debe consistir, entonces, en establecer límites entre ambas funciones, la periodística y la jurisdiccional. De modo que, por un lado, los medios de comunicación no puedan, bajo la excusa del ejercicio del derecho a la información –tanto en su vertiente activa (derecho a informar) como pasiva (derecho a ser informado)–, cometer atropellos a los derechos de los que vienen siendo procesados –a ser juzgados por un juez independiente, a ser tratado como inocente hasta que se demuestre lo contrario, etc.–; y, por el otro, los órganos jurisdiccionales no puedan, en defensa de su independencia, alegar la restricción de forma absoluta el ejercicio de los derechos a la información y expresión.

Puestas así las cosas, es de comprender que las relaciones entre el poder judicial y los medios de comunicación serán productivas cuando, en un caso concreto, el procedimiento judicial se desarrollan respetando todos los derechos de los sujetos procesales y, además, los medios de comunicación hayan servido de medio transmisor imparcial de lo ocurrido en sede judicial permitiendo el control de la rectitud de la función jurisdiccional. Por el contrario, dichas relaciones no lo serán cuando la prensa, más allá de criticar en mal desempeño de los jueces, elabora campañas mediáticas que intenta presionar o influenciar en la decisión del fallo o conducción del proceso. Desde esta segunda perspectiva, la doctrina estudia los denominados **juicios paralelos** y sus efectos perjudiciales para el correcto desarrollo del proceso.

Los juicios paralelos pueden ser definidos como el **conjunto de informaciones y/o juicios de valor transmitidos por cualquier sujeto capaz de generar opinión –entre ellos, los medios de comunicación– en la colectividad sobre el desarrollo de un proceso (ya sea en la etapa preliminar, de investigación preparatoria o juicio oral) a fin de presionar a los sujetos que participan en ella a asumir o acatar determinados criterios (en su mayoría, no jurídicos) en la conducción del proceso o en la emisión de una sentencia.** Visto ello así, no cabe duda que la aparición de los juicios paralelos contraviene el debido proceso al afectar diversos derechos fundamentales de naturaleza sustantiva y procesal.

En ese mismo sentido, desde una perspectiva constitucional, algunos consideran que los juicios paralelos no se condicen con el correcto ejercicio de las libertades de expresión e información, sino que su formación supone el traspaso de sus límites. De ahí que cierto sector de la doctrina defina también a estos fenómenos como el ejercicio abusivo o exacerbado de los derechos en mención (Cortés Bechiarelli, 2003, pág. 138).

La noción de juicio paralelo presentada –en el primer párrafo de este apartado– amerita realizar algunos matices.

2.1. ¿Quiénes pueden crear los “juicios paralelos”?

En la doctrina, es común atribuir el rol activo en la creación y/o continuación de los juicios paralelos a los medios de comunicación (prensa escrita, auditiva, o audio-visual). Sin embargo, esta atribución no es del todo correcta.

MONTALVO ABIOL, aunque no con la misma intención de identificar a los agentes activos, señala que

“no se puede achacar sólo a los periodistas la existencia de juicios paralelos, pues a ello no son ajenos algunos jueces y fiscales que ayudan a crear en torno a algunos juicios un ambiente enrarecido. Es precisamente lo que Desantes llama “vedettismo” de los jueces, fiscales y agentes judiciales” (2012, págs. 114-115).

El autor critica el papel que desempeñan algunos actores del proceso – en las que se puede incluir a las mismas partes– para promover los juicios paralelos usando como *medio* la prensa. En estos casos, los medios de comunicación no son los agentes activos, sino *instrumentos* para la creación o continuación de la estos juicios, los paralelos.

Consideramos que el criterio que debe regir para determinar la existencia de un juicio paralelo y, de este modo, precisar quiénes pueden ser sujetos activos de esta figura es la *capacidad de generar opinión pública* (Juanes Peces, 2006, pág. 63). En atención a ello, no parece extraño que la doctrina resuelva que los medios de comunicación son –por su especial característica de captar audiencia en masas– los creadores de los juicios paralelos (Hernandez García, 2001, pág. 69 y ss.); sin embargo, como venimos indicando, no son los únicos.

En efecto, al señalar que pueden asumir el rol activo aquellos sujetos que tienen la capacidad de influenciar o generar opinión sobre determinado sector de la población, podemos concluir que no sólo los medios de comunicación pueden fomentar la creación de los juicios paralelos. Como ya adelantábamos, y a modo de ejemplo, el personaje que dirige una campaña planificada y organizada que, a pesar de no contar con la difusión de la prensa, motive el pronunciamiento de un sector de la población respecto al desarrollo o culminación de un proceso ya supone el cumplimiento de esta característica. De igual modo, pueden crear juicios paralelos los mismos sujetos procesales que suelen recurrir de forma continua a los medios de prensa para alegar, más que su inocencia, su disconformidad con el proceso o con quienes lo investigan y/o juzgan. Como indicábamos, en este último ejemplo, los medios de comunicación solo desempeñan un papel instrumental para la creación de los juicios paralelos, por lo que no asumen el rol activo.

Teniendo en cuenta ello, deben excluirse de la consideración de agentes capaces de fomentar la creación o desarrollo de los juicios paralelos a aquellos sujetos que emiten opiniones a un grupo muy reducido, pues, en estricto, no podrían generar una línea de opinión de tal magnitud que suponga una incidencia informal en el proceso.

2.2. ¿En qué etapas del proceso aparecen los “juicios paralelos”?

Para un mejor análisis, es conveniente diferenciar dos momentos o etapas respecto del proceso penal: a) antes del proceso, y b) durante el proceso (desde su inicio hasta su culminación).

Respecto al *primero* (antes del proceso), BARRERO ORTEGA hace bien en señalar que si las investigaciones periodísticas descubren e informan sobre asuntos ilegales que pueden conllevar posteriormente a la apertura de un proceso judicial no habría propiamente un juicio paralelo, pues en estos casos, los medios de comunicación cumplirían con su función constitucional (Barrero Ortega, 2001, pág. 173). Estas acciones

son plenamente legítimas y deben ser fomentadas (Montalvo Abiol, 2012, pág. 113).

Sin embargo, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA advierte que en muchos casos los agentes activos (entre ellos, los medios de prensa), además de informar sobre los hechos, transmiten a la colectividad su opinión sobre los mismos, permitiendo la formación de líneas opinión y, consecuentemente, posiciones en la colectividad sobre –por ejemplo– la conveniencia de la apertura del proceso e, incluso, –a tan temprana etapa– la responsabilidad del inculgado. Así, el citado autor indica que cuando la información o los juicios de valor son vertidos con carácter previo a la iniciación del juicio verdadero nos encontraremos ante un *juicio previo* y no propiamente ante uno paralelo (2012, pág. 642).

En el *segundo momento* (desde el inicio hasta la culminación del proceso), si la información y/o juicios de valor se producen al tiempo de la celebración de un proceso (López Barja de Quiroga, 2012, pág. 642) y en una vía alternativa heterodoxa al mismo (Cortés Bechiarelli, 2003, págs. 140-141) estaremos frente a un *juicio paralelo*, lo que supone desde ya que éste podría formarse en las etapas preliminar, de investigación preparatoria y de juicio oral.

Evidentemente, el momento de la emisión de la información y/o juicio de valor *per se* no determina la existencia de la figura estudiada, sino que es necesario además que presente determinadas características, las cuales se vinculan al ejercicio de los derechos de información y expresión.

2.3. Los juicios paralelos y su relación con los derechos de información y expresión

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA hace bien en señalar que “una cosa es proporcionar información y otra realizar juicios sobre ella. Es preciso por tanto partir de una primera distinción entre información sobre el hecho [derecho de información] y realización de juicios de valor [derecho de expresión]; el hecho puede ser objeto de prueba mientras que los juicios de valor tienen una demostración más compleja” (López Barja de Quiroga, 2012, pág. 642).

Un sector de la doctrina considera que los juicios paralelos se forman sólo mediante el ejercicio del derecho de expresión, excluyendo de tal posibilidad al derecho de información. Consideran que el derecho de expresión permite formar y transmitir una línea de opinión sobre la actuación de los juzgadores y del proceso mismo, por lo que el derecho de información, al no posibilitar ello, no podría formar un juicio paralelo.

No compartimos esta opinión, pues consideramos que la mera transmisión de información sesgada, fragmentada y descontextualizada también puede crear (en la población) una línea de opinión que cuestione el papel del juez o el desarrollo del mismo proceso (Montalvo Abiol, 2012,

pág. 112). En efecto, tanto el ejercicio de los derechos de información como el de expresión, ya sea de modo independiente o conjunto, tienen la potencialidad de generar opinión pública y, por tanto, juicios paralelos.

De hecho, el problema no radica en el ejercicio de uno o ambos derechos –que, por cierto, conforme a la Constitución es totalmente legítimo–, sino en el modo en que se realiza dicho ejercicio (García Arán & Peres-Neto, 2008, pág. 11). Es por ello que parte de la doctrina considera necesario el establecimiento de parámetros que garanticen el correcto ejercicio de estos derechos, de modo que se puedan prevenir las transmisiones manipuladas o falsas de las informaciones sobre el desarrollo del proceso y los comportamientos de los sujetos procesales.

Ahora bien, la doctrina también ha centrado su atención en explicar que, para formación de los juicios paralelos, las informaciones u opiniones que se transmiten a la colectividad no se rigen generalmente por reglas jurídicas. En efecto, la aparición de un juicio paralelo supone que tanto las informaciones como las valoraciones de los hechos (del desarrollo del proceso o del comportamiento de sus actores) no han sido emitidas bajo el previo análisis de los principios y reglas jurídicas, sino más bien bajo criterios morales, éticos e, inclusive, políticos y económicos³.

Lo indicado motiva preguntarnos lo siguiente: ¿son compatibles los fines de los verdaderos juicios con los que se pueden incardinar en los juicios paralelos? Evidentemente, la respuesta es negativa. Mientras que los fines del proceso penal –al margen de la discusión doctrinaria que existe al respecto– son netamente jurídicos; los del paralelo pueden ser –como acabamos de indicar– políticos, económicos, morales, o de cualquier otra índole no jurídica (Juanes Peces, 2006, pág. 64 / Porter Aguilar, pág. 6).

Lo dicho cobra mayor notoriedad cuando identificamos como agentes activos a los medios de comunicación. En el periodismo, el proceso de construcción de la verdad es mucho más laxo, su obtención se fundamenta en la *lógica*, la *intuición* y otros muchos métodos de arribar al conocimiento; en el periodismo juegan, pues, al contrario de lo que debe imperar en una decisión judicial, las *pasiones* y la *inmediatez* (Porter Aguilar, pág. 4)⁴. Estas cualidades no son exigibles en el

³ Sobre el tema, CORTÉS BECHIARELLI señala que

“(…) la expresión *juicio paralelo* bien puede referirse, no solo al hecho de que el proceso se trate de sustanciar en una sede alternativa heterodoxa, sino, además, con base en unas **normas ignotas y espontáneamente creadas, que huyen de aquellas que han sido promulgadas por los cauces constitucional y legalmente establecidos**” (2003, págs. 140-141). Énfasis añadido.

De hecho, BAUCCELLS LLADÓS y PEREZ-NETO indican que “[e]l debate racional, científico sobre las cuestiones penales [derechos del imputado, fin de la pena, etc.] desaparece para tratar el hecho criminal como si de una crónica de sociedad se tratara” (2008, pág. 151).

⁴ El problema se hace evidente y preocupante cuando se considera que, en base a fines económicos, políticos u otros, el periodismo recurre al todo vale, menos sustraerse al debate de relevancia para el Derecho, un debate en el que ni los propios juristas –como tantas veces ocurre– logran ponerse de acuerdo acerca de cuál es la norma prevista, es por ello que existe los votos particulares; sin embargo, en las opiniones contenidas en reportajes presentados

desarrollo de un proceso judicial –que debe ser caracterizado también por la distancia y el sosiego frente al conflicto–, ni mucho menos son tenidas en cuenta para la fundamentar la sentencia. En cuanto a los fines, está claro que la prensa –en la casi totalidad de los casos– busca el *rating*, por lo que la presentación que genere mayor audiencia será la que genere mayores ingresos. Estos fines o intereses tampoco son exigibles para el desarrollo de un proceso y lo obtenido bajo estos fines en ningún caso podrá ser utilizado para justificar el sentido de una decisión judicial.

De ahí que NIETO GARCÍA recomiende que cada uno (medio de comunicación social, por un lado, y Juez, por el otro) cumpla su oficio y –refiriéndose a los periodistas– no se meta en el de los otros porque, además de hacerlo mal, provoca daños que pueden ser graves⁵. “Bueno es comentar las sentencias, mas si se trata de una crítica legal, es cosa de abogados y no de periodistas” (Nieto García, 2001, pág. 13).

Esta posición es compartida por muchos, y hasta puede parecer justificada si tenemos en cuenta el mal desempeño que vienen realizando medios de comunicación al momento de cubrir noticias sobre el desarrollo de algunos procesos. No obstante ello, dicha posición no puede ser aceptada a cabalidad: si bien los fines y los criterios de trabajo en sendas labores son distintos, ello no puede conllevar a la imposición de una restricción absoluta del ejercicio del derecho constitucional a la información y expresión, más aun si tenemos en cuenta que el derecho a la información constituye –en su vertiente pasiva– un derecho de la colectividad a ser informados de cualquier acontecimiento social y, consecuentemente, de los acontecimientos judiciales (Álvarez Conde, 2008, pág. 465).

La postura que debemos seguir es que las libertades de información y de expresión deben ser limitadas –mas nunca prohibidas–, de modo que eviten las consecuencias negativas que hemos venido mencionando. Y en el caso específico de los medios de prensa, estos límites deben garantizar el correcto y buen desempeño de la función periodística⁶.

Otro elemento que evidencia la formación de los juicios paralelos es que mediante la transmisión de este tipo de informaciones u opiniones –y nos referimos específicamente a las que tratan sobre el desarrollo de un proceso– se busca generar presión a los actores del proceso (jueces, fiscales e inclusive a las mismas partes) para asumir determinados criterios o posturas en sus decisiones⁷. Esta presión puede ser

falsamente como productos del periodismo de investigación ya se ofrece una “salomónica” solución (Cortés Bechiarelli, 2003, pág. 139).

⁵ FERRAJOLI señala que la acción de los medios de comunicación sobre los procesos (sobre todo a los seguidos por delitos de particular interés social) tienen una resonancia pública de carácter aflictivo y punitivo para el reo bastante más temible que las penas (1995, pág. 410).

⁶ BARRERO ORTEGA indica que en la labor de conciliar la libertad de información con otros derechos, la solución, a falta de un precepto concreto que regule los medios de comunicación, se encuentra en el principio de proporcionalidad (Barrero Ortega, 2001, págs. 173-174).

⁷ JUANES PECES indica que para ejercer estas presiones

directamente ejercida por los agentes activos⁸ o –como precisa GARVI CARBAJAL– *indirectamente* cuando la presión se ejerce a través un grupo de opinión-presión de la colectividad previamente influenciado (Garvi Carbajal, 2009, pág. 1106).

Teniendo en cuenta ello, y conforme a lo indicado en el ítem anterior – que el juicio paralelo puede formarse en la etapa preliminar, de instrucción y juicio oral–, la presión puede dirigirse no solo contra el juez de juicio oral, sino también contra el juez instructor e, incluso, el fiscal. En efecto, mediante el juicio paralelo se puede inducir al Juez de juicio oral a fallar en un determinado sentido, o al Juez de Investigación Preparatoria o Fiscal a dirigir la investigación de un modo específico exigiendo la realización de ciertas actuaciones o tildando de innecesarias otras que se vienen practicando (Quesada, 2012, pág. 292).

En este contexto, el juicio paralelo no supone otra cosa que imponer los criterios desarrollados o asumidos por los agentes activos⁹ sobre la forma en que se dirige la investigación o juicio oral, así como sobre los fundamentos que determinarían sentido del fallo.

Lo propio ocurre con los *juicios previos*, en donde el agente busca imponer su opinión sobre la apertura o no de un proceso.

Por último, la doctrina establece como condición que la información u opinión sea transmitida de modo reiterado e insistente por un periodo de tiempo (López Barja de Quiroga, 2012, pág. 647; Montalvo Abiol, 2012, pág. 111; Juanes Peces, 2006, pág. 66). De otro modo, es difícil pensar que se pueda presionar a los sujetos procesales, pues la información y/o opiniones se olvidarían rápidamente frente a las nuevas noticias que se presenten. No negamos que una crítica feroz presentada una sola vez por un medio de comunicación pueda generar opinión pública, pero no es suficiente para consolidar un grupo de presión que logre influir en las decisiones jurídicas dentro del proceso, que justamente es lo que se requiere para considerar creado o formado un juicio paralelo.

En resumen, un juicio paralelo aparece cuando la transmisión de la información y valoración que versa sobre el desarrollo de un proceso judicial, en atención a intereses ajenos al Derecho (*rating*, política, comercio, etc.), se presenta de forma manipulada, recortada, fragmentada, etc., con la finalidad de presionar (forma directa) –o incentivar a la colectividad a hacerlo (forma indirecta)– a los sujetos que dirigen el proceso (Juez de juicio oral, de investigación, fiscal, etc.) a

“vale todo: desde la crítica jurídica o profesional a los profesionales encargados del caso (perfectamente legítima) a la publicación de noticias relativas a la esfera personal, ajenas por tanto, al ámbito profesional, con el solo fin de desprestigiar a quien –a la postre– ha de enjuiciar absolviendo o condenando” (2006, págs. 64-65).

⁸ El Tribunal Supremo español, en la resolución n.º 854/2010, asume la presión mediática es un “elemento *normal* en la actividad judicial” (FJ 12).

⁹ En similares términos, PORTER AGUILAR, pág. 13.

asumir determinados criterios o posiciones sobre el modo o forma en que se debe conducir el proceso. No podemos descartar la posibilidad de que también se creen juicios paralelos para presionar a las mismas partes (actor civil o imputado) y/o demás partícipes procesales (testigos, peritos, etc.) a desempeñar su papel de un modo distinto o, tal vez, más acentuado dentro del proceso.

Visto ello así, los juicios paralelos constituyen verdaderas interferencias al normal desarrollo y culminación del proceso, pudiendo afectar diversas instituciones jurídico penales (los criterios de imputación, determinación de la pena, etc.) y procesales (independencia del juez, debido proceso, etc.). De ahí que consideremos necesario la elaboración de medios que disipen las intenciones de promover, crear o continuar los juicios paralelos, sin que ello suponga una limitación absoluta a los derechos a la libertad de información y expresión.

3. LA PRISIÓN PREVENTIVA: ALCANCES GENERALES

El marco normativo de la prisión preventiva en el CPP 2004 se encuentra compuesto por los arts. 268-285. A efectos de desarrollo del presente trabajo es importante destacar lo siguiente:

Primero, la prisión preventiva es una medida de coerción personal según la cual el órgano jurisdiccional puede dictaminar la privación de la libertad ambulatoria del imputado con el único objeto de asegurar los fines propios del proceso penal.

Segundo, la finalidad de la prisión preventiva responde a la necesidad de asegurar el correcto desarrollo del proceso penal y/o aplicación de la ley penal, el que se concretará en la identificación y neutralización del peligro de fuga y el peligro de entorpecimiento (Oré Guardia, 2016, pág. 121). Dicho de otro modo, la limitación de la libertad ambulatoria (que dispone la medida de la prisión preventiva) no tendrá razón de ser si no es para garantizar la presencia del imputado en las sesiones del proceso en las que se requiera su presencia o evitar que este mismo pueda entorpecer la realización de las investigaciones.

Sobre ello, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sostiene que “se deben desechar todos los demás esfuerzos por fundamentar la prisión durante el proceso basados, por ejemplo, en fines preventivos como la peligrosidad del imputado, la posibilidad de que cometa delitos en el futuro o la repercusión social del hecho, no sólo por el principio enunciado [principio *pro homine*] sino, también, porque se apoyan en criterios de Derecho Penal material, no procesal, propios de la respuesta punitiva” (Informe n.º 86/09, 2009, párr. 84).

Tercero, los presupuestos para la imposición de la prisión preventiva – conforme al art. 268 CPP 2004– son los siguientes:

- a) Apariencia de comisión delictiva (*fumus commissi delicti*), que exige, por un lado, que el hecho imputado debe ser constitutivo de delito, es decir, que la afirmación fáctica alegada por el fiscal debe revestir de un carácter típico, antijurídico y culpable, advirtiendo también el grado de participación en la comisión de los hechos si fueran varios los procesados (Oré Guardia, 2016, págs. 140-141) (elemento normativo); y, por otro, que el estándar de prueba debe encontrarse entre unos límites y máximos, concretamente, debe ser mayor al momento de iniciar el proceso penal –mediante la disposición fiscal de formalización de la investigación preparatoria–, pero a su vez debe ser menor al predominio de razones que puedan justificar una sentencia condenatoria (Oré Guardia, 2016, págs. 144-145) (elemento probatorio).
- b) Prognosis de pena superior a cuatro años; es decir, por opción político criminal, solo se puede disponer la aplicación de prisión preventiva únicamente en los procesos seguidos contra personas investigadas por la comisión de delitos sancionados con pena de cinco años o más. Hay que dejar en claro que con este presupuesto se exige al órgano jurisdiccional realizar una proyección de pena en función de la comisión de los hechos delictivos, según el cual la posible pena a imponer en la sentencia sea superior a cuatro años. Para ello, el juez habrá de tener en cuenta el grado de ejecución del delito, las reglas aplicables en los casos de concurso de delito o de leyes, el grado de participación, la existencia de alguna causal de responsabilidad restringida, alguna circunstancia atenuante o agravante, la existencia de algún supuesto de exención de pena, entre otros.
- c) Peligro en la demora (*periculum in mora*); que encuentra expresión en el peligro de fuga y el peligro de entorpecimiento en los actos de investigación. Para acreditar el peligro de fuga, el juez deberá tener en cuenta lo siguiente: a) el arraigo en el país del imputado, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y de sus negocios o trabajo y las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto; b) la gravedad de la pena que se espera como resultado del procedimiento; c) la magnitud del daño causado y la ausencia de una actitud voluntaria del imputado para repararlo; d) el comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro procedimiento anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse a la persecución penal; y e) la pertenencia del imputado a una organización criminal o su reintegración a las mismas. Lo que se pretende con la imposición de la prisión preventiva es, según este primer supuesto, asegurar la presencia del procesado durante el transcurso del proceso a fin de que se puedan desarrollar normalmente las etapas del mismo y, consecuentemente, al final, emitir una sentencia.

Con el peligro de entorpecimiento, en cambio, lo que se pretende obstaculizar la investigación o la debida sustanciación de alguna etapa procesal. El juez considerará peligro de entorpecimiento cuando exista riesgo razonable de que el procesado: a) destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará los elementos de prueba; b) influirá para que

coimputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente; y c) inducirá a otros a realizar tales comportamientos.

Es de precisar que estos tres presupuestos deben concurrir para la imposición de la prisión preventiva por parte del órgano jurisdiccional. En ese sentido, sería atentatorio contra el derecho a la libertad personal si la medida se dicta en ausencia de alguno de ellos.

Ahora bien, como cualquier otro actor dentro de la sociedad, los medios de comunicación deben respetar las instituciones jurídicas dentro del proceso. Siendo ello así, debe haber un respeto a la figura la prisión preventiva, lo que debe supone concretamente que toda información u opinión sobre ella debe exponer su concepto, finalidad y presupuestos para su adopción.

Cualquier línea de opinión sobre esta figura que no haya expuesto ninguna de esas consideraciones supondrá un análisis periodístico poco serio, por lo que su difusión a la opinión pública no encontrará respaldo en los derechos de información o expresión. Se estarían ejerciendo, pues, de un modo indebido, toda vez que no alcanzaría a cumplir con los objetivos propuestos constitucionalmente, que son: garantizar la democracia y el pluralismo político.

Cualquier forma de expresión sin respetar los lineamientos indicados conllevaría necesariamente a la desinformación y, por tanto, a la poca o nula comprensión de la naturaleza y fin jurídico de la prisión preventiva por parte de la sociedad. Así, por ejemplo, en muchos casos asociaran la prisión preventiva con otras figuras jurídicas como la sentencia, o, incluso, con actos de corrupción, mal funcionamiento de la administración de justicia, etc.

4. RELACIÓN ENTRE LOS JUICIOS PARALELOS Y LA PRISIÓN PREVENTIVA: ANÁLISIS DE CASOS EMBLEMÁTICOS

EL INSTITUTO DE DEFENSA LEGAL trata sobre la necesidad de crear un contexto que permita el correcto ejercicio de la función jurisdiccional sin ser corrompido por elementos externos (2013, pág. 161). En la creación de este contexto es determinante, sin duda alguna, el papel que desempeñan los medios de comunicación, agentes sociales que elaboran la agenda pública –los temas de interés no son fijados por la población, sino por estos medios– y las principales líneas de opinión sobre las mismas (García Arán & Peres-Neto, 2008, pág. 24 y ss.).

Garantizar la existencia de un contexto adecuado es de suma importancia, sobre todo cuando nos referimos a la independencia judicial. En contextos cargados de presión social, “los magistrados podrían verse inclinados a tomar decisiones que no choquen con la exigencia social de aplicar ‘mano dura’ contra la delincuencia y el temor al escándalo mediático” (Instituto de Defensa Legal, 2013, pág. 161). Surge así la necesidad de reconocer otra garantía para tutelar la independencia de los jueces, además de las ya conocidas: inamovilidad del cargo, estabilidad remunerativa y la prohibición

para ejercer otras actividades incompatibles con el cargo (Oré Guardia, 2016, págs. 108-109).

Ahora bien, en conformidad con lo que hemos venido exponiendo, el reconocimiento de esta nueva garantía no puede conllevar a la prohibición absoluta del ejercicio de los derechos a la libertad de información y expresión que asiste a los medios de comunicación, sino a la exigencia de que sus actividades se desenvuelvan dentro del ámbito constitucionalmente protegido por estos derechos, lo que supondría –desde un plano netamente objetivo– la ausencia ánimos de presionar e influenciar al fiscal o juez a adoptar los criterios particulares. En ese sentido, CORTES BECHIARELLI señala que “es obvio que no se le puede negar a los periodistas el ejercicio del derecho a la libertad de expresión sobre asuntos que se encuentren *sub iudice*, instaurándose una *ley mordaza*. Pero (...) también se entiende necesario cercarlo” (2003, págs. 136-137) con presupuestos como los indicados en el apartado anterior.

Ello no supone, por otro lado, olvidar que aún persiste la exigencia del fiscal y juez de cumplir conforme a las normas legales que delimitan sus funciones y definen su actuar. No se trata de exigir la existencia de funcionarios inquebrantables a las líneas de opinión de la sociedad, pues forman parte de ellas; pero tampoco podemos concebir que sean sujetos de personalidad débil y fácil persuasión, porque, de otro modo, no podrían cumplir eficazmente la importante función pública que se les asigna.

Respecto al análisis de publicaciones periodísticas que han cubierto procesos penales en los cuales hubo de por medio pronunciamientos judiciales respecto a la imposición de prisión preventiva, cabe destacar un caso muy reciente y que ha trascendido a diversos ámbitos de discusión, el referido al “Movimiento por amnistía y derecho fundamentales” (MOVADEF).

Con fecha 01 de agosto de 2014, la Sala Penal Nacional (colegiado “F”) revoca la resolución de primera instancia que declaró fundada la solicitud fiscal de prisión preventiva y, reformándola, dictó mandato de comparecencia contra Alfredo Víctor Crespo Bragayrac, Carlos Alfonso Gomero Quispe, Walter Andrés Huamanchumo Morante, Olmer Lennon Apac Vega, Fernando Claudio Olortegui Crispin y Cindy Raymondi Soto. Todos ellos vinculados con el “Movimiento por amnistía y derecho fundamentales” (MOVADEF), grupo político que estaría promoviendo la recomposición de Sendero luminoso.

Esta decisión judicial ha sido inmediatamente difundida y fuertemente criticada por diversos medios de comunicación, motivando el pronunciamiento –no jurídico, sino político, moral, ético, etc.– de grupos políticos, principales representantes del Estado y de la comunidad en general. Esta falta de control en el ejercicio de los derechos de expresión e información, y el poco respeto a las instituciones jurídicas ha puesto en un estado de zozobra a toda la colectividad, lo que originó campañas de desprestigio contra los jueces –tildándolos, en algunos casos, de

prosunderistas—, el funcionamiento del sistema judicial, la función y finalidad de instituciones jurídicas como la prisión preventiva, entre otros.

Lo más alarmante es que han sido pocos los medios de prensa que han indicado que esta resolución solo define la forma en que los procesados van a acudir a las futuras audiencias, que aún sigue pendiente el proceso y que todavía no se ha determinado la responsabilidad de aquellos (La República, Poder Judicial fundamentó por qué procedió a excarcelar a miembros del Movadef, 2014). No se ha incidido en la naturaleza jurídica de la prisión preventiva —tema principal y quizás único que ha sido resuelto en la resolución antes indicada— ni los presupuestos que dispone la ley para su imposición. Los temas centrales en torno a este han sido escogidos por los mismos medios: el peligro que supone poner en libertad a los dirigentes del MOVADef, el temor a una recomposición de grupo terrorista Sendero Luminoso, la incapacidad de los jueces para encarcelar a terroristas, etc. No negamos que estos aspectos sean también de interés público, pero, como hemos venido sustentando, cuando se traten de análisis a decisiones judiciales como esta, el protagonismo debe estar en el análisis de índole jurídico.

En una publicación de fecha 14 de agosto de 2014, y difundido por RPP (*on line*), luego de detallarse la práctica de un registro a la celda del ex líder terrorista Abimael Guzmán en el mes de abril de 2014, se anota lo siguiente: **“Aunque para la Policía las pruebas halladas [en el registro a la celda de Guzmán] aquella vez son irrefutables, la Sala Penal Nacional no las valoró y dispuso la excarcelación** de Crespo, Fajardo y de otros seis miembros del Movadef, el último lunes 4 de agosto” (RPP, Policía prueba que Abimael Guzmán es jefe del Movadef, informa prensa, 2014). Nada más se dice sobre la decisión judicial aludida, con lo que la información que transmite al lector es muy limitada; la única relación que establece este comentario es entre las “pruebas halladas” —que serían irrefutables— y la “excarcelación” de los miembros del MOVADef. No hay ni siquiera mención a la figura de prisión preventiva —lo que es preocupante, porque de lo que se trata cuando se menciona este asunto es eso—, ni los dos últimos presupuestos que determinarían su imposición: la prognosis de pena superior a cuatro años, y los peligros procesales de fuga o entorpecimiento. La mala relación que se establece entre “pruebas halladas” y la “excarcelación” no parece haber tenido la intención de demostrar la superación del primer presupuesto: acreditación razonable de la comisión del delito y su atribución a los procesados.

Además, tal como indicamos líneas arriba, es común en este tipo de análisis remitirse solo a la existencia de elementos probatorios a los que han podido tomar conocimiento —y nada más!— para transmitir una línea de opinión (o la de otro). Evidentemente, un órgano jurisdiccional no tiene el panorama probatorio tan limitado como sí lo tienen este tipo de publicaciones. Las circunstancias y elementos a valorar en cada ámbito (el periodístico y jurisdiccional) son notoriamente diferentes.

Lo dicho en el párrafo anterior corrobora lo antes sustentando, el análisis periodístico que gira en torno a una determinada decisión judicial deben tener necesariamente como objeto de análisis a la misma resolución judicial. No existe, pues, otro instrumento idóneo que sea capaz de indicarnos cuáles han sido los motivos que determinaron la decisión jurisdiccional adoptada. En consecuencia, un comentario fuera de este contexto no puede llamarse serio ni puede encontrarse respaldado por los derechos a la libertad de información y/o expresión.

Por otro lado, en el artículo de fecha 08 de agosto de 2014, y difundido por El Comercio (2014), se confronta dos líneas de opinión de dos reconocidos estudiosos del Derecho penal, una a favor y otra en contra de la decisión judicial que venimos comentando. De ambas posiciones, este artículo cita frases como: “La decisión del colegiado F, de la Sala Penal Nacional, de variar la prisión preventiva por comparecencia con restricciones de dirigentes del Movadef ha ocasionado una crisis constitucional”. “El colegiado F decidió cesar la prisión preventiva porque la fiscalía no demostró la existencia de los presupuestos indispensables para privar de la libertad al imputado; prueba suficiente y peligro procesal. La sala determinó que la fiscalía no probó suficientemente que los imputados cometieron delito de afiliación a una organización terrorista y financiamiento del terrorismo, previstos en los artículos 4 A y 5 del Decreto Ley 25475”. “Al pedir prisión preventiva o su no revocación, la fiscalía debió probar suficientemente que el Movadef es un órgano de Sendero Luminoso (SL); como lo fueron la Dirección Central, los comités territoriales o el Ejército Guerrillero Popular, es decir, un órgano para que se realicen acciones terroristas previstas en la ley; cometer delitos, como el asesinato, para producir terror en la sociedad. Siquiera tuvo que demostrar que el Movadef fue parecido a Socorro Popular, órgano de apoyo de SL para que este realice terrorismo”. “La fiscalía debió probar que el Movadef es financiado por el narcoterrorismo, según su tesis; y, lo más importante, que el dinero se recibió para realizar acciones terroristas; pues en esto consiste el delito de financiamiento del terrorismo; figura delictiva en las que no encuadra el tratar de inscribirse como partido político, o lograr adhesión a la amnistía de los terroristas, muy pocos, que siguen en prisión”. “Según la sala, y la información de la prensa, la prueba aportada por la fiscalía no ha cumplido con el requisito de prueba suficiente. El otro requisito que la sala consideró como no establecido es el peligro procesal de fuga o de entorpecimiento de la actividad probatoria; este es la real justificación de la prisión preventiva”

También se han citado comentarios como los siguientes: “Para justificar su decisión, los magistrados han sostenido versiones contradictorias, como que: ‘No existe ninguna prueba que acredite la comisión de actos terroristas’. Sin embargo y más sorprendente es que la denuncia penal es por afiliación a una organización terrorista”. “la Sala Penal Nacional no ha tomado en consideración otros importantes elementos probatorios, como los audios obtenidos por interceptación telefónica y las actas de transcripción que confirman la hipótesis fiscal”.

Además de informar sobre hechos que constituyen verdaderamente el tema central de análisis: el cambio de prisión preventiva por el de comparecencia, el artículo transmite a la colectividad opiniones jurídicas sobre la función y finalidad de las instituciones jurídicas. Se muestra al lector también que sobre estos asuntos existen discrepancias. Se le expone una confrontación de opiniones en la que deberá definir, por lo menos preliminarmente, su posición al respecto. Estas consecuencias son las esperadas con la institucionalización y reconocimiento de los derechos de libertad de información y expresión: la formación de la opinión pública libre y el pluralismo político.

Es de destacar que, tal como dijimos líneas arriba, los comentarios a las decisiones jurisdiccionales, como la que estamos analizando, requieren de un contenido principalmente jurídico, ello por razones obvias. Sin embargo, muchos de los artículos del medio no hacen primar este tipo de contenido, sino otros de índole político, moral, etc., lo que a todas luces es completamente desacertado y no forma parte del buen desempeño periodístico.

Otro de los casos que ha tenido fuerte repercusión en los medios es el de César Álvarez Aguilar, presidente del Gobierno Regional de Áncash, por la presunta comisión de los delitos de asociación ilícita para delinquir y homicidio calificado. En una corta publicación escrita de Canal N se pone en conocimiento de la colectividad la imposición de 18 meses de prisión preventiva contra la Milagros Asian, esposa del procesado César Álvarez Aguilar. Se pone énfasis en lo siguiente: “la juez Mercedes Caballero acogió el pedido del fiscal Marcos Huamán por el presunto delito de asociación ilícita para delinquir al considerar que existen elementos de convicción que demostrarían que tuvo un papel en la red de corrupción liderada por su esposo”; “La jueza desestimó los alegatos de su abogado para justificar la comprar de productos con dinero público que fueron obsequiados a la población” (Canal N, Ordenan 18 meses de prisión preventiva para la esposa de César Álvarez, 2014).

Al igual que muchos otros artículos periodísticos, este centra su atención en el delito cometido que coincide con el primer presupuesto –mas no el único– para dictar prisión preventiva. No hay mención alguna a la existencia de los otros presupuestos previstos en la legislación procesal. Evidentemente, el lector asociará de forma directa la imposición de este tipo de medidas con la comisión del delito y, de este modo, para mala suerte de él y toda la comunidad jurídica, tergiversará la finalidad de la prisión preventiva vinculando su imposición a la responsabilidad del procesado.

En otras situaciones, el mal desempeño de los derechos de expresión e información puede desencadenar la creación de líneas de opinión erradas que, en muchos casos, pueden despertar en la población sentimientos repulsivos y agresivos hacia los procesados. Un claro ejemplo de ello ha sido el expuesto por el programa de televisión América Noticias, que registró el momento en el que un grupo de personas (compuesto en su mayoría por mujeres) causan graves daños a la vivienda de los padres de Paul Olórtiga,

presunto asesino de su esposa Edda Guerrero Neira, contra quien se ha dictado prisión preventiva. La alegación de una de estas personas –de entre varias que gritaban repetidas veces: “¡asesino!”– fue la siguiente: “¡La justicia debe de pensar!, ¡meterlo ya a la cárcel pa que se coma cadena perpetua!” (América Noticias: Edición Dominical).

Otro caso más. Con fecha 27 de enero de 2015, en la plataforma virtual del “El Comercio” (2015), se hace público un video en el cual Luis Alfonso Tasaico Donoso, según las afirmaciones de algunas personas que se encontraban cerca del lugar, habría golpeado a su hijastro (menor de 5 años de edad), quien se encontraba sangrando por los orificios nasales en la parte posterior del vehículo que pretendía conducir su padastro. El video fue difundido por varias redes sociales, lo que motivó la indignación de la colectividad y la atención de la prensa en seguir con más detenimiento las investigaciones en torno a estos hechos.

En la página web de Canal “N”, se publicó, con fecha 29 de enero de 2015, el video de la lectura de la parte resolutive del auto que dicta 9 meses de prisión preventiva contra el señor Tasaico Donoso y la apelación al mismo. En la parte escrita se da mayor énfasis al cambio de la acusación de lesiones graves por el de lesiones leves, así como la información de que el menor vive en un ambiente de constante violencia familiar. Estas informaciones son presentadas como datos ajenos a la figura estudiada; pues no existe argumento alguno que los vincule con ella ni, por tanto, justifique su existencia en dicho artículo periodístico cuyo título indica: “Poder Judicial ordenó prisión preventiva para agresor de menor de 5 años” (Canal N, 2015).

Con fecha 30 de enero de 2015, América TV también adjunta la resolución que dispuso la imposición de 9 meses de prisión preventiva al señor Tasaico Donoso e intenta exponer sucintamente los criterios que motivaron dicha disposición. Así, se destaca que “la jueza determinó prisión preventiva pues los exámenes realizados al menor por el médico legista no registraron lesiones traumáticas recientes por lo que se tomó en cuenta la declaración de los testigos y el video grabado por una ciudadana y a través del cual se dio a conocer la denuncia”. También señala que “[c]abe indicar que la sanción por este tipo de delitos se determina por los días de descanso médico que reciba la víctima tras el examen de Medicina Legal. En este caso, también se tomó en cuenta que el niño es menor de 14 años y que se encontraba al cuidado del acusado” (América Noticias, 2015).

Al parecer, aún no despierta el interés en desarrollar la figura de la prisión preventiva desde el enfoque jurídico-procesal. No se explica, por tanto, cómo es que el Juez determinó la imposición de la medida en el caso concreto. Mas bien, pareciera que el criterio seguido en la elaboración de los diversos artículos es agrupar un conjunto de ideas caracterizadas por tener un fuerte impacto en la sociedad.

Como es de esperar, el conflicto entre las instituciones del Poder Judicial y los medios de comunicación se ha puesto nuevamente de manifiesto con los recientes casos de corrupción vinculados a la empresa brasileña Odebrecht.

Los canales de televisión se han interesado en transmitir las audiencias de prisión preventiva contra los que fueron o siguen siendo altos cargos en nuestras principales instituciones públicas. Se observó también que un importante sector de la población demandó el consumo de este tipo de noticias.

Se ha evidenciado que la forma de hacer periodismo respecto a los procesos penales ha tenido un desarrollo mínimo, toda vez que hubo interés en comprender la figura de la prisión preventiva y cuáles son sus presupuestos. No obstante, siempre fluyen otros intereses (no jurídicos). Se impuso nuevamente la necesidad de presentar la noticia en calidad de “primicia”, que exige la entrega inmediata de la noticia, lo que reduce la posibilidad de realizar un mejor análisis periodístico; como consecuencia de ello, se volvió a perder el interés de comprender y explicar que la prisión preventiva es una medida cautelar, determinando así que el artículo periodístico sea presentado como una mera aglomeración de datos o información, perdiendo la posibilidad de explicar por qué realmente se impuso la medida en el caso concreto y, más aún, si su imposición fue correcta o no. Evidentemente, con todo ello se pierde la oportunidad de garantizar el verdadero “control social” de la actividad pública.

Recientemente, y aquí tenemos una muestra clara de lo indicado en el párrafo precedente que, se han publicado varios reportajes sobre la Sra. Leonor Soledad Velásquez Gonzalez, profesora de un centro educativo quien atropelló a 6 menores de edad (muchos de ellos estudiantes de la institución donde trabaja), y en donde muchas veces el título hace referencia a los 7 meses de la prisión preventiva impuestos, pero el contenido no atiende, comenta o analiza el peligro procesal (presupuesto fundamental de esta medida cautelar), sino únicamente –o en mayor parte del reportaje– a la comisión del delito (los hechos, el reconocimiento de los hechos, la gravedad de los daños, que las víctimas fueron menores, etc.) (La República, 2019) (Diario Correo, 2019) (RPP, 2019). Por un lado, el lector podría asociar, por tanto, la medida cautelar únicamente al primer presupuesto legal (la probabilidad de comisión del delito). Por el otro, se pierde la posibilidad de explicar que esta resolución fue completamente desmedida y desproporcionada, en tanto que se emplearon criterios subjetivos y generales para fundamentarla.

Lo expuesto hasta aquí no hace otra cosa que corroborar la deficiente labor que desempeñan un importante sector de los medios de comunicación al momento de ejercer una labor de vital importancia para el desarrollo de la sociedad como es el periodismo. Un cambio en la forma de comunicar y ejercer el periodismo es necesario. No se trata, pues, de un mero capricho del ciudadano exigir al periodista el buen desempeño de su función dentro de la sociedad; sino, por un lado, de un deber constitucional que obliga a estos a actuar conforme a los principios y derechos que asisten a los demás sujetos (la colectividad, en general), esto es, sin lesionarlos, y, por el otro, de un derecho de los receptores de toda estas informaciones a recibirlas de forma seria, oportuna y con un nivel aceptable de análisis que permita comprender las diversas figuras que, para el presente caso, son de vital

importancia para todo sujeto que se encuentra vinculado de forma directa o indirecta en hechos que son de interés jurídico y público.

5. TOMA DE POSTURA: LA DIFÍCIL RELACIÓN ENTRE LA ACTIVIDAD JURISDICCIONAL Y PERIODÍSTICA

En nuestro medio se han venido difundiendo publicaciones periodísticas sobre decisiones judiciales que han dado respuesta a solicitudes fiscales de prisión preventiva. En algunos casos, se ha puesto en tela de juicio el desempeño de los jueces –e incluso, hay quienes han sido removidos del cargo¹⁰–, porque, a juicio de estos periodistas no se han conducido de forma “justa”, lo que ha generado en la colectividad cierta desconfianza, rechazo y desaprobación del funcionamiento del sistema judicial.

Las interrogantes que permitirán limitar nuestro objeto de análisis podrían formularse del siguiente modo: ¿los medios de comunicación pueden informar y/o opinar sobre las resoluciones que se pronuncian sobre las solicitudes fiscales de prisión preventiva?, en todo caso, ¿cuáles serían los límites entre la actividad periodística y jurisdiccional sobre este supuesto concreto?

Para responder a estas interrogantes, es importante tener en cuenta algunas anotaciones:

En **primer lugar**, la investigación tiene carácter reservado. Según el art. 324.3, cuando se inicie la investigación –y conforme al referido carácter reservado– sólo podrán enterarse de su contenido –actos y resoluciones– las partes de manera directa o a través de sus abogados debidamente acreditados en autos, prohibiendo de este modo, la posibilidad de transmitir información a terceros ajenos al proceso (entre ellos, los medios de prensa). Se precisa, además, la posibilidad de obtener copias de los actos de investigación, pero solo para el uso de la defensa –se entiende– dentro del proceso penal (art. 324.3), no ante la colectividad.

La prisión preventiva no constituye propiamente un acto de investigación, sino una medida que garantizará la presencia del sujeto en el proceso penal restringiendo, solo si fuere necesario, su derecho a la libertad (medida de coerción). Por tanto, no se puede aplicar el referido carácter reservado (previsto en el art. 324.1 y ss.) a la resolución que resuelve la solicitud fiscal de prisión preventiva. Lo dicho va de la mano con lo señalado por el Tribunal supremo en la Cas. n.º:328-2012 al indicar que la prisión preventiva no restringe su aplicación a la etapa de la investigación preparatoria que se caracteriza por ser reservada: “el inciso dos del artículo veintinueve del Código Procesal Penal, establece como competencia de los Juzgados de Investigación Preparatoria: *“Imponer, modificar o hacer cesar las medidas limitativas de derechos durante lo investigación preparatoria...”*, de lo que se colige que **no hay una prohibición expresa a que realice dicha actividad [refiriéndose a la prolongación de prisión preventiva] en otros estadios**

¹⁰ Así parece haber sucedido con los ex integrantes del Colegiado “F” de la Sala Penal Nacional que cambiaron la medida de prisión preventiva por la de mandato de comparecencia.

del proceso¹¹ (el énfasis es mío), incluso cuando se haya dictado sentencia condenatoria de primera instancia y se encuentre en apelación.

En ese sentido, los medios de comunicación sí podrían presentar a la colectividad las resoluciones que resuelven la imposición, modificación o cese de medidas como la de prisión preventiva, las mismas que evidentemente deben ser obtenidas de modo legítimo. No obstante ello, su difusión debe ser enmarcada bajo ciertos criterios que impidan el atropello de derechos de los sujetos procesales. Estos criterios son analizados en los siguientes puntos.

En **segundo lugar**, la prisión preventiva es una medida de coerción personal y como tal no define la situación jurídica del procesado (si es inocente o culpable), sino solo la forma en que participará del proceso. Por lo que un reportaje periodístico, conforme a lo expuesto, debe limitarse a definir eso, su forma de participación, mas no a su responsabilidad.

En **tercer lugar**, los medios de comunicación no pueden transmitir información y/o juicios de valor antes de la emisión de la resolución que resuelve la solicitud fiscal de prisión preventiva. Ello por razones evidentes: solo en la resolución se puede encontrar la motivación y justificación de la imposición, variación o cese de la prisión preventiva. Antes de ello, la información que se pueda recabar por terceros ajenos al proceso (entre ellos, los medios de comunicación) solo será una parte de todo lo que consta en la investigación judicial, por lo que cualquier “investigación” periodística –antes de la emisión de la resolución– devendrá en incompleta¹².

Nunca podrán equipararse, por tanto, las condiciones en las que se encuentran los medios de prensa a las de los órganos judiciales, por lo que cualquier actividad periodística realizada en estas condiciones no garantizará muchas veces un responsable y serio análisis de la situación procesal del procesado. Siendo el caso, muchas veces este tipo de prácticas no encontrarían respaldo en los derechos a la libertad de información y expresión al no garantizan la formación de una opinión pública libre, sino, por el contrario, una limitada y direccionada (juicio paralelo). En ese sentido, de ser el caso, sobre estas actuaciones pueden recaer las sanciones que correspondan.

Por otro lado, el análisis de la resolución y su motivación es acorde al principio de publicidad al cual nos referimos al inicio del trabajo. El control de la rectitud procesal y material de las decisiones judiciales por parte del pueblo no puede partir de otro instrumento que no sean las resoluciones.

¹¹ Cas. N.º 328-2012, Ica (FJ. 5)

¹² Con la presente alusión no se pretende limitar de manera definitiva el ejercicio de las libertades de información y expresión a un acto procesal (emisión de la resolución). La recomendación no pretende impedir los análisis periodísticos del caso, pero sí destacar que de ser atendida podría mejorar el ambiente mediático para el desarrollo de la audiencia de prisión preventiva y la correspondiente emisión de la resolución.

En **cuarto lugar**, el análisis periodístico de las resoluciones debe presentar un contenido principalmente jurídico; los temas de índole político o moral no están prohibidos, pero no deben quitar protagonismo a lo principal, lo jurídico. Lo dicho supone mínimamente lo siguiente:

- a) Indicar el marco normativo de la medida de prisión preventiva, con especial énfasis a las normas que establecen sus presupuestos. Ello implica, por un lado, detallar la función y finalidad de la institución como medida de coerción, es decir, como medida que garantiza la participación del procesado en el proceso penal y no como aquella que define su responsabilidad penal (atribución que solo la puede brindar la sentencia definitiva); y, por el otro, explicar en qué consisten los presupuestos y, si fuere necesario, cuándo podrían cumplirse (a tener en cuenta los art. 269 y 270 CPP 2004).
- b) Analizar la motivación judicial, es decir verificar el cumplimiento de los tres presupuestos que establece el art. 268 para la adopción de la prisión preventiva: fundados elementos de convicción que vincule al procesado como autor o partícipe del delito investigado, la prognosis de pena superior a cuatro años de pena privativa de libertad y el peligro procesal.

El primer presupuesto puede despertar fuertes cuestionamientos a la posibilidad de intervención de los medios de comunicación, ya que acreditar razonablemente la posible comisión del delito y la atribución del mismo al procesado puede derivar, a pesar de haberse seguido las pautas anteriormente señaladas, en la creación de verdaderos juicios paralelos en donde se discuta la responsabilidad del procesado y no la forma en que participará en el proceso.

Pese a ello, aún consideramos que la prohibición absoluta de los ejercicios del derecho de información y expresión no tiene cabida en un sistema democrático como el nuestro. Sería recomendable que, en estos casos, “la información de Tribunales debiera ser preponderantemente eso, *información*, quedando restringidas –nunca proscritas– las opiniones que se anudaran al reportaje en cada caso” (Cortés Bechiarelli, 2003, pág. 137). En todo caso, el periodismo que en sus análisis traspase las funciones de informar y opinar no tendría excusa alguna para liberarse de las sanciones que correspondan por las lesiones que pudiera causar a los derechos de las personas.

Es pertinente que, de la mano de este primer presupuesto, los medios de comunicación precisen –como hemos ya apuntado– que la prisión preventiva no acredita la responsabilidad del sujeto, sino que, en caso de rechazo a su solicitud, el procesado participará en el proceso en libertad, lo que no quiere decir que sea libre de la imputación, o que, en caso de adoptarse la medida, el procesado es detenido para garantizar su presencia en el juicio y no porque sea culpable.

6. CONCLUSIONES

De todo lo expuesto, podemos arribar a las siguientes conclusiones:

Primero: Los juicios paralelos pueden ser definidos como el conjunto de informaciones y/o juicios de valor transmitidos por cualquier sujeto capaz de generar opinión –entre ellos, los medios de comunicación– en la colectividad sobre el desarrollo de un proceso (ya sea en la etapa preliminar, de investigación preparatoria o juicio oral) a fin de presionar a los sujetos que participan en ella a asumir o acatar determinados criterios (en su mayoría, no jurídicos) en la conducción del proceso o en la emisión de una sentencia. Siendo ello así, la aparición de los juicios paralelos contraviene el debido proceso al afectar diversos derechos fundamentales de naturaleza procesal y sustantiva.

Los juicios paralelos son contrarios al buen desempeño de la función periodística. Los derechos a la libertad de información y expresión no respaldan los juicios paralelos, por lo que su creación amerita las sanciones que corresponda a sus autores.

Segundo: La corrupción no es un concepto jurídico, antes bien, sus raíces son sociológicas (de hombres). La corrupción es, pues, un fenómeno social con trascendencia jurídica.

Los juicios paralelos son también fenómenos sociales que trascienden a lo jurídico, por lo que si estos son promovidos por grupos políticos o económicos determinados con el único fin de presionar a los jueces –o cualquier otro sujeto procesal– a seguir sus lineamientos sobre la forma o conducción del proceso, o aún peor, sobre el sentido de la resolución de conflicto derivarán en actos de corrupción siempre que dicho juez –u otro sujeto procesal– siga las directrices mediáticas (para satisfacer los intereses de estos grupos de presión) a cambio de, por un lado, obtener respaldo o aprobación mediática o, por el otro, la evasión de la crítica contenida en los referidos lineamientos de opinión.

Tercero: El contexto mediático actual es bastante preocupante. Y ello se debe al mal desempeño de la función periodística que, movidos por intereses económicos y la desinformación, transmiten falsas líneas de opinión que levantan los ánimos de la población a presionar y exigir a los jueces a fallar, no conforme a la ley, sino conforme a posturas particulares sentadas por estos mismos medios. Consideramos que si los jueces ceden a favor de estos intereses a cambio de otros beneficios (respaldo social y otros) estaremos sin duda ante actos de corrupción en el mismo seno de la Administración de Justicia.

Sin embargo, a través de la propuesta expuesta y que resumimos en el siguiente punto, consideramos que se podría redirigir las funciones jurisdiccional y periodística de modo tal que evite la aparición de actos de corrupción bajo esta modalidad, esto es, a través de la presión mediática o juicios paralelos.

Cuarto: Cuando hablamos de las relaciones entre los medios de comunicación y el proceso penal nos hacemos otra cosa que referimos a la confluencia de las actividades periodística y jurisdiccional. Para ello, y refiriéndonos al caso de la prisión preventiva, deben establecerse algunos parámetros a la función de los periodistas, de modo que su ejercicio no suponga la lesión de los derechos de los procesados y demás sujetos procesales. Estos parámetros serían: a) reconocer la posibilidad que tienen los medios para informar y/o opinar sobre las decisiones judiciales que hayan tratado sobre la imposición de medidas como la prisión preventiva, para lo cual se recomienda, debido al grado de convicción que se exige para este tipo de medidas, que prepondere más la información que las opiniones; b) la publicación periodística debe señalar que la imposición de una medida de prisión preventiva define la forma de participación del procesado en el proceso, mas no su responsabilidad; c) el análisis sobre la imposición de la prisión preventiva debe realizarse teniendo como principal referencia a la resolución judicial; y, d) la estructura del reportaje o comentario periodístico debe contener información de relevancia jurídica, pues la naturaleza de la prisión preventiva es esa, para lo cual deberán mínimamente señalar la función y finalidad de la medida, así como explicar en qué consisten y, respecto del caso concreto, cómo se han cumplido los presupuestos que determinan la imposición de la prisión preventiva.

Este conjunto de medidas podrían ser tomadas en cuenta para crear un ambiente mediático adecuado y propicio, donde confluyan con singular armonía las actividades periodística y jurisdiccional, reduciendo la posibilidad de conflicto. Con lo que se sometería a control esa posible presión social mediática que, de no ser así, motivaría en los órganos públicos el desapego a sus funciones previamente definidas por la Ley y Constitución.

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ, Enrique
2008 *Curso de Derecho constitucional* (6 ed., Vol. I). Madrid: Tecnos.
- AMÉRICA NOTICIAS
2015 *¿Por qué el Poder Judicial dio prisión preventiva a padrastro que agredió a niño?* América TV. Consulta: 14 de junio de 2019.
<https://www.americatv.com.pe/noticias/actualidad/que-poder-judicial-dio-prision-preventiva-padrastro-que-agredio-nino-n168582>
(S.f) *Edición Dominical*. Consulta: 2 de febrero de 2015.
<https://www.youtube.com/watch?v=dwdCWQVBv3E>
- BARRERO, Abraham
2001 "Juicios paralelos y Constitución: su relación con el Periodismo". En *Ámbitos* 6, pp. 171-189.
- BAUCELLS, Josep y Peres-Neto, Luis
2008 "Discurso televisivo sobre el crimen: los programas especializados en sucesos". En GARCÍA y BOTELLA, *Malas noticias. Medios de comunicación, política criminal y garantías penales en España*. Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 109-151
- CANAL N
2014 *Ordenan 18 meses de prisión preventiva para la esposa de César Álvarez*. Canal N. Consulta: 14 de junio de 2019.
<http://canaln.pe/actualidad/ordenan-18-meses-prision-preventiva-esposa-cesar-alvarez-n149127>
2015 *Poder Judicial ordenó prisión preventiva para agresor de menor de 5 años*. Canal N. Consulta: 14 de junio de 2019
<https://canaln.pe/actualidad/fiscal-padrastro-agresion-nino-5-anos-san-isidro-n168476>
- CORTÉS, Emilio
2003 "Juicios paralelos y derechos fundamentales del justiciable". En *Anuario de la Facultad de Derecho, XXI*, pp. 123-151.
- DIARIO CORREO
2019 *Dictan 7 meses de prisión preventiva para profesora que atropelló a escolares en Miraflores*. Diario Correo. Consulta: 14 de junio de 2019. <https://diariocorreo.pe/edicion/lima/poder-judicial-dicta-7-meses-de-prision-preventiva-para-profesora-que-atropello-escolares-en-miraflores-891422/>
- DÍAZ Y GARCÍA, Miguel
2004 "Corrupción y delitos contra la Administración pública, insuficiencias y límites del Derecho penal en la lucha contra la corrupción: el ejemplo español". En *Revista de Derecho de la Universidad Centroamericana*, 7, pp. 147-196.

- EL COMERCIO
 - 2014 *Debate: ¿Es correcta la resolución para los del Movadef? A favor y en contra. César Nakazaki explica por qué cree que sí. Por su parte, Víctor Cubas Villanueva argumenta por qué no. El Comercio.* Consulta: 14 de junio de 2019. <http://elcomercio.pe/opinion/colaboradores/debate-correcta-resolucion-movadef-noticia-1748378>
 - 2015 *Vía WhatsApp: desalmado le rompió la nariz a niño en la calle. El Comercio.* Consulta: 2 de febrero de 2016. <http://elcomercio.pe/whatsapp/sucesos/via-whatsapp-hombre-le-rompio-nariz-nino-calle-noticia-1787321>

- FERRAJOLI, Luigi
 - 1995 *Derecho y razón.* Madrid, Trotta.

- GARCÍA AÑÓN, María y Pía Iglesias, Juan
 - 2011 "Una evaluación de la corrupción en materia de Justicia". En *Encuentros multidisciplinares: ética, corrupción y transparencia en la clave multidisciplinar*, 39, pp. 70-80.

- GARCÍA, Mercedes y Peres-Neto, Luis
 - 2008 "Perspectivas de análisis y principios constitucionales". En GARCÍA y BOTELLA, *Malas noticias. Medios de comunicación, política criminal y garantías penales en España.* Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 24-42

- GARVI, Andrés
 - 2009 "Juicios paralelos". En TORRES DEL MORAL, A. (dir.) *L. Informativas*, Madrid, Colex, pp. 1105-1150

- GONZÁLEZ, Jesús
 - 2014 *Corrupción, ética y moral en las administraciones públicas.* 2.º ed. Navarra, Civitas-Thompson Reuters.

- HERNANDEZ, Javier
 - 2001 "Justicia penal y medios de comunicación: los juicios paralelos". En PICÓ I JUNOY, *Problemas actuales de la justicia penal : los juicios paralelos, la protección de los testigos, la imparcialidad de los jueces, la criminalidad organizada, los juicios rápidos, la pena de multas.* Barcelona, Bosch, 67-90

- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS
 - 2009 *Informe n.º 86/09.* Hermanos Peyrano Basso vs. República Oriental de Uruguay, 06 de agosto de 2009.

- INSTITUTO DE DEFENSA LEGAL

- 2013 *Independencia judicial insuficiente, prisión preventiva deformada. Los casos de Argentina, Colombia, Ecuador y Perú.* Washington, Fundación para el Debido Proceso.
- JUANES, Angel

2006 "Los juicios paralelos. El derecho a un proceso justo. Doctrina jurisprudencial en relación con esta materia. Conclusiones y juicio crítico en relación con las cuestiones analizadas". En *Cuadernos de Derecho judicial: Justicia y medios de comunicación*, XVI, pp. 61-92.
 - LA REPÚBLICA

2014 *Poder Judicial fundamentó por qué procedió a excarcelar a miembros del Movadef.* La República. Consulta: 2 de febrero de 2015
<http://www.larepublica.pe/05-08-2014/presentan-recurso-de-nulidad-para-impedir-liberacion-de-miembros-del-movadef>

2019 *Poder Judicial dicta 7 meses de prisión preventiva a profesora que atropelló a escolares [VIDEO].* La República. Consulta: 14 de junio de 2019. <https://larepublica.pe/sociedad/1483710-profesora-atropello-escolares-miraflores-recibe-siete-meses-prision-preventiva-video-pplr>
 - LÓPEZ, Jacobo

2012 *Tratado de Derecho procesal penal, t. I.* 5° ed. Madrid, Aranzadi.
 - MARTÍN, Pedro

1999 "Posibilidades y limitaciones de la jurisdicción contable ante la corrupción". En *Revista española de control externo*, pp. 111-142.
 - MONTALVO Abiol, Juan Carlos

2012 "Los juicios paralelos en el proceso penal: ¿anomalía democrática o mal necesario?" *Revista de Filosofía, Derecho y Política*, 16, pp. 105-125.
 - NIETO, Alejandro

2001 "Juicios paralelos". En *Lex nova: La revista*, 25, p. 13.
 - ORÉ, Arsenio

2016 *Derecho procesal penal peruano.* Vol. II. Lima, Gaceta Jurídica.
 2016 *Derecho procesal penal peruano.* Vol. I. Lima, Gaceta Jurídica.
 2016 *Derecho procesal penal peruano.* Vol. III. Lima, Gaceta Jurídica.
 - PORTER, Raymond

s.f. *Influencia de los juicios paralelos por los medios de comunicación colectiva en el proceso penal.* Consulta: 02 de febrero de 2015.

https://www.uned.ac.cr/ecsh/images/catDerPenal/Influencia_juicios.pdf

- QUESADA, M
2012 "Juicios paralelos y medios de comunicación: una perversión profesional". En MIR y CORCOY, *Protección penal de la libertad de expresión e información*. Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 291-298

- Roxin, Claus
1999 "El proceso penal y los medios de comunicación". En *Revista del Poder Judicial*, III, pp. 73-94.

- RPP
2014 *Policía prueba que Abimael Guzmán es jefe del Movadef, informa prensa*. RPP. Consulta: 14 de agosto de 2014.
<http://www.larepublica.pe/05-08-2014/presentan-recurso-de-nulidad-para-impedir-liberacion-de-miembros-del-movadef>

2019 *Poder Judicial dicta prisión preventiva de 7 meses para profesora que atropelló a escolares en Miraflores*. RPP. Consulta: 19 de junio de 2019
<https://rpp.pe/lima/accidentes/miraflores-poder-judicial-dicta-prision-preventiva-de-7-meses-para-profesora-que-atropello-a-escolares-noticia-1201442>

- SÁNCHEZ, Javier
2010 "La corrupción en el sector privado: debate en torno a su inclusión en el Código Penal". *Cuadernos del Tomás*, 2, pp. 207-225.

COMPLIANCE

Resumen:

El cumplimiento normativo en materia penal tiene un rol trascendental en el sistema de responsabilidad que ha formulado en la Ley peruana n.º 30424 contra las personas jurídicas por la comisión de algunos delitos que en el marco de sus actividades. La implementación oportuna de los programas de cumplimiento permitirá que las empresas más allá de alcanzar una exención o atenuación de las sanciones previstas en la citada Ley, promuevan una cultura de legalidad en su organización que las identifique como buenos ciudadanos corporativos.

Palabras clave:

Cumplimiento normativo, criminal compliance, Ley n.º 30424, personas jurídicas.



Autora
Cecilia Madrid Valerio



Autor
Walter Palomino Ramírez

EL ROL Y LA IMPORTANCIA DEL CUMPLIMIENTO NORMATIVO EN MATERIA PENAL EN EL CONTEXTO NORMATIVO PERUANO ACTUAL

CRIMINAL COMPLIANCE 'S ROLE AND VALUE INTO THE CURRENT PERUVIAN NORMATIVE CONTEXT

Cecilia Madrid Valerio*
Walter Palomino Ramírez**

I. INTRODUCCIÓN

Tras la puesta en vigencia de la Ley n.º 30424 - Ley de Responsabilidad Administrativa de las Personas Jurídicas, desde enero de 2018, por primera vez se implementó en el Perú la posibilidad de responsabilizar de forma autónoma a una persona jurídica involucrada en la comisión de algunos delitos¹³ en el marco de sus actividades, independientemente de que se sancione o no a una persona natural. Ello ha significado el inicio de un debate sobre el tipo de responsabilidad que se regula y las implicancias que el cambio de paradigma podría suponer para los criterios clásicos de imputación penal; así como también, un interés por gestionar de manera oportuna los riesgos de infracción penal a los que se encuentran expuestas las personas jurídicas, a fin de evitar la imposición de sanciones¹⁴.

El cumplimiento normativo (o *compliance*) es justamente lo que permite, a una empresa o persona jurídica, organizarse de tal forma que pueda acatar todas sus obligaciones legales y los compromisos que asume voluntariamente, a través de la implementación de los denominados programas de cumplimiento o modelos de prevención. Así, según la norma UNE-ISO 19600, COMPLIANCE es “el resultado de que una organización cumpla con todas sus obligaciones legales y compromisos asumidos de forma voluntaria” (tales como políticas de sostenibilidad, diversos estándares de buen gobierno corporativo, de comportamiento ético, entre otros) (Asociación Española de Normativización y Certificación 2015: 3.17, 316, 3.15 y 3.14).

* Abogada penalista. Estudios de Maestría en Derecho Penal (PUCP). Especialista en *Compliance* (AENOR). Especialista en *Compliance* y Buenas Prácticas Corporativas (UP) Especialista en Cumplimiento Normativo en Materia Penal (UCLM). Certificación AMLCA (FIBA – FIU). Profesora de cumplimiento normativo en materia penal.

** Abogado penalista. Magíster en Derecho Penal (PUCP). Estudios de Doctorado en Derecho (UNMSM). Especialista en *Compliance* (AENOR). Especialista en *Compliance* y Buenas Prácticas Corporativas (UP) Especialista en Cumplimiento Normativo en Materia Penal (UCLM). Certificación AMLCA (FIBA – FIU). Profesor de Derecho Penal, Derecho Penal Económico y cumplimiento normativo en materia penal.

¹³ Cohecho activo transnacional, cohecho activo genérico, cohecho activo específico, colusión desleal, tráfico de influencias, lavado de activos y financiamiento del terrorismo. Catálogo de delitos que puede seguir ampliándose, conforme la tendencia a nivel comparado.

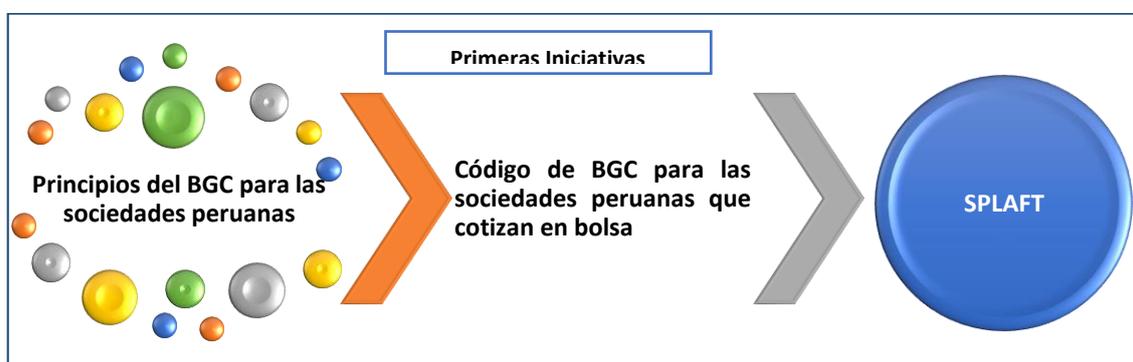
¹⁴ Dependiendo del momento en que es implementado.

Si bien estas herramientas de prevención sirven para mitigar toda clase de riesgos, cuando estas están referidas a la prevención de riesgos de infracción penal, estaremos ante el cumplimiento normativo en materia penal, es decir, aquel que se enfoca en la mitigación de los riesgos legales que se derivan del incumplimiento de la normativa penal y que podría conducir a que se impongan sanciones (de índole penal) a las empresas, según se establece —conforme veremos más adelante— en la Ley peruana n° 30424 y en importantes normas extranjeras que se caracterizan por ser de aplicación transfronteriza: *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA), *United Kingdom Bribery Act* (UK Bribery Act), *Corruption of Foreign Public Officials Act* (CFPOA).

El presente comentario analizará en qué consiste el cumplimiento normativo en materia penal y el rol que este tiene en un sistema de responsabilidad como el formulado en la Ley peruana n.° 30424, de cara a identificar los elementos esenciales que un programa de cumplimiento necesita para que las personas jurídicas, más allá de alcanzar una exención o atenuación de las sanciones previstas en la citada Ley, promuevan una cultura de legalidad en su organización que las identifique como buenos ciudadanos corporativos.

II. EVOLUCIÓN DEL MARCO NORMATIVO PERUANO

El cumplimiento normativo no ha surgido, en el Perú, recién tras la emisión de la Ley n.° 30424 ni se circunscribe, como lo hemos señalado, a la prevención de riesgos de penales. En los últimos quince años, en ciertos sectores de la industria peruana, se ha impuesto de forma progresiva diversas obligaciones de prevención que no llegaron a tener alcance general, pero que han marcado el sendero de la nueva orientación de las políticas estatales para enfrentar la comisión de delitos en el marco de una persona jurídica. Entre las iniciativas principales, encontramos a las siguientes:



- **Los Principios del Buen Gobierno Corporativo para las sociedades peruanas que propuso la CONASEV en el año 2002**, cuyo cumplimiento obligatorio se impuso en el año 2004, cuando se estableció que los actores del mercado de valores debían incorporar un detalle sobre el cumplimiento de estos en su memoria anual.

- **El Código de Buen Gobierno Corporativo para las sociedades peruanas que cotizan en bolsa del año 2013**, cuya observancia obligatoria se impuso recién en junio 2014.
- **El Sistema de Prevención de Lavado y contra el Financiamiento del Terrorismo que**, desde el año 2002, ha ido imponiendo obligaciones de debida diligencia y reporte de operaciones sospechosas a diversos sujetos obligados, de cara a prevenir estos ilícitos penales¹⁵.

En estas iniciativas se desarrollaron mecanismos de transparencia en la información, prevención de conflictos de interés, respeto de los derechos de accionistas, entre otras herramientas de carácter preventivo que buscaron coadyuvar a la organización diligente de las personas jurídicas. Sin embargo, es recién con la emisión de la Ley n.º 30424 que la implementación de un sistema preventivo, en el Perú, cobró mayor importancia y se concentró en desarrollar herramientas de prevención de carácter penal, pues se estableció normativamente que la persona jurídica podría ser exonerada de responsabilidad o, de ser el caso, beneficiarse de su atenuación, cuando haya implementado con anterioridad, o posterioridad, un modelo de prevención penal, respectivamente.

El alcance de esta norma si bien inicialmente solo se limitaba al delito de cohecho activo transnacional, tras las modificaciones introducidas por el Decreto Legislativo n.º 1352¹⁶ y Ley n.º 30835¹⁷, se amplió el abanico de delitos que conducen a la responsabilidad autónoma de las personas jurídicas por los delitos de cohecho activo genérico, cohecho activo específico, lavado de activos, financiación del terrorismo, colusión desleal y tráfico de influencias. Plasmándose, de esta manera, la tendencia legislativa que existe a nivel comparado de ampliar el catálogo de delitos por los cuales una persona jurídica puede ser sancionada.

En este escenario, la prevención de los riesgos de infracción penal a través de un programa de cumplimiento, es una herramienta indispensable para una gestión eficiente de las personas jurídicas, dado que les permitirá evitar el coste reputacional que significa estar inmerso en un proceso penal. Mientras que, para el Estado, estos modelos de prevención son la forma más idónea de controlar los centros de riesgo que representan las personas jurídicas, razón por la cual desplaza sus deberes de vigilancia al ente corporativo, por encontrarse este en una mejor posición para realizar dicha labor (Palomino y Madrid 2017: 38).

Es por ello que, el impulso del Estado peruano para que las personas jurídicas implementen mecanismos de prevención no culminó con la emisión de la Ley n.º 30424, sino que continuó a través de las siguientes medidas:

¹⁵ Es recién en el año 2007, que estas políticas tuvieron mayor incidencia, al punto de formar un sistema de lucha contra el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo, cuando la Unidad de Inteligencia Financiera - UIF fue incorporada como Unidad Especializada a la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones, mediante Ley n.º 29038.

¹⁶ Del 07 de enero de 2017, amplió el alcance de la Ley n.º 30424 a los delitos de cohecho activo específico, cohecho activo genérico, lavado de activos y financiamiento del terrorismo

¹⁷ Del 02 de agosto de 2018, amplió el alcance de la Ley n.º 30424 a los delitos de tráfico de influencias y colusión desleal.



- En **diciembre de 2016**, la Comisión de Integridad que formó el Poder Ejecutivo con la finalidad de enfrentar los fenómenos de corrupción que se presentaron en el gobierno, emitió un Informe con 100 recomendaciones, entre las cuales se aconsejaba que se exija a las personas jurídicas, que contraten con el Estado o se relacionen con este de alguna manera, el establecimiento progresivo de programas

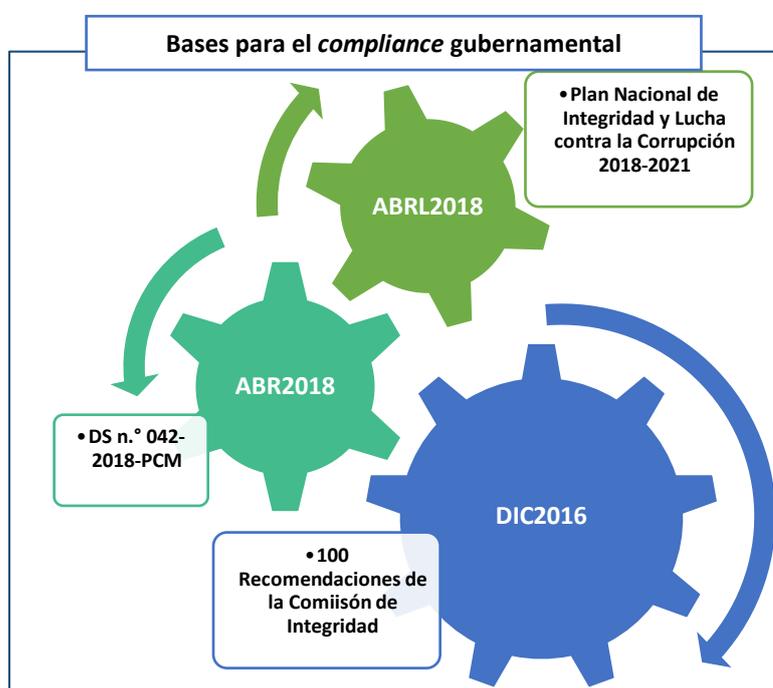
de prevención contra prácticas de corrupción, debidamente certificados (2016: Recomendación 92).

- El **26 de abril del 2018**, en el Plan Nacional de Integridad y Lucha contra la Corrupción 2018-2021, elaborado por la Comisión de Alto Nivel Anticorrupción (CAN) y aprobado mediante el Decreto Supremo n° 044-2018-PCM, en el Eje n.º2, se consideró como una pauta para garantizar la integridad en las contrataciones estatales el “fomentar la implementación de programas de prevención (...) contra la corrupción y otras prácticas cuestionables en el sector empresarial, independientemente del tamaño de la empresa y el rubro de negocio”.
- El **09 de marzo de 2018**, tras las recientes investigaciones por hipotéticos casos de corrupción, el Estado peruano emitió la Ley n.º 30737 a fin de resguardar el pago de la reparación civil por estos hechos, imponiendo una serie de obligaciones a las empresas involucradas en estas investigaciones, entre las cuales se reguló la obligación de implementar sistemas de prevención (art. 13). A los dos meses de la emisión de esta norma, el 09 de mayo de 2018, se aprobó el Reglamento de la citada Ley, que desarrolla los procedimientos para ejecutar estas obligaciones.
- El **16 de setiembre de 2018**, el Decreto Legislativo n.º 1444 modificó la Ley de Contrataciones del Estado, disponiendo en su art. 50.10 que la implementación de modelo de prevención “debidamente certificado, adecuado a su naturaleza, riesgos, necesidades y características de la contratación estatal, consistente en medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir actos indebidos y conflictos de interés o para reducir significativamente el riesgo de su comisión” será un criterio que permitirá

reducir la sanción administrativa por infracciones a la Ley de Contrataciones del Estado, hasta por debajo del mínimo previsto¹⁸.

Estas medidas dan cuenta de la importancia que tienen los programas de cumplimiento para el Estado peruano en la prevención, detección y mitigación de delitos; así como también en la promoción de la integridad y transparencia en la gestión de las personas jurídicas, conforme se ha expresado en art. 1 del Reglamento de la Ley n.º 30424, que fue aprobado mediante Decreto Supremo n.º 002-2019-JUS del 09 de enero de 2019.

El Estado peruano también ha advertido que no es suficiente que las obligaciones de prevención recaigan solo en los entes particulares, sino que también es necesario que las entidades estatales implementen mecanismos de prevención, de modo tal que se den las condiciones necesarias para que la integridad y transparencia sean las reglas de juego en la interacción entre particulares y el Estado. La delimitación de estas medidas ha sentado las bases de lo que se denomina el *compliance* gubernamental, a través de las siguientes acciones:



- En **diciembre de 2016**, Comisión de Integridad del Poder Ejecutivo, dentro de sus 100 recomendaciones, también propuso la implementación de medidas de prevención en las entidades públicas, a través de los modelos de integridad (2016: Recomendación 0-14).

¹⁸ Esta norma también impone una serie de prohibiciones de contratar con el Estado a aquellas personas jurídicas cuyos representantes hayan sido condenados (en el Perú o en el extranjero) por los delitos de concusión, corrupción de funcionarios, enriquecimiento ilícito, tráfico de influencias, que hayan reconocido la comisión de estos (art. 11, incisos m y n) Ver: http://portal.osce.gob.pe/osce/sites/default/files/Documentos/legislacion/ley/2018_DL1444/TUO_ley-30225-DS-082-2019-EF.pdf. Ello ha sido desarrollado en Detalle en el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo n.º 344-0218-EF, vigente desde el 30 de enero de 2019. Disponible en: http://portal.osce.gob.pe/osce/sites/default/files/Documentos/legislacion/ley/2018_DL1444/DS%20344-2018-EF%20Reglamento%20de%20la%20Ley%20N%C2%B0%2030225.pdf

- El **22 de abril de 2018**, mediante el Decreto Supremo n.º 042-2018-PCM, se creó la Secretaría de Integridad Pública en la Presidencia de Consejo de Ministros, como responsable de ejercer técnicamente la dirección de la Política Nacional de Integridad y Lucha contra la Corrupción del Perú, y de desarrollar los mecanismos e instrumentos para prevenir y gestionar de forma integral los riesgos de corrupción en los que puedan incurrir los servidores y entidades públicas (art. 8), entre los cuáles se encuentran (art. 4 y 6): los códigos y cartas de buena conducta administrativa; los mecanismos de seguimiento de integridad pública; el programa de integridad; los lineamientos para elaboración de informes de rendición de cuentas; el registro de gestión de intereses; la guía para el manejo de intereses; los lineamientos para la gestión de conflictos de intereses; declaración jurada de intereses; mecanismos de reporte de denuncias; y otros que persigan fines sustentados en la ética.
- El **26 abril del 2018**, en el Plan Nacional de Integridad y Lucha contra la Corrupción 2018-2021, elaborado por la Comisión de Alto Nivel Anticorrupción (CAN) y aprobado mediante el Decreto Supremo n.º 044-2018-PCM, en el Eje n.º2, se estableció el deber de que las entidades públicas peruanas implementen herramientas que incorporen a la integridad pública en la gestión, a través de la educación y promoción de valores, así como el aseguramiento de mecanismos de investigación y sanción de la corrupción, a través de la incorporación de modelos de integridad.

Todas estas medidas que el Estado peruano ha ido tomando de forma progresiva, denotan que para prevenir de forma eficiente la comisión de delitos en el marco de las personas jurídicas no será suficiente la imposición de sanciones, sino que hará falta fomentar la implementación de mecanismos de prevención que promuevan la integridad y transparencia en la gestión de estos entes corporativos, sean privados o públicos.

III. SOBRE EL COMPLIANCE Y SUS COMPONENTES

Conforme lo hemos indicado, el *compliance* al ser una forma de organización que busca garantizar que la persona jurídica cumpla con todas sus obligaciones legales y sus compromisos suscritos (Asociación Española de Normativización y Certificación 2015: 3.17, 316, 3.15 y 3.14), es de carácter multidisciplinario y se encuentra diseñado para prever, mitigar y gestionar los diferentes riesgos de un negocio, según su naturaleza, necesidades y características.

Uno de estos riesgos es el derivado del incumplimiento de la normativa penal, que podría conducir a que se imponga sanciones (penales o administrativas) a las personas jurídicas, según lo se establece la Ley n.º 30424 e importantes normas extranjeras que se caracterizan por ser de aplicación transfronteriza para combatir la comisión de actos de corrupción empresarial (FCPA, UK Bribery Act y CFPOA).

Siendo esto así, no le falta razón a Nieto cuando sostiene que “Los programas de cumplimiento constituyen el conjunto de medidas que la empresa debe adoptar para contar con una organización virtuosa y no ser responsable penalmente o ver rebajada su sanción en el caso en el que alguno de sus empleados (administradores, directivos, trabajadores, etc.) realice un delito en el desempeño de sus funciones” (2013: 181).

En otras palabras, a las empresas que cuenten, al momento de la comisión de un delito, con medidas eficaces de prevención y detección de delitos se les eximirá de responsabilidad. En cambio, la adopción de dichas medidas con posterioridad al hecho delictivo, conducirá solamente a la imposición sanciones atenuadas. Es evidente, conforme se encuentra regulado en la Ley n° 30424, que el legislador peruano privilegia la oportuna implementación de programas de cumplimiento.

Lógicamente, si una empresa no cuenta con programas de cumplimiento se encontrará expuesta a la imposición de durísimas sanciones. Lo que, a decir de Nieto, conllevará a que vea “reducido su valor de mercado, en cuanto que lógicamente su comprador reducirá el precio en función del riesgo penal que entraña su compra” (2018: 11).

De otro lado, cabe indicar que, si bien la Ley n.º 30424, tiene todo un apartado destinado a la regulación de los elementos mínimos que debe tener un programa de cumplimiento para que pueda eximir de responsabilidad a la persona jurídica o atenuar su sanción. Lo cierto es que estos recién fueron desarrollados con mayor amplitud en su Reglamento, que fue publicado después de un año de su entrada en vigencia.

Estas pautas eran necesarias para guiar a las personas jurídicas en el diseño e implementación de su modelo de prevención penal, que no es una tarea fácil, sobre todo porque este variará según las características de cada persona jurídica, en tanto que se trata de un “traje hecho a medida”, que solo podrá generar una cultura de cumplimiento al interior de la organización, en la medida que exista compromiso de sus altos directivos en la labor de prevención.

Los modelos de prevención, entonces, no se limitan solo a la gestión de riesgos, a modo de una práctica ritual que se encuentre alejada de un auténtico compromiso de parte de la organización, sino que es necesaria la promoción de una cultura de cumplimiento de la legalidad, que es un componente esencial para que estemos ante buenos ciudadanos corporativos y que —según se indica en la experiencia comparada— nos permite apreciar que la Ley n.º 30424 se acerca a un modelo de responsabilidad penal, de ahí que su reglamento indique que la exigente de responsabilidad que estos representan, se basa en la promoción de la integridad y transparencia en la gestión de las personas jurídicas (Reglamento de la Ley n.º 30424, art. 1).

En lo que respecta a los elementos mínimos que deberá tener el modelo de prevención para que las personas jurídicas puedan ser beneficiadas con una exigente de responsabilidad, en el art. 17.2 de la Ley n.º 30424 se indica como indispensables: i) Identificación, evaluación y mitigación de riesgos; ii) un

encargado de prevención, designado por el máximo órgano de gobierno de la persona jurídica o quien haga sus veces, según corresponda, que debe ejercer su función con autonomía; iii) la implementación de procedimientos de denuncia; iv) la difusión y capacitación periódica del modelo de prevención; y v) la evaluación y monitoreo continuo del modelo de prevención.

El Reglamento de la Ley n.º 30424, además, regula otros 6 elementos adicionales para que puedan ser implementados de forma voluntaria por las personas jurídicas, en uso de su autorregulación, con la finalidad de que sus moldes de prevención tengan los controles que mejor se adapten a sus necesidades. Estos elementos son los siguientes: vi) políticas para áreas específicas de riesgos; vii) registro de actividades y controles internos; viii) la integración del modelo de prevención en los procesos comerciales de la persona jurídica; ix) designación de una persona u órgano auditor interno; x) la implementación de procedimientos que garanticen la interrupción o remediación rápida y oportuna de riesgos; y, xi) mejora continua del modelo de prevención (art. 33).

Si bien, con estos últimos elementos, el citado Reglamento trata de cubrir algunas omisiones incurridas por la Ley n.º 30424, ello no resulta satisfactorio, en tanto que componentes, como las políticas de reacción, el código de ética o la mejora continua, no son elementos adicionales de un programa de cumplimiento, sino que más bien son estructurales¹⁹ (Nieto, 2015: 125-127); y, por ende, su implementación será tomada en cuenta para evaluar su idoneidad²⁰ y para determinar una posible sanción contra la persona jurídica²¹.

Podría señalarse, incluso, que las pautas que brinda el Reglamento de la Ley n.º 30424 sobre los modelos de prevención no se limitan solo a la prevención de las infracciones penales que gatillan la responsabilidad autónoma que regula la Ley n.º 30424, pues también busca la prevención o detección de los conflictos de intereses que puedan surgir al interior de la persona jurídica (art.34), lo que posiblemente sea un aspecto más relacionado a los riesgos de corrupción privada, que no es un delito comprendido –hasta ahora– en la citada Ley.

Esta amplitud en los mecanismos de prevención quizá tenga su origen en la finalidad que el Reglamento de la Ley n.º 30424 le otorga a los modelos de prevención, pues para esta norma estas herramientas de prevención no se limitan a la gestión de los riesgos que podrían ocasionar una sanción autónoma para la persona jurídica, sino que busca implementar una cultura de cumplimiento e integridad en la organización (art. 1).

¹⁹ El Profesor Adan Nieto identifica estos elementos como básicos de un programa de cumplimiento, de acuerdo a diversas guías y normas internacionales que han regulado este tema.

²⁰ En el art. 48 del reglamento, se indica por ejemplo que la Superintendencia del Mercado de Valores evaluará, entre otras cosas, el diseño y procedimientos de cumplimiento, las políticas y procedimientos aplicables, la respuesta a las investigaciones, etc.

²¹ En el art. 12 de la Ley n.º 30424, establece como criterios atenuantes de la responsabilidad autónoma de las personas jurídicas a i) la colaboración objetiva, sustancial y decisiva en el esclarecimiento del hecho delictivo, hasta antes del inicio de la etapa intermedia, ii) El impedimento de las consecuencias dañosas del ilícito, iii) La reparación total o parcial del daño, entre otros, que están claramente ligados a la reacción que tiene la persona jurídica ante el descubrimiento de un hecho ilícito en el marco de sus actividades.

Sin embargo, el cumplimiento de esta finalidad debe tener en cuenta las características de cada persona jurídica, en tanto que su exposición a riesgo dependerá de la complejidad de su organización y de las actividades que realiza. En consonancia con ello, el Reglamento de la Ley n.º 30142 prevé un régimen de prevención más flexible para la micro, pequeña y mediana empresa, a quienes no se les pedirá el cumplimiento de todos los elementos mínimos que regula la Ley n.º 30424, sino que estos podrán ser adecuados a sus necesidades específicas, de acuerdo a sus propias particularidades (art. 44).

El Reglamento de la Ley n.º 30424 otorga también criterios para identificar cuándo estamos ante una micro, pequeña y mediana empresa en función a sus ventas anuales, este criterio será reemplazado por el número de trabajadores, cuando se trate de entes sin fines de lucro o ante aquellos en los que no se pueda determinar su nivel de ingresos anuales²².

Lamentablemente, a pesar de esta consideración no se desarrolla cuáles son los mínimos criterios que debe de cumplir un modelo de prevención en la micro, pequeña y mediana empresa, pues el único elemento que, según el citado Reglamento, debe cumplirse en cualquier tipo de persona jurídica – independientemente de su tamaño o complejidad– es la evaluación de riesgo, mientras que el resto de lineamientos que se deberá seguir en este régimen más flexible será desarrollado por el Ministerio de la Producción, a través de normas de rango inferior como reglamentos o directivas (art.6).

Esta falta de precisión puede causar dos efectos, por un lado, inseguridad en la micro, pequeña y mediana empresa, al no tener un referente para implementar un modelo de cumplimiento que pueda ser calificado como idóneo; y por otro, reducción a su mínima expresión del programa de cumplimiento, identificándolo únicamente con la evaluación de riesgos, que si bien es un elemento central en todo sistema de prevención, no causa ningún efecto sin un conjunto de valores que determinen la cultura de cumplimiento de la entidad, de controles que verifiquen el respeto de estos valores, y de herramientas que ayuden a denunciar los errores del sistema.

En el Perú, la regulación de estos mínimos elementos que deben cumplir las personas jurídicas en la implementación de sus programas de cumplimiento es esencial no solo para determinar si estas podrán beneficiarse de una eximente o una causa de atenuación de las sanciones que se le pueden imponer de forma autónoma por los delitos previstos en la Ley n.º 30424, sino que también, son incluso importantes para poder iniciar formalmente una investigación penal en su contra, puesto que el Ministerio Público no podrá hacerlo si previamente no cuenta con un Informe Técnico de la Superintendencia del Mercado de Valores peruana que analice la implementación y funcionamiento de su modelo de prevención (art. 18). Si dicho informe indica que el programa de cumplimiento es adecuado, el Ministerio Público deberá disponer el archivo de la investigación.

²² En estos casos, se considerará gran empresa a aquella que tenga más de 250 trabajadores; mediana empresa, cuando tenga entre 51 y 250 trabajadores; pequeña empresa, entre 11 y 50 trabajadores; y micro empresa, entre 1 y 10 trabajadores (Art. 3).

Es por ello, que el Reglamento de la Ley n.º 30424 reserva todo un apartado para regular los criterios que serían calificados por la Superintendencia de Mercado de Valores en este Informe Técnico y cómo se llevará a cabo esta labor (art. 46 y ss.). Así, se establece que para calificar la idoneidad de los modelos de prevención de las personas jurídicas que pretenda investigar el Ministerio Público, la Superintendencia del Mercado de Valores deberá tomar en cuenta 11 parámetros, que no son desarrollados en estricto, debido a que la evaluación de tal idoneidad es un trabajo mucho más complejo que un mero *check list* (Caro Coria 2019). El propio Reglamento reconoce que modelos de prevención deben estructurarse en función a la complejidad de cada persona jurídica (art. 31), siendo determinante que sus máximos órganos de gobierno se encuentren comprometidos e involucrados en la función de prevención.

Como puede advertirse, este Reglamento que fue emitido tras un año en vigencia de la Ley n.º 30424 brinda herramientas para una mejor comprensión de lo que son los modelos de prevención, pero de ningún modo acaba el debate, aún se encuentran pendientes las pautas concretas para ensamblar, en estos modelos de prevención, las otras obligaciones de prevención que se derivan, por ejemplo, del Sistema de Prevención de Lavado de Activos (*compliance* sectorial), y los otros aspectos que hemos venido exponiendo.

IV. PASOS QUE DEBE SEGUIR UNA ORGANIZACIÓN PARA IMPLEMENTAR UN MODELO DE PREVENCIÓN

Los modelos de prevención, entonces, son un componente trascendental en el contexto normativo actual, lo que ha determinado que aquella tendencia empresarial por mejorar las políticas de gestión y de promover una cultura de cumplimiento en sus organizaciones se vea fomentada en atención al beneficio que estas representan. Definitivamente, una organización que identifica sus riesgos, que los gestiona y que imprime esta mecánica a su ADN corporativo tiene una ventaja competitiva indiscutible. El reto está en implementar estas medidas de forma razonable, donde lejos de ser una carga para la organización, sea una herramienta útil para su gestión. Para ello se deberá seguir, principalmente, los siguientes pasos:



- **Paso 1. Conocimiento de la entidad:** como ya hemos indicado, los programas de cumplimiento no se elaboran en masa, sino que deben ser diseñados de acuerdo a las actividades y dimensiones de la empresa. Por lo que, el primer paso para implementar un programa de cumplimiento será conocer la entidad, su organización, cuáles son sus actividades, sus objetivos, los procesos²³ que tiene para llevar a cabo estas actividades, las personas que intervienen en cada uno de ellos y los que se encuentran a cargo de cada proceso.
- **Paso 2. Definir y formalizar el contenido de la función:** una vez que se conoce la organización, se debe diseñar la política *compliance*, definiendo la persona o personas que llevaran a cabo la tarea de cumplimiento, sus funciones, recursos y su relación con el sistema de gobierno de la organización. Ello garantizará que el oficial de cumplimiento cuente con los recursos necesarios para cumplir con su labor y que tenga un acceso directo a la alta dirección, la misma que debe involucrarse de forma activa en las funciones de cumplimiento.
- **Paso 3. Identificación y evaluación del riesgo de cumplimiento:** una vez definida la función de cumplimiento al interior de la organización de la entidad, se debe realizar el análisis de los riesgos a los que se ve expuesta la entidad en el ejercicio de sus actividades: Esta actividad es la más compleja y en base a la cual se diseñará todo el modelo de prevención y consistirá, principalmente, en lo siguiente:
 - o Identificación del universo de compromisos y requerimientos de *compliance* (los que asumo voluntariamente y aquellos a los que estoy obligado)
 - o Definición de criterios para la evaluación de riesgos (determinar en qué se basa la probabilidad: ocurrencias, relevancia, cantidad de transacciones, complejidad del riesgo, personas involucradas en el proceso, etc.)
 - o Identificación del inventario de riesgos, en función de cada uno de los procesos y de los objetivos que tiene la organización.
 Ejemplo:

INVENTARIO DE RIESGOS ÁREA COMERCIAL (EMPRESA FARMACÉUTICA)				
Objetivo 1: Que la venta anual del 2019, se logre alcanzar un incremento del 20% de las ventas realizadas en el último semestre.				
Id	Descripción	Probabilidad	Impacto	Tipo de riesgo
R-01	Que se otorguen regalos a los médicos para la obtención de contratos	Muy Alto	Alto	Cohecho
R-02	Que se obtengan contratos en función a un grado de familiaridad con los encargados	Medio	Alto	Cohecho

²³ El art. 5 del Reglamento de la Ley n.º 30424, define como proceso al “conjunto de actividades mutuamente relacionadas que interactúan para elaborar o transforman algún elemento” al interior de una persona jurídica.

- Identificación y evaluación de controles (políticas y los procedimientos que tiene la entidad para controlar los riesgos relacionados a la realización de sus actividades).
- Evaluación del riesgo residual (aquel que resulta después de someter al riesgo identificado con los controles aplicados) (art. 5 del Reglamento de la Ley n.º 30424)
- Diseño de medidas de respuesta (evitar, reducir, compartir, aceptar). Ejemplo:

IDENTIFICACIÓN Y EVALUACIÓN DE CONTROLES ÁREA COMERCIAL							
Objetivo 1: Que la venta anual del 2019, se logre alcanzar un incremento del 20% de las ventas realizadas en el último semestre.							
Id	Descripción	Probabilidad	Impacto	Tipo de riesgo	Control	Grado de cumplimiento	Medida
R-01	Que se otorguen regalos a los médicos para la obtención de contratos	Muy Alto	Alto	Cohecho	Política de control de regalos	Existe una política de control de regalos pero no se impone topes máximos de valor	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Establecer topes máximos de valor ✓ Política de caja chica ✓ Implementar canales de denuncia

- Documentación de matriz de riesgos y controles (los resultados de la evaluación de riesgos deben ser documentados en una matriz de riesgos y controles)
- **Paso 4. Establecimiento del programa de *compliance*:** a partir del mapeo de riesgos elaborado se debe priorizar las acciones a realizar, es decir, la manera en que la organización debe actuar frente a los riesgos identificados para conseguir su adecuada detección, prevención y gestión. Este conjunto de medidas se plasmará en elaboración de códigos de conducta, establecimiento y diferenciación de competencias, creación de canales internos de transmisión de información, segmentación de información sensible, establecimiento de un sistema de denuncias, entre otros.
 - **Paso 5. Implementación del programa de cumplimiento:** una vez que la alta dirección haya aprobado el plan de cumplimiento, este será presentado en forma progresiva y a todos los niveles de la empresa los códigos de conducta diseñados. El objetivo es ir formando una cultura de cumplimiento al interior de la empresa, que sus integrantes no solo conozcan el programa de cumplimiento y la implicancia de este en cada uno de sus labores, sino que lo entiendan y lo sigan.
 - **Paso 6. Consolidación y perfeccionamiento:** se buscará mantener el sistema de cumplimiento, evaluando de forma periódica sus fallas y

aciertos, reformulando lo que se tenga por necesario para mantener la vigencia del programa.

La implementación de un modelo de prevención es una labor compleja, porque debe estructurarse de acuerdo a las necesidades de la organización, de forma tal que coadyuve a la consecución de sus objetivos corporativos, sin que ello signifique el incumplimiento de ninguna de sus obligaciones legales y compromisos. Cuando la entidad logre este equilibrio se gestionará de forma eficiente. Si bien ello no garantizará que no se realice una infracción penal en el ejercicio de las actividades de una persona jurídica, sí podrá evitar que sea sancionada por dicho ello o que se le atenúe la sanción.

Un sistema de cumplimiento no se agota en una evaluación de riesgos, aun cuando este sea su componente basal, lo esencial es que estos se analicen en función a los objetivos que persigue la organización y que se impregne el cumplimiento en su cultura organizacional, de forma tal que una gestión eficiente pueda engranar todos estos componentes. Este es el camino en el que se encuentran las personas jurídicas peruanas fruto del contexto normativo que se ha formulado en relación a ellos.

BIBLIOGRAFÍA

- ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE NORMATIVIZACIÓN Y CERTIFICACIÓN (AENOR)
2015 *UNE-ISO 19600*. Sistemas de gestión de Compliance (norma española). Madrid, abril.
- CARO, Carlos
2019 *Sobre el nuevo reglamento de la Ley n.º 30424 de responsabilidad “administrativa” (penal) de la persona jurídica*. En *Legis.pe*. Consulta: 25 de abril de 2019.
<https://legis.pe/reglamentarismo-non-tailor-made-nuevo-reglamento-ley-30424-de-responsabilidad-administrativa-penal-persona-juridica/>
- COMISIÓN DE ALTO NIVEL ANTICORRUPCIÓN PERUANA
2018 *Plan Nacional de Integridad y Lucha Contra La Corrupción 2018-2021*. Perú. Consulta: 01 de marzo de 2019
<http://can.pcm.gob.pe/wp-content/uploads/2018/04/Decreto-Supremo-N%C2%B0-048-2018-que-aprueba-el-Plan-Nacional-de-Integridad-y-Lucha-contra-la-Corrupci%C3%B3n-2018-2021.pdf>
2017 *Política Nacional de Integridad y Lucha Contra La Corrupción*. 2017. Perú. Consulta: 01 de marzo de 2019
<http://can.pcm.gob.pe/normas-nacionales/politica-nacional-de-integridad-y-lucha-contra-la-corrupcion/>
- COMISIÓN NACIONAL SUPERVISORA DE EMPRESAS Y VALORES – CONASEV
2002 *Principios de Buen Gobierno Corporativo para las Sociedades Peruanas*. Perú. Consulta: 24 de abril de 2019
https://www.bvl.com.pe/descarga/principios_buen_gobierno.pdf
- COMISIÓN PRESIDENCIAL DE INTEGRIDAD FORMADA EN EL GOBIERNO DEL PRESIDENTE PEDRO PABLO KUCYNSKY
2016 *Informe Final de la Comisión Presidencial de Integridad*. Perú. Consulta: 01 de marzo de 2019
<https://plataformaanticorrupcion.pe/wp-content/uploads/2017/07/Informe-Final-Comision-Presidencial-de-Integridad.pdf>
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA PERUANO
2016 *Ley n.º 30424, Ley que regula responsabilidad administrativa de la persona jurídica*. Lima, 1 de abril. Consulta: 25 de abril de 2019.
<https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/ley-que-regula-la-responsabilidad-administrativa-de-las-pers-ley-n-30424-1370638-1/>
2019 *Reglamento de la Ley n.º 30424, Ley que regula responsabilidad administrativa de la persona jurídica*. Lima, 8 de enero. Consulta: 25 de abril de 2019.

<https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/reglamento-de-la-ley-n-30424-ley-que-regula-la-responsabil-decreto-supremo-n-002-2019-jus-1729768-3/>

- NIETO, Adán
2013 “Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho penal”. En L. Kuhlen, J.P. Montiel e I. Ortiz de Urbina. *Compliance y teoría del derecho penal*. Madrid, Marcial Pons, pp. 21-50
2015 “Fundamentos y estructura de los programas de cumplimiento normativo”, en: NIETO, Adán (dir.). *Manual de cumplimiento penal de la empresa*. Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 125-127.
2018 “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en Perú: consideraciones desde una perspectiva comparada”. *Boletín Académico*. Lima, n.º 48, pp. 8-18. Consulta: 29 de marzo de 2019.
<http://www.oreguardia.com.pe/media/uploads/derecho-penal/Ad%C3%A1n-Nieto,-LA-RESPONSABILIDAD-PENAL-DE-LAS-PERSONAS-JUR%C3%8DDICAS-EN-PER%C3%9A.pdf>

- PALOMINO, Walter y Cecilia MADRID
2017 “Responsabilidad “administrativa” de las personas jurídicas e importancia de los programas de cumplimiento, a propósito del Decreto Legislativo n.º 1352”. *Actualidad Penal*. Lima, nº 38. pp. 37-62.

- PODER EJECUTIVO PERUANO
2018 *Decreto Supremo n.º 042-2018-PCM*. Perú: Consulta: 24 de abril de 2019
<https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/decreto-supremo-que-establece-medidas-para-fortalecer-la-int-decreto-supremo-n-042-2018-pcm-1639860-1/>

- SUPERINTENDENCIA DE MERCADO DE VALORES – SMV
2013 *Código de buen Gobierno Corporativo Para Las Sociedades Peruanas*. Perú. Consulta: 24 de abril de 2019
http://www.smv.gob.pe/Uploads/CodBGC2013%20_2_.pdf

LA PRUEBA TRASLADADA

Resumen:

El procedimiento especial de colaboración eficaz reconoce al fiscal la posibilidad obtener elementos de convicción fuera del proceso penal común. La prueba trasladada asume así un papel trascendental en la consecución de los fines de este procedimiento especial (proceso originario), en tanto que permite –finalmente– la incorporación “satisfactoria” de los elementos obtenidos al mismo proceso penal (proceso receptor). Se trata pues de un conjunto de actos jurídicos procesales que habilitan el traslado de la evidencia ya practicada en un proceso judicial a otro.

En las siguientes líneas delimitaremos el marco legal aplicable a la figura de la prueba trasladada en el proceso penal, su fundamento constitucional, los presupuestos que deben tenerse en cuenta para su aplicación, así como el valor probatorio del mismo. Sin duda, definir todos estos aspectos supondrá un insumo importante al lector para comprender cuál es su función y finalidad para que, de este modo, puedan definirse las reglas de su correcta aplicación; sin que ello suponga, evidentemente, la transgresión de los principios y derechos procesales recogidos además en nuestra constitución.

Palabras claves:

prueba trasladada, colaboración, eficaz, libertad de prueba, principio de unidad jurisdiccional.



Autor: José Luis Rivera Villanueva

LA PRUEBA TRASLADADA EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL DE 2004. LINEAMIENTOS GENERALES (I)

THE TRANSFERRED EVIDENCE IN THE CRIMINAL PROCEDURE CODE 2004. GENERAL GUIDELINES (I)

José Luis Rivera Villanueva

El uso cada vez más generalizado del procedimiento de colaboración eficaz implica que la obtención de los elementos de convicción por parte de la fiscalía se produzca, muchas veces, fuera del proceso penal común.

Tal situación ha llevado a la fiscalía a hacer uso de la “prueba trasladada” como un mecanismo destinado a incorporar al proceso penal común la evidencia obtenida en el procedimiento especial de colaboración eficaz²⁴. Más aun, luego de la aprobación del D. Sup. n.º 007-2017-JUS.

Esta práctica genera la necesidad de estudiar los alcances de la prueba trasladada, no solo relacionados a su naturaleza jurídica, su marco constitucional y sus límites constitucionales, sino también a su procedencia, su ámbito de aplicación, y los problemas que se hayan presentado. Con este objeto se desarrollan las siguientes líneas.

7. Introducción

La implementación de un sistema de audiencias –propias de un modelo acusatorio–, cuyo escenario estelar radica en el juicio oral, coincide con la preocupación del legislador de garantizar que el cumplimiento de sus reglas se cumpla en la práctica, máxime cuando dichas reglas son tan exigentes en términos de recursos humanos, logísticos y económicos²⁵.

Dicha preocupación se manifiesta en la regulación de una serie de mecanismos tendientes a simplificar el procedimiento, hasta el punto de prescindir del juicio oral –o de todo el proceso penal– a cambio de la admisión de los cargos formulada por el imputado. La regulación de los diversos mecanismos de simplificación procesal

²⁴ Un caso reciente en el que se ha discutido la procedencia de dicha institución cuando ya se concluyó la etapa de investigación preparatoria, se tiene en la audiencia de tutela de derechos promovida por la defensa técnica del ex presidente, Ollanta Humala Tasso, y su esposa Nadine Heredia Alarcón (TV, 2019).

²⁵ Esta particularidad, en definitiva, es una constante que se ha presentado, generalmente, en perjuicio de la defensa y su patrocinado, tal y como lo refiere MONTROYA OCAMPO:

“7.ª El juicio dentro del sistema acusatorio es demasiado costoso para el ciudadano, en razón a que el principio adversarial obliga a las partes a conseguir y a utilizar sus propios medios de prueba, aplicando una supuesta “igualdad de armas” entre la Fiscalía y la defensa. Mientras que aquella cuenta con la asistencia idónea que suministra el Estado para desarrollar su actividad, el ciudadano, por lo general, carece de los recursos económicos para contratar los servicios de un profesional del derecho que, junto con una adecuada organización técnico-científica en el campo, le permita realizar una oportuna y eficiente defensa. Por ende, con la privatización en la búsqueda, identificación, recaudo y embalamiento de los elementos materiales probatorios y de las demás actividades propias de la investigación criminal, termina perdiendo la parte más débil de la ecuación contradictoria” (2007: 46).

y/o mecanismos alternativos vigentes en el Código Procesal Penal de 2004 da cuenta de ello.

Lo propio también se advierte al interior del proceso penal común, ~~a~~ en cuyo interior, el legislador reguló la prueba preconstituida y anticipada, y las convenciones probatorias con el objeto de absolver respectivamente las siguientes interrogantes: primero, ¿Qué tratamiento corresponde dar respecto de aquellas fuentes u órganos de prueba que, debido a encontrarse inmersos en un peligro inminente o sobrevenido, su práctica durante el enjuiciamiento puede resultar inviable?; y, segundo, ¿Es imprescindible promover la actuación de pruebas durante el enjuiciamiento, incluso respecto de aquellos hechos sobre los cuales las partes no han manifestado contradicción alguna?

Sin embargo, la práctica ha presentado un supuesto no previsto en dicho cuerpo normativo. Este surgió, principalmente, a partir de casos complejos, y cuya persecución se podía producir a través de diversos procesos penales vinculados por hechos conexos; bien porque existe algún riesgo en la actuación de la evidencia en el nuevo juicio o porque, en definitiva, la mencionada actuación en el nuevo proceso resulta prácticamente imposible.

Tal supuesto dio lugar a un nuevo tratamiento del material probatorio, ya que este, a partir de ahora, no será necesariamente aquel obtenido y/o incorporado en el mismo proceso donde se producirá la práctica y valoración probatorias. Nos referimos a la “prueba trasladada”, regulada a partir de la entrada en vigencia de la Ley n.º 30077, y cuya entrada en vigor no se limitó a los procesos penales sustanciados por el Código Procesal Penal de 2004. También alcanzó los procesos amparados por el Código de Procedimientos Penales de 1939.

8. La prueba trasladada

En la doctrina inglesa, Bentham (2000) definía la prueba trasladada como una prueba inferior extrajudicial (pág. 2), toda vez que se predica de “... una prueba que ha sido producida ya jurídicamente, pero lo ha sido en otra causa, y donde es extraída para aplicarla a la causa en cuestión” (pág. 3). Este tipo de pruebas, a decir de dicho autor, “... comprende: 1º. El testimonio *inter alios*: testimonio exhibido ya jurídicamente pero en una causa entre otras partes. 2º. El testimonio *alio in foro*: testimonio exhibido ya jurídicamente, pero en otro tribunal, bien haya sido entre las mismas partes, bien entre otras diferentes” (pág. 3).

Así las cosas, dependiendo de una u otra modalidad de testimonio, el traslado de la prueba al proceso receptor podrá tener mayor o menor eficacia probatoria.

En relación a la literatura más reciente, Devis Echandía, refiriéndose al ordenamiento colombiano, define la prueba trasladada como “... aquella que se practica o admite en otro proceso y que es presentada en copia auténtica o mediante el desglose del original, **si la ley lo permite**” (2002: 349)²⁶, a la vez que Muñetones Roza explica que dicha institución probatoria comprende aquellas pruebas que “... producidas en un escenario distinto al juicio oral se hacen valer en éste” (2018: 140).

²⁶ Énfasis añadido.

Por su parte, en relación al ordenamiento argentino, Giannone destaca que la prueba trasladada "...es aquella que se practica y admite en otro proceso y que es presentada en copia auténtica o mediante el desglose del original si se trata de documento y **la ley lo permite en el segundo proceso**" (2007: 366)²⁷.

En relación al ordenamiento nacional, la Corte Superior de Justicia de Sullana, mediante el Pleno Jurisdiccional Distrital en materia penal de 14 de octubre del 2013, concluyó que la prueba trasladada comprende "... el desplazamiento material de las pruebas practicadas válidamente en un proceso a otro, cualquiera que sea el medio utilizado, llámese declaración de parte, testimonio de terceros, dictamen de peritos, inspección judicial, documentos, etc., al haber consagrado el código procesal penal el principio de libertad probatoria".

Saavedra Dioses destaca que la prueba trasladada se

"...trata de una prueba originalmente producida o provocada con ocasión de un juicio diferente a aquel en que, en el momento actual, pretende de nuevo hacerla valer y no cabe duda que se trata de una prueba cuya evacuación ha sido *extra litem*, pero que se la lleva a otro proceso, con el rigor de cualquier otra prueba normal, y que por tanto debe revestir todos los caracteres formales y materiales de una prueba producida en juicio" (2015: 167).

Herrera Guerrero explica que la prueba trasladada es aquella que "...se admite y practica en un proceso, pero que se incorpora a otro en copia certificada, pudiendo tener eficacia si hay identidad total o parcial de las partes; es decir, si las partes son las mismas o por lo menos coincide una de ellas, esto en virtud del principio de unidad jurisdiccional dentro del cual se señala el cumplimiento de ciertos requisitos" (2017).

A partir de estas definiciones, y tomando en consideración las diversas acepciones del término "prueba", bien sea como actividad, como medio y como resultado; consideramos que la "prueba trasladada" no hace referencia a un tipo de medio de prueba, ni mucho menos equivale a todos o cualquiera de los tipos de medios de prueba que, finalmente, pueden ser incorporados al enjuiciamiento penal sin necesariamente observar las reglas ordinarias de la actividad probatoria.

La prueba trasladada comprende un particular conjunto de actos procesales desplegados por los sujetos procesales, a efectos de incorporar la prueba, y cuya fuente –de prueba– no coincide con la escena del crimen, sino que comprende la misma práctica o actuación probatoria producida en el proceso de origen.

Desde esta perspectiva, la prueba trasladada, en realidad, constituye una ficción jurídica, creada por el legislador y delimitada por el principio de legalidad (Devis Echandía, 2002: 349; Giannone, 2007: 366), por lo que su estudio comprende un conjunto de hechos jurídicos procesales y/o actos jurídico procesales, cuyo concurso habilita la incorporación de la evidencia ya practicada en sede judicial –llamémosle, en el proceso judicial emisor– a otro proceso penal –llamémosle, proceso receptor–.

²⁷ Énfasis añadido.

9. Fundamento constitucional

A decir del Pleno Jurisdiccional Distrital en materia penal de la Corte Superior de Justicia de Sullana, de fecha 14 de octubre del 2013, la prueba trasladada se fundamenta en el derecho a la libertad de prueba. Esto es, en la prerrogativa establecida por el legislador, según la cual "...los hechos objeto de prueba pueden ser acreditados por cualquier medio de prueba permitido por Ley" (art. 157.1 CPP de 2004). Pudiendo, incluso, utilizarse excepcionalmente otros distintos, "...siempre que no vulneren los derechos y garantías de la persona, así como las facultades de los sujetos procesales reconocidas por la Ley" (art. 157.1 CPP de 2004).

Por su parte, Saavedra Dioses explica que la prueba trasladada se fundamenta en el principio de unidad jurisdiccional. Y es que, a decir de dicho autor,

"...la prueba trasladada a un determinado proceso es perfectamente válida y surte todos sus efectos por cuanto cualesquiera que sean las personas y el derecho material aplicable, sean juzgados y tribunales integrados al Poder Judicial, todos al ejercer potestad jurisdiccional tienen el mismo estatus y los mismos efectos, lo cual exige que exista un solo Poder Judicial, el cual no puede ser menos..." (2015: 172).

En igual sentido se pronuncia Herrera Guerrero, sin antes vincular el mencionado principio de unidad jurisdiccional al cumplimiento de ciertos requisitos (2017). De ahí que, por ejemplo, el legislador haya restringido el traslado de la prueba únicamente a aquellas admitidas y actuadas a nivel judicial (art. 20 Ley n.º 30077).

Por nuestra parte, no se advierte ninguna incompatibilidad en fundamentar la regulación de la prueba trasladada en el derecho a la libertad probatoria o al principio de unidad jurisdiccional, siempre y cuando, evidentemente, dicha observancia se produzca en sintonía con los límites constitucionales derivados de otros principios que subyacen al modelo procesal penal adoptado.

10. Prueba trasladada y sus límites constitucionales

Saavedra Dioses (2015: 165) explica que, en apelación a la supletoriedad de la legislación procesal civil respecto de la normativa procesal penal (Primera disposición final de las disposiciones complementarias del CPCivil), la prueba trasladada presentaría dos límites: Debe existir coincidencia total o parcial entre las partes procesales, salvo que el juez decida motivadamente lo contrario (art. 198.2 CPCivil) y que no es procedente el ofrecimiento de expedientes administrativos o judiciales en trámite (art. 240 CPCivil).

Sin embargo, continúa dicho autor, tales limitaciones no serían de recibo. Y es que, a decir de los incisos 1 y 2 del art. 157 del CPP de 2004, "Los hechos objeto de prueba pueden ser acreditados por cualquier medio permitido por ley" y "En el proceso penal no se tendrán en cuenta los límites probatorios establecidos por las leyes civiles, excepto aquellos que se refieren al estado civil o de ciudadanía de las personas".

En defensa de esta interpretación, Saavedra Dioses explica lo siguiente:

Se me podrá objetar diciendo que al realizar una interpretación literal del artículo 157 numeral 2 del Código Procesal Penal, se hace referencia a límites probatorios establecidos por las ‘leyes civiles’, mas no por las ‘leyes procesales civiles’, por lo que resulta ilógico pensar que en el proceso penal no pueda aplicarse las limitaciones que en el proceso civil, máxime si se está aplicando subsidiariamente el Código Procesal Civil con respecto a la prueba trasladada, al no existir una regulación expresa en el Código Procesal Penal. Sin embargo, deberá notarse que el dispositivo legal en mención se encuentra regulado en un Código adjetivo (...), por lo que la interpretación literal es incorrecta en este caso, pues lo que el dispositivo procesal hace referencia es a las limitaciones probatorias, independientemente de si estas se encuentran en el orden sustantivo civil o en el orden procesal civil, esto es, a las leyes (procesales) civiles, lo cual es corroborado con una interpretación sistemática con el numeral 1 del mismo artículo 157 del Código Procesal Penal; estableciéndose una única excepción: será de aplicación restrictiva, las limitaciones procesales civiles, en aquellos casos en que quiera probarse el estado civil o la ciudadanía de las personas. Pero, ¿por qué este carácter especial respecto a la no aplicación de las limitaciones probatorias en el proceso penal? Porque la vigencia de tales restricciones probatorias, las mismas que obedecen a un obstáculo formalista, podría generar la impunidad de algunos delitos (2015: 165-166)

En consecuencia, concluye Saavedra Dioses (2015: 166) que, en lo penal, es perfectamente posible promover la prueba trasladada de un expediente en trámite y entre partes no coincidentes en su totalidad.

Lo señalado pareciera guardar asidero en lo previsto en el art. 20.4 de la Ley n.º 30077. Y es que, al prescribir que “La persona a la que se imputa hechos o circunstancias acreditados en un anterior proceso penal tiene expedito su derecho para cuestionar su existencia o intervención en ellos...”, el legislador habría buscado salvaguardar el principio contradictorio respecto de la parte que no participó durante la práctica de la prueba en el proceso originario.

Consideramos que lo expuesto no es de recibo. Y es que se llega a sostener ello a partir de una interpretación formalista del art. 157.2 del Código Procesal Penal, sustentada en el carácter adjetivo de la norma contenida en ella, a partir del cual se señala que las limitaciones, también procesales en lo civil, no son de aplicación en lo penal en ningún caso, salvo cuando se refieran al estado civil o de ciudadanía de las personas. Sin embargo, en dicho análisis no se pregunta por la dimensión sustancial del sistema de garantías que subyace a tal opción legislativa²⁸.

Un análisis a partir del sistema de garantías que subyace a la fórmula legal contemplada en el art. 157.2 del CPP de 2004 permite preguntarse en qué casos, al margen de los supuestos referidos al estado civil o de ciudadanía de las personas, “los límites probatorios establecidos por las Leyes civiles” no son de aplicación en el ámbito procesal penal (art. 157.2 CPP de 2004).

²⁸ Hacemos la distinción entre la interpretación estrictamente formal y la sustancial, a partir de la dicotomía reconocida por Binder entre el puro formalismo y la forma, cuya diferencia radica en que mientras el primero alude a un análisis de las normas a partir de su dimensión externa o superficial; esta, la dimensión formal –no formalista–, parte del análisis y la identificación de las garantías a través de las cuales las normas se expresan (2000: 84).

Así las cosas, resulta que tal opción legislativa no se ha de aplicar automáticamente en todos los casos, ya que ello no permitiría distinguir aquellas limitaciones probatorias extrapenales que puedan sustentarse en garantías propias del fuero civil o aquellas que, a pesar de encontrarse en dicha rama del Derecho, son perfectamente compatibles con el fuero penal²⁹.

En este contexto, corresponde identificar si el fundamento constitucional de las limitaciones probatorias reguladas en los arts. 198 y 240 del Código Procesal Civil se fundamentan en garantías constitucionales que rigen únicamente el fuero civil o trascienden, incluso, al proceso penal.

10.1. ¿La limitación derivada del art. 198 del CPCivil es aplicable a la prueba trasladada en el proceso penal?

El art. 198 del Código Procesal Civil prescribe que la prueba trasladada procede cuando exista identidad plena o parcial entre las partes que intervinieron en uno u otro proceso. Por lo tanto, la limitación que se deriva de ello radica en que la prueba trasladada no procederá contra aquel que no participó durante la práctica de la prueba en el proceso judicial emisor.

A partir de dicho criterio, se tiene que la limitación encuentra su fundamento en el principio de bilateralidad, cuya observancia constituye "...condición esencial para su validez"³⁰ y se exterioriza "...en que [...] la prueba se haya introducido a pedido o con intervención controladora de la parte contra quien se intente utilizar el medio"³¹.

Nótese, en este punto, que la exigencia de bilateralidad derivada del art. 198 del CPCivil no es un asunto baladí. No es un problema de forma de la prueba, de procedimiento en el sentido estricto del término, sino de la garantía del contradictorio (Ledesma Narváez, 2011: 464). Couture lo explica en los siguientes términos:

"Lo que en este punto se trata de dilucidar no es tanto un problema de métodos prácticos de obtención, como una cuestión de garantía. Lo que se halla en juego es la posibilidad de hacer llegar al juicio pruebas que hayan sido objeto de impugnación (real o eventual) de la parte a quien perjudican. Más que una conclusión unánime, caben en este caso conclusiones particulares inherentes a cada proceso especial. Si en ellas el contradictorio ha sido posible, la prueba debe reputarse válida; si no lo ha sido, la prueba carece de valor de convicción. Y aun en el caso de que se admitan sin más eficacia que la de simples presunciones de hombre,

²⁹ A ello se refería Couture, al distinguir en los textos constitucionales, aquellas "... garantías [que operan], específicamente, frente a los peligros del proceso penal; los que consagran esas garantías también en forma específica frente al proceso civil; y, por último, los que en forma expresa o implícita abarcan ambos tipos de procesos" (2010: 117).

³⁰ Ver en ese sentido las Conclusiones del XXII Congreso Nacional de Derecho Procesal Paraná–Entre Ríos, celebrada entre el 12 y 14 de Junio de 2003.

³¹ Ver en ese sentido las Conclusiones del XXII Congreso Nacional de Derecho Procesal Paraná–Entre Ríos, celebrada entre el 12 y 14 de Junio de 2003.

en todo caso las posibilidades de fiscalización deben ser tenidas en cuenta por el magistrado, llamado a actuar en el nuevo juicio” (2007: 210).

Advertido, entonces, que esta limitación se sustenta en la vigencia de la garantía del contradictorio, resulta que tal fundamento no puede ser desatendido cuando nos encontramos en el caso del traslado de prueba en lo penal, más aun cuando en el modelo procesal adoptado, especialmente, el contradictorio no solo incide en la producción de prueba durante el juicio oral –principalmente, personal–; sino que también se desenvuelve como un derecho promovido por las partes a efectos de ser escuchadas por el juez sobre la base de una paridad jurídica, a la vez que constituye un método estructural del proceso penal, a través del cual se busca descubrir la verdad bajo el método del ensayo-error (Taboada Pilco).

Así las cosas, el fundamento de esta limitación, a partir de una interpretación desde la garantía del contradictorio, consiste en evitar que la prueba trasladada pueda ser utilizada contra aquel que, en definitiva, no tuvo la oportunidad de controlar u oponerse a su producción en el proceso originario.

Pero, ¿por qué la preocupación de que una de las partes que intervino en el proceso judicial emisor sea la misma contra quien se aduzca la prueba trasladada en el proceso receptor? Porque, al advertir que lo que se traslada no es el órgano de prueba, sino la transcripción de su declaración, es imprescindible que la parte contra quien se aduzca su práctica en el proceso receptor mínimamente haya tenido la oportunidad de impugnar o controlar la práctica del órgano de prueba en el juicio oral primigenio. Lo que, evidentemente, no será posible si la parte contra quien se aduce la prueba trasladada es distinta de aquella que intervino durante el enjuiciamiento en el proceso penal emisor.

De ahí que el costo de no observar este valor constitucional supondría exponer al ciudadano a una situación de indefensión material proscrita por la Constitución (art. 139.14), toda vez que este no estará en posibilidad de contradecir la actuación de la prueba que, en el nuevo juicio, se incorpora bajo la modalidad de copia certificada³².

En este punto es bastante ilustrativo el caso expuesto por Bentham, en el cual se pone en evidencia el estado de indefensión en que se encuentra el segundo demandante para cuestionar la credibilidad de los testigos o la eficacia de su declaración. Y es que, al encontrarse en el

³² A esta conclusión pareciera que también arriba SAAVEDRA DIOSES, al explicar que “La prueba producida en otro expediente judicial puede no ser seguido entre las mismas partes, sino entre un tercero y una de ellas (coincidencia parcial), siempre y cuando haya sido citada la parte procesal contra quien se pretende oponer y esta haya sido citada y haya tenido la oportunidad de intervenir, a efectos de garantizar el derecho de defensa y el contradictorio, por cuanto, la prueba trasladada está relacionada a la valoración que se efectúa en *strictu sensu* a una prueba admitida (medio de prueba), actuada y valorada (prueba propiamente dicha) en otro proceso penal; **siendo una condición de validez de la prueba trasladada, el respeto al principio de bilateralidad, donde la prueba haya sido introducida con intervención controlada de la parte contra quien se intenta utilizar**” (2015: 178). Énfasis añadido.

juicio receptor, la parte demandada contra quien se promueve la prueba trasladada, según la regla de esta institución, solo puede controlar la práctica de la copia certificada de la declaración testimonial³³, mas no al órgano de prueba.

Por lo tanto, en relación al mencionado art. 20.4.c de la Ley n.º 3077, es preciso denunciar la falta de acierto de dicha opción legislativa, toda vez que, en cualquier caso, el derecho de oposición reconocido en dicha disposición no incidirá en el órgano de prueba, sino en la transcripción de las declaraciones cuya práctica ya se produjo en el proceso de origen.

En la práctica se ha sostenido que tal limitación podría superarse con la concurrencia del testigo al acto de juicio oral, de modo que, en este contexto, las partes, sobretodo la que no intervino en el proceso de origen, tenga posibilidad de confrontarlo.

Sin embargo, consideramos que tal alternativa no es posible dentro del marco de la prueba trasladada. Y es que admitir la posibilidad de que el órgano de prueba puede concurrir al juicio oral del proceso receptor, supone negar la existencia de alguna circunstancia que pueda frustrar su actuación durante dicha etapa procesal. De ahí que, si se reconoce la posibilidad de confrontar directamente al órgano de prueba, lo que corresponde, desde un inicio, será promover su práctica según las reglas generales del proceso penal común.

10.2. En torno a la (im)posibilidad de trasladar los expedientes administrativos o judiciales en trámite

El Código Procesal Civil ha establecido otra restricción en relación a la procedencia de la prueba trasladada, al prescribir que “Es improcedente el ofrecimiento de expedientes administrativos o judiciales en trámite” (art. 240).

Al respecto, Saavedra Dioses destaca que tal limitación tampoco es de aplicación en el ámbito penal, en cumplimiento del art. 157.2 del CPP de 2004. Por lo tanto, dicho autor concluye que “...se puede invocar la prueba trasladada de un expediente en trámite” (2015: 176).

Sobre el particular, consideramos que la fórmula legal prevista en el art. 240 CPCivil, en realidad, no es una regla que limite directamente la

³³ El caso postulado por BENTHAM es el que sigue: “Juana Vernón, pretendiendo hallarse casada con Juan Batard, pero previendo que su matrimonio sería disputado, encuentra un amigo complaciente, que la demanda por una deuda, calificándola de hija de familia: esta le opone la pretendida calidad de mujer casada, y para sostenerlo presenta testigos que está muy lejos la supuesta parte contraria de rebatir por una contradicción demasiado fuerte. Si principia entre tanto el verdadero pleito sobre el hecho del matrimonio, se deberá admitir como prueba la anteriormente producida en el otro pleito. Si se admite, se debe conceder al pretendido marido el derecho de que se vuelvan a examinar los testigos que depusieron en el primer proceso. Pero si estos testigos eran a la sazón muertos o ausentes sin poder ser habidos ¿cuál sería entonces el valor de sus disposiciones? Ciertamente habiendo pasado el examen de estos testigos ante un juez, y por medio de la prueba del interrogatorio y del juramento serán sus dichos de mayor valor que el de una simple referencia manifestada extrajudicialmente; pero están muy distantes de poder compararse con el valor de una prueba directa” (2000: 4).

práctica de la prueba trasladada, sino que responde, en primer lugar, a la naturaleza propia del expediente –administrativo o judicial– como un

“...conjunto de papeles, documentos y otras pruebas que pertenecen a un asunto relacionado con el proceso judicial. Estos contienen las piezas escritas del proceso, agregadas sucesivamente y en orden de presentación, con las que se forma un solo cuerpo foliado con números y letras” (Ledesma Narváez, 2011: 544).

De ahí que, si bien la prohibición está dirigida a impedir la incorporación de todo un expediente –además de lo inoficioso que ello resultaría debido a su extensión–, ello no dice nada respecto de la posibilidad de trasladar, a través de copia certificada, determinadas pruebas que sí constan en el expediente judicial o administrativo en trámite (Ledesma Narváez, 2011: 545), más aun cuando el objeto de este mecanismo es, precisamente, salvaguardar la remisión de un medio de prueba y no de todo un expediente que, en definitiva, contiene diversas piezas escritas del proceso (art. 169 LOPJ), muchas de ellas no constitutivas de medios de prueba.

Lo expuesto, a su vez, guarda relación con la definición de expediente judicial prevista en el art. 136 del CPP de 2004, según el cual su contenido no solo comprende lo que técnicamente constituye medios de prueba o elementos de convicción, sino que, además, comprenden diversas piezas procesales, a través de las cuales se deja constancia del procedimiento. Estos son

los actuados relativos al ejercicio de la acción penal y de la acción civil derivada del delito; las actas en que consten las actuaciones objetivas e irreproducibles realizadas por la Policía o el Ministerio Público, así como las declaraciones del imputado; las actas referidas a la actuación de prueba anticipada; los informes periciales y los documentos; las resoluciones expedidas por el juez de la investigación preparatoria y, de ser el caso, los elementos de convicción que las sustentan; y las resoluciones emitidas durante la etapa intermedia y los documentos, informes y dictámenes periciales que hayan podido recabarse, así como –de ser el caso –las actuaciones complementarias realizadas por el Ministerio Público (art. 136.1 CPP de 2004).

De ahí que, tal y como lo sostiene Ledesma Narvaes en relación al fuero civil, en lo penal, la vigencia del art. 240 del CPCivil no supone ninguna restricción para que se pueda instar el traslado de determinados documentos admitidos y practicados en el expediente en trámite.

Lo señalado, además, se deriva de la vigencia del art. 349.1 del CPP de 2004, a partir del cual, a decir de Oré Guardia, el escrito de acusación debe contener la indicación de los elementos probatorios o de convicción en que se sustenta el requerimiento fiscal, además de designar aquellos cuya práctica se solicita para las sesiones de juicio. Es decir, “...se debe proponer la producción de la prueba que se considere útil, pertinente y conducente para acreditar todo aquello que se pretende probar y que ha

de servir de fundamento para la sentencia” (2016: 169-170), dentro del cual, evidentemente, no está comprendido el expediente y, mucho menos, aquel que se encuentre en trámite.

Este criterio encuentra respaldo constitucional en el derecho de defensa reconocido a favor de las demás partes, quienes al momento de promover el control de la acusación pueden observar la suficiencia, seriedad y licitud de los elementos de convicción que llevan al fiscal a fundar su imputación; así como también pueden evaluar la pertinencia y utilidad de las pruebas que se proponen para el juicio, a fin de evitar que se practiquen pruebas ilícitas o inútiles (Oré Guardia, 2016: 170), dentro del cual, evidentemente, el traslado de todo un expediente, sea culminado o en trámite, significará que las partes distintas al fiscal terminen expuestas a una situación de indefensión proscrita expresamente por la Constitución Política (art. 139.14).

11. La prueba trasladada en el Código Procesal Penal de 2004

La prueba trasladada comienza a regir en el Código Procesal Penal de 2004, a partir de la entrada en vigencia de la Ley n.º 30077 en 26 de julio del 2013, cuyo artículo 20 prescribió lo siguiente:

1. En los casos de delitos cometidos a través de una organización criminal, las pruebas **admitidas y actuadas** a nivel judicial pueden ser utilizadas o valoradas en otro proceso penal, siempre que su actuación sea de imposible consecución o de difícil reproducción debido al riesgo de pérdida de la fuente de prueba o de amenaza para un órgano de prueba.
2. En los casos en que no se presenten tales circunstancias, puede utilizarse los dictámenes periciales oficiales, informes y prueba documental **admitida o incorporada en otro proceso judicial**, dejando a salvo el derecho a la oposición de la prueba trasladada, la cual se resuelve en la sentencia.
3. La **sentencia firme que tenga por acreditada la existencia, estructura, peligrosidad u otras características de una determinada organización criminal, o que demuestre una modalidad o patrón relacionados a la actuación en la comisión de hechos delictivos, así como los resultados o consecuencias lesivas derivados de los mismos, constituye prueba respecto de tales elementos o circunstancias en cualquier otro proceso penal.**
4. Para estos efectos, debe tenerse en consideración los siguientes criterios:
 - a) El valor probatorio de la prueba trasladada está sujeto a la evaluación que el órgano judicial realice de todas las pruebas actuadas durante el proceso en que ha sido incorporada, respetando las reglas de la sana crítica, la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos.
 - b) La prueba trasladada debe ser incorporada válidamente al proceso, debiendo respetarse las garantías procesales establecidas en la Constitución Política del Perú.

c) La persona a la que se imputa hechos o circunstancias acreditados en un anterior proceso penal tiene expedito su derecho para cuestionar su existencia o intervención en ellos³⁴.

Un primer comentario que merece dicha fórmula legal radica en su carácter antitécnico, debido a lo extenso de la disposición, además de que en su configuración se han adoptado ciertos términos confusos, hasta el punto de que se haya incorporado otros supuestos que, en absoluto, no tienen ninguna relación con la prueba trasladada. Cada uno de estos aspectos será estudiado en los siguientes apartados.

11.1. Presupuestos materiales

El legislador ha sido tajante al establecer que “No son oralizables los documentos o actas que se refieren a la prueba actuada en la audiencia ni a la actuación de ésta” (art. 383.2 CPP de 2004), hasta el punto de quitarle valor probatorio a todo “... otro documento o acta que pretenda introducirse al juicio mediante su lectura” (art. 383.2 CPP de 2004).

En este contexto, la prueba trasladada constituye un mecanismo excepcional, ya que para derrotar la prohibición acuñada por el legislador en el mencionado art. 383.2 del CPP de 2004 será imprescindible observar el concurso de determinadas circunstancias objetivas que impiden la actuación de la prueba según las reglas generales previstas en el Código Procesal Penal de 2004.

Dichas circunstancias son dos: la no disponibilidad futura de la fuente de prueba y el carácter judicializado de la prueba a trasladar (art. 20.1 Ley n.º 30077).

11.1.1. La no disponibilidad futura de la fuente de prueba

Parafraseando la terminología empleada por Guzmán Fluja al estudiar la anticipación probatoria (2006: 266), resulta que la procedencia de la prueba trasladada está supeditada al surgimiento de determinadas circunstancias que permitan advertir la no disponibilidad futura de la fuente de prueba o, para ser más preciso, su no disponibilidad para el momento de las sesiones de juicio oral en el proceso receptor.

Solo así se explica cómo es que el legislador, al momento de promulgar el art. 20.1 de la Ley n.º 30077, haya prescrito que el traslado de prueba se produce cuando su actuación en el proceso receptor sea de imposible consecución o de difícil reproducción, debido a dos circunstancias concretas: el riesgo de pérdida de la fuente de prueba o la amenaza para un órgano de prueba.

Esto es, que el peligro se deba a razones intrínsecas o extrínsecas a la evidencia. En el primer supuesto, por ejemplo, podría comprenderse a las pruebas materiales cuyo desglose del

³⁴ Énfasis añadido.

expediente podría suponer su contaminación o su irreparable deterioro.

La regulación del segundo supuesto presenta cierta dificultad en su definición, debido a la amplitud de la terminología empleada. Y es que, de una interpretación literal se tendría que la prueba trasladada podría producirse cuando el órgano de prueba es amenazado (1) por la parte contra quien se pretende actuar, (2) por un tercero interesado en frustrar su actuación en el proceso receptor o, incluso, (3) por la misma parte que solicita el traslado de prueba.

Al respecto, consideramos que la amenaza prescrita en el inciso primero del art. 20 de la Ley n.º 30077 debe referirse a aquella que provenga de la parte contra quien se pretende actuar en el proceso receptor o la que provenga por un tercero interesado en frustrar la actuación en el proceso receptor; no admitiéndose, en ningún caso, el traslado de la prueba cuando la amenaza proceda de la parte interesada en promover la práctica de la prueba trasladada, por la siguiente razones:

- a. La actuación de la prueba trasladada no supone la práctica de la prueba ya actuada en el proceso originario, sino la práctica sobre la copia certificada de la actuación ya producida. Así, en el caso de una prueba testimonial, la actuación de la prueba trasladada en el proceso receptor no recae sobre el órgano de prueba, sino sobre la transcripción escrita o el registro en audio o video elaborado sobre la base de lo actuado en el proceso de origen.
- b. Dicho esto, permitir la práctica de la prueba trasladada cuando la amenaza proviene de la persona contra quien se pretende usarla o un tercero, resulta viable. Y es que, en este caso, se estaría salvaguardando la integridad del órgano de prueba, a la vez de permitir la incorporación de los elementos de prueba a ser valorados oportunamente en el proceso receptor.
- c. Sin embargo, no cabría admitir la práctica de la prueba trasladada cuando la amenaza proviene de la parte oferente. Y es que si, precisamente, la amenaza tiene como objeto evitar que el órgano de prueba sea escuchado por el juez del proceso receptor, aceptar la procedencia de la prueba trasladada en este contexto supondría premiar tal actitud desleal y contraria al principio de buena fe procesal.
- d. Ello, evidentemente, no supone negar toda posibilidad para que la información producida en el proceso emisor pueda ser incorporado al proceso receptor. Solo deja explicitado que, en cualquier caso, dicha incorporación no se puede producir según las reglas de la prueba trasladada, sino a través del órgano de

prueba, mediando las medidas de seguridad que sean indispensables.

11.1.2. El carácter judicializado de la prueba a trasladar

En la doctrina se suele señalar que la prueba trasladada se predica de aquellas pruebas que se practican o admiten en otro proceso (Durán Umaña, 2011: 191), siendo que por “práctica” o recepción de la prueba se comprende “... los actos procesales necesarios para que los diversos medios concretos aducidos o solicitados o decretados de oficio se incorporen o ejecuten en el proceso” (Devis Echandía, 2002: 270).

Al respecto, el legislador ha adoptado una fórmula legal más específica, al prescribir que “las pruebas **admitidas y actuadas a nivel judicial** pueden ser utilizadas o valoradas en otro proceso penal” (art. 20.1 Ley n.º 30077)³⁵. Esto es, respecto de las pruebas cuya pertinencia, conducencia y utilidad ya fue aprobada por el juez; y, además, ya haya sido sometida a debate oral y público ante el juez de mérito.

La observancia de este presupuesto, a decir de Duran Umaña, radica en que la parte contra quien se solicita la incorporación de la prueba trasladada en el proceso receptor (1) haya sido quien solicitó su actuación en el proceso de origen y, por tanto, haya tenido la oportunidad de controlar su producción; o (2) haya estado presente durante la actuación de la prueba en el proceso de origen, y, por tanto, se encontró en posibilidad de controlar dicha producción (2011: 192).

De ello se tiene que la prueba trasladada se produce no solo ante el surgimiento de algún supuesto que permite advertir la no disponibilidad futura de la fuente de prueba en la sustanciación del juicio oral del proceso penal receptor; sino que, a su vez, dicha prueba cuyo traslado se promueve ya haya superado mínimamente el control de admisibilidad y haya sido sometido al debate entre las partes³⁶.

Contrario sensu, la prueba trasladada no procederá cuando la evidencia cuya incorporación se solicita en el proceso receptor no ha pasado por ninguno de dichos controles judiciales en el proceso emisor o, incluso, solo haya superado el control de admisibilidad.

Ello no implica señalar que la evidencia que se encuentra en las fases previas al control de admisibilidad y actuación no tenga ninguna utilidad fuera del proceso receptor, ya que la única conclusión que se puede extraer de lo expuesto es que, en

³⁵ Énfasis añadido.

³⁶ Coincide con esta definición, en el ámbito civil, Hinostroza Minguez, al señalar que la prueba trasladada no es sino aquella admitida y practicada en un proceso y hecha valer en otro (2010: 595).

cualquier caso, el mecanismo para utilizar aquella evidencia no será la “prueba trasladada”.

De este modo, la fiscalía siempre tendrá expedita la posibilidad de hacer uso de aquella evidencia siguiendo las reglas generales de cualquier acto de investigación, pudiendo, incluso, promover algún mecanismo de anticipación probatoria, de ser necesario.

Lo expuesto se advierte en el siguiente ejemplo: si durante el curso de una investigación A se toma conocimiento de que alguien ha declarado como testigo durante la sustanciación de la investigación B, lo aconsejable será que el fiscal de la investigación A, en su condición de director, cite a dicha persona a declarar a efectos de formularle las preguntas que considere necesarias, en lugar de limitarse a incorporar copia certificada de la declaración testimonial escrita que consta en la investigación B.

En aquel contexto, nada impide que el fiscal pueda incidir en determinadas preguntas que ya le hayan sido formuladas al testigo en la investigación B, siempre y cuando, evidentemente, estas sean pertinentes al objeto de la investigación A.

Si se aprecia el concurso de un peligro o amenaza respecto del órgano de prueba, no debe olvidarse que el fiscal tiene la facultad de promover algún mecanismo de protección, bien sea por iniciativa propia o previa autorización judicial.

Al margen de lo expuesto, el legislador ha prescrito lo siguiente en el inciso segundo del art. 20 de la Ley n.º 30077:

En los casos en que no se presenten tales circunstancias, puede utilizarse los dictámenes periciales oficiales, informes y prueba documental **admitida o incorporada en otro proceso judicial**, dejando a salvo el derecho a la oposición de la prueba trasladada, la cual se resuelve en la sentencia³⁷.

Consideramos que dicha fórmula legal es un despropósito dentro del marco de la prueba trasladada. Y es que, al pasar por alto los presupuestos materiales de dicha institución probatoria, el propio legislador ha dejado sin contenido la prohibición expresa prescrita en el inciso 2 del art. 383 del Código Procesal Penal de 2004, según el cual “No son oralizables los documentos o actas que se refieren a la prueba actuada en la audiencia ni a la actuación de ésta”.

Abunda en el mismo sentido el idéntico tratamiento probatorio que ha previsto el legislador respecto de aquellas documentales que, por su contenido, pueden diferenciarse entre aquellas “declarativas” y “meramente representativas”.

³⁷ Énfasis añadido.

Y es que, de haber reparado en dicha distinción, en cumplimiento del art. 383.2 del CPP de 2004, el traslado de las pruebas documentales declarativas debió haberse limitado al concurso de los presupuestos materiales ya indicados³⁸. De modo que, si no concurren tales presupuestos, la incorporación de la información contenida en las pruebas documentales declarativas tiene que producirse a través de su órgano de prueba.

A diferencia de las pruebas documentales declarativas, las meramente representativas merecen un estudio más detenido.

Puede darse el caso de que en un proceso penal se haya admitido y actuado una fotografía, cuya valoración es imprescindible en el proceso penal receptor. ¿Es insoslayable, en ese caso, seguir las reglas de la prueba trasladada?

Consideramos que no. Y es que, en cualquier caso, los elementos de prueba pueden derivarse de la copia fidedigna a su original (art. 185 CPP de 2004) realizada en función de la fotografía cuya actuación se pretende promover en el proceso receptor.

De ahí que, en este contexto, apelar a la promoción de la “prueba trasladada” no hace más que elevar ciertas exigencias –el cumplimiento de sus presupuestos materiales– manifiestamente impertinentes respecto de aquellas pruebas documentales meramente representativas, como es el caso de la fotografía. Lo propio puede predicarse de los videos o los documentos meramente representativos que constan en soporte electrónico, siempre y cuando, evidentemente, se respete la cadena de custodia.

Nótese en este punto que, al no hacerse uso de la “prueba trasladada”, la fiscalía y las demás partes pueden solicitar la incorporación de las pruebas documentales meramente representativas que consten en otros procesos, siguiendo las reglas generales del proceso penal común, siendo innecesario que dicha prueba deba superar previamente el control de admisibilidad probatoria.

Este supuesto puede aplicarse, en la medida de lo posible, respecto de las pruebas materiales que constan en otro proceso, siendo indispensable, en este caso, la solicitud de exhibición y su eventual incorporación al proceso penal receptor dentro del marco de la cadena de custodia.

11.2. Oportunidad procesal de la incorporación de la prueba trasladada

El art. 20 de la Ley n.º 30077 no ha prescrito la oportunidad que tienen las partes para promover la incorporación de la prueba trasladada.

³⁸ Incide en lo mismo Vergara Cano (2018: 11).

Por lo tanto, como regla, tal incorporación ha de promoverse según las reglas propias del proceso común, lo que dependerá, en definitiva, del momento en que la parte toma conocimiento de la prueba a trasladar.

Así, si dicho conocimiento se produce cuando el proceso receptor se encuentra a nivel de diligencias preliminares y/o investigación preparatoria, la incorporación de la prueba trasladada se producirá dentro del marco de los actos de investigación³⁹.

De otro lado, si el conocimiento o la promoción de la prueba a trasladar se produce luego de instalado el juicio oral, la incorporación de prueba trasladada deberá seguir las pautas establecidas en relación a la prueba nueva (art. 373.1 CPP de 2004), prueba complementaria (art. 385 CPP de 2004) o, cuando corresponda, la prueba de oficio (art. 385 CPP de 2004)⁴⁰, con el objeto de producir los actos de prueba⁴¹.

Nótese, en este punto, que el procedimiento para la incorporación de la prueba trasladada al proceso receptor varía dependiendo de la etapa en que aquella se produzca.

Y es que si la incorporación se produce durante la investigación preparatoria –preliminar o formalizada–, aquella dependerá exclusivamente del criterio del fiscal, en tanto director de la investigación penal.

Ello, evidentemente, no acarrea ninguna infracción del derecho del imputado de producir elementos de convicción, ya que ante la negativa manifiesta del fiscal de incorporar la prueba trasladada a la investigación, la defensa podrá acudir ante el juez de investigación preparatoria "... a fin de obtener un pronunciamiento judicial acerca de la procedencia de la diligencia. El Juez resolverá inmediatamente con el mérito de los actuados que le proporcione la parte y, en su caso, el Fiscal" (art. 337.5 CPP de 2004).

Si la incorporación se promueve durante el juicio oral, resulta que aquella surtirá efectos únicamente luego de que el juez, unipersonal o colegiado, lo haya admitido.

Un problema particular se presenta cuando el conocimiento de la prueba a trasladar se produce luego de que el fiscal ha ordenado la conclusión

³⁹ Sostenemos ello toda vez que la incorporación de la prueba trasladada durante la fase de investigación tiene como función "...preparar el juicio oral mediante la comprobación o investigación de la *notitia criminis* en punto a determinar fundamentalmente el hecho punible y su presunto autor, que se erigen en presupuestos materiales imprescindibles para que las partes acusadoras puedan confeccionar sus escritos de acusación" (Gimeno Sendra, 2007: 369).

⁴⁰ (Saavedra Dioses, 2015: 177)

⁴¹ En efecto, ello se desprende desde el momento en que la incorporación de la prueba trasladada en el acto de juicio oral ya no tiene como función coadyuvar en el acopio de mayores elementos probatorios que permitan aperturar dicha etapa, sino que tiene "...como exclusiva función lograr la evidencia necesaria para que el Tribunal dicte una sentencia de condena o, en cualquier otro caso, absolutoria" (Gimeno Sendra, 2007: 369).

de la etapa de investigación, dada la imposibilidad jurídica del fiscal de (1) dejar sin efecto un acto jurídico procesal que, al momento de su formulación, respetó las garantías cuya observancia se tutela a través del art. 150 del CPP de 2004; o (2) continuar con la incorporación de actos de investigación respecto de una investigación ya concluida.

11.3. El valor probatorio de la prueba trasladada

Desde el momento en que el legislador ha adoptado el sistema de libre valoración de la prueba, la prueba trasladada de un proceso a otro no merece un tratamiento distinto en cuanto a la crítica judicial que puede promover el juez penal.

De ahí que, conforme lo ha previsto el art. 20.4.a de la Ley n.º 30077, su valoración deberá respetar la regla de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos.

12. Conclusiones

- La prueba trasladada da cuenta de un procedimiento a través del cual, excepcionalmente, se permite la incorporación de la prueba admitida y actuada en un proceso judicial emisor.
- La prueba trasladada encuentra amparo constitucional en el principio de unidad de jurisdicción y el derecho a la libertad probatoria.
- La procedencia de la prueba trasladada, además, está supeditada a la observancia de ciertos límites constitucionales, dentro de los cuales, el principio de bilateralidad o contradictorio ocupa un lugar especial.
- La prueba trasladada supone la incorporación de la prueba ya actuada en el proceso originario. Nunca la remisión material del propio medio de prueba, ya que ello supondría que el medio de prueba siempre estuvo a disposición de la parte interesada en su actuación y, por tanto, de la judicatura avocada al proceso penal receptor.
- El carácter excepcional de la prueba trasladada se debe a la necesaria observancia de dos presupuestos: la indisponibilidad futura de la fuente de prueba y el carácter judicializado de la prueba a trasladar.

BIBLIOGRAFÍA

- BAYTELMAN, Andrés, & Duce, Mauricio
2004. *Litigación penal*. Santiago, Universidad Diego Portales.
- BENTHAM, Jeremy
2000. *Tratado de las pruebas judiciales*. Bogotá, ENI.
- BINDER, Alberto
2000. *El incumplimiento de las formas procesales*. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- CABEZUDO, Nicolas.
2010. *Del principio de inmediación, sus excepciones y los instrumentos tecnológicos*. Valencia, Tirant lo Blanch.
- COUTURE, Eduardo
2007. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. (4.º ed.). Montevideo-Buenos Aires, Editorial BdeF.
2010. El "debido proceso" como tutela de los Derechos Humanos. En A. A. Velloso (ed.). *Revista Jurídica Argentina. Derecho procesal civil y comercial. Doctrinas esenciales (1936-2010), I*, pp. 103-126.
- DEVIS, Hernando
2002. *Teoría general de la prueba judicial* (5.º ed., Vol. 1). Bogotá: Temis.
- DURÁN, R. J.
2011. La prueba trasladada. *Revista judicial*(102), pp. 189-200.
- ELLERO, Pietro
1913. *De la certidumbre en los juicios criminales o Tratado de la prueba en materia criminal*. Madrid, Hijos de Reus.
- GIANNONE, Claudio
2007. Prueba trasladada (o producida en otro expediente judicial). En M. S. Midón. *Tratado de la prueba*, Chaco, Argentina, Librería de la Paz, pp. 365-390.
- GIMENO, Vicente
2007. *Derecho procesal penal*, 2º ed. Madrid, Colex.

- GUZMÁN, Vicente
2006. *Anticipación y preconstitución de la prueba en el proceso penal*. Valencia, Tirant lo Blanch

- HERRERA, Mercedes
2017. La prueba trasladada en el proceso penal peruano. Perú. Recuperado el 02 de mayo de 2019, de <https://legis.pe/prueba-trasladada-proceso-penal/>

- HINOSTROZA, Alberto
2010. *Comentarios al Código Procesal Civil*, 3° ed., Vol. I. Lima, Idemsa

- LEDESMA, Marianella
2011. *Comentarios al Código Procesal Civil*, 3.º ed., Vol. I. Lima, Gaceta Jurídica.

- MONTOYA, Guillermo
2007. Desventajas de la defensa en el sistema penal acusatorio. *Derecho y Realidad*(9), 43-89.

- MUÑETONES, Ingrid
2018. La prueba trasladada en el sistema penal acusatorio y los postulados constitucionales. *Cuadernos de Derecho penal*(19), 117-156.

- ORÉ, Arsenio
2016. *Derecho procesal penal peruano*, Vol. II y III. Lima, Gaceta Jurídica.

- RÚA, Gonzalo y GONZÁLEZ, Leonel.
(s.f.). El rol del juez en un sistema adversarial. Fundamentos y técnicas de conducción de audiencias. *Sistemas judiciales. Una perspectiva ideal sobre la administración de justicia. Litigación y sistema por audiencias*(21), 80-103. Recuperado el 02 de mayo de 2019

- SAAVEDRA, Flavio
2015. El tratamiento de la prueba trasladada en el Código Procesal Penal. En Mercedes Herrera Guerrero & Elky Villegas Paiva, *La prueba en el proceso penal*. Lima: Instituto Pacífico.

- SÁNCHEZ, Pablo
2004, *Manual de Derecho procesal penal*. Lima, Idemsa.

- SUAU, Jaime
2010. *Inmediación y apelación en el proceso penal*. Barcelona, Bosch Editor.
- TABOADA, Giammpol.
S.f., El principio contradictorio en el proceso penal. Lima. Recuperado el 08 de mayo de 2019, de <http://www.incipp.org.pe/archivos/publicaciones/principiocontradictoriotabuada.pdf>
- TALAVERA, Pablo
2017. *La prueba penal*. Lima, Instituto Pacífico.
- TV, J. (Dirección).
2019. *Tutela de derechos solicitada por la defensa del ex presidente Ollanta Humala Tasso (07.05.19)* [Película]. Recuperado el 13 de mayo de 2019, de https://www.youtube.com/watch?v=5aW_qXCkSxs
- VÁSQUEZ, María del Carmen
2014. *La prueba pericial. Entre la deferencia y la educación*. Girona, Tesis Doctoral de la Universitat de Girona.
- VERGARA, Katherine
2018. *La prueba trasladada y su implicancia al principio de contradicción en el juzgamiento del nuevo proceso penal peruano*. Huaraz, Tesis de grado de la Universidad Nacional "Santiago Antunes de Mayolo".
- VOLK, Klaus
2016. *Curso fundamental de Derecho procesal penal*. Lima: Hammurab

PLAZO DE LA INVESTIGACIÓN

Resumen:

En este trabajo analizo los diversos problemas que se presentan con relación a la duración de las diligencias preliminares y la etapa de investigación preparatoria y se plantea el modo en qué debe interpretarse la institución del control de plazo para cumplir con su finalidad: evitar la duración excesiva del proceso penal. Concretamente, sostengo que esta institución no solo debe permitir el control del plazo legal, sino fundamentalmente del plazo razonable.

Palabras clave:

plazos legales, plazo razonable, diligencias preliminares, investigación preparatoria, control de plazo



Autor: Fredy Valenzuela Ylizarbe

ASPECTOS PROBLEMÁTICOS SOBRE EL CONTROL DEL PLAZO DE LAS DILIGENCIAS PRELIMINARES Y DE LA ETAPA DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA

CONTROVERSIAL ISSUES REGARDING TERM MONITORING ON PRELIMINARY PROCEEDINGS AND IN THE PREP INVESTIGATION STAGE

Fredy Valenzuela Ylizarbe*
Universidad Inca Garcilaso de la Vega

1. Introducción

El Código Procesal Penal reguló una institución novedosa: el control del plazo, mecanismo a través del cual, como su nombre mismo lo sugiere, se controla la duración de las diligencias preliminares y de la etapa de investigación preparatoria propiamente dicha.

Resulta evidente la finalidad que se persigue mediante la institución mencionada: evitar la duración excesiva de la fase de investigación o, dicho de otro modo, que el fiscal no solo respete el plazo legalmente establecido, sino principalmente el derecho al plazo razonable. Se trata, entonces, de una institución sumamente importante, pues ayudará a solucionar, al menos ese es el propósito, un problema endémico de la justicia penal: su excesiva e irrazonable duración.

Si bien la regulación de esta institución es de innegable importancia, lo cierto es que existen algunos vacíos o problemas en su aplicación que es necesario, para su plena efectividad, abordar. Es justamente ello lo que ha motivado la elaboración de este breve artículo, en el que plantaremos algunos aspectos problemáticos y luego, naturalmente, manifestaremos nuestra posición respecto de cada uno de ellos.

2. El plazo de las diligencias preliminares y de la investigación preparatoria propiamente dicha

El art. 334, inc. 2 del Código Procesal Penal –modificado por el art. 3 de la Ley n.º 30076– prescribe que el plazo de las diligencias preliminares es de sesenta días. Agrega que «el fiscal podrá fijar un plazo distinto según las características, complejidad y circunstancias de los hechos objeto de investigación».

* Doctorando en Derecho en la Universidad Carlos III de Madrid, España. Máster en Justicia Criminal por la misma casa de estudios. Máster en Argumentación Jurídica por la Universidad de Alicante, España. Docente de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega. Miembro del Instituto de Ciencia Procesal Penal. Correo electrónico: fvalenzuela@oreguardia.com.pe

Esta es una opción legislativa bastante particular, puesto que no establece un plazo máximo –como si lo hace respecto de la etapa de investigación preparatoria– de duración de las diligencias preliminares y lo deja en manos del fiscal, lo que ha generado, como era de esperarse, un debate sobre cuál sería el plazo máximo de referencia que tendría el fiscal.

No es este debate, ciertamente, lo que ahora nos ocupa, de manera que baste mencionar que existe una línea jurisprudencial que, en un inicio, estableció que las diligencias preliminares no podían durar más del plazo fijado para la etapa de investigación, esto es, ocho meses (Casación, 2008); sin embargo, en una casación reciente se ha establecido que en los casos de criminalidad organizada el plazo podía ser hasta de 36 meses (Casación , 2018).

De otro lado, en cuanto al plazo de la etapa de investigación preparatoria propiamente dicha, no se presenta el problema apuntado, debido a que el legislador ha establecido un plazo máximo de duración. En un inicio se distinguían dos supuestos: procesos simples –plazo máximo de 120 días, prorrogables sin autorización judicial por otros 60– y procesos complejos –8 meses y prorrogables con autorización judicial por un plazo igual–. Posteriormente, se añadió un supuesto más: los casos de criminalidad organizada, los que pueden durar hasta 36 meses y son prorrogables, mediante autorización judicial, por un plazo igual.

Como puede advertirse, los plazos tanto de las diligencias preliminares –a través de las sentencias casatorias– como de la investigación preparatoria propiamente dicha –a través de modificaciones legislativas– han tendido a extenderse, lo que daría la idea de que el legislador no fue realista al establecer los plazos o que la situación cambió o simplemente que se busca solucionar problemas logísticos y de gestión de casos a través de modificaciones legislativas que generalmente son desfavorables para los justiciables. Dentro de este contexto, en que los plazos son bastante extensos, evidentemente cobra una importancia significativa la institución del control del plazo.

3. El control del plazo

El control del plazo de las diligencias preliminares y de la etapa de investigación preparatoria tiene ciertos matices e incluso diferencias que conviene poner de manifiesto. En atención a ello, hemos convenido en realizar el análisis en apartados independientes.

3.1. El control del plazo de las diligencias preliminares

El art. 334, inc. 2 del Código Procesal Penal establece que la persona que se considere afectada por la excesiva duración de las diligencias preliminares, solicitará al fiscal que le ponga fin y emita la disposición que corresponda. Si este no acepta el pedido o fija un plazo irrazonable, el afectado podrá acudir al juez instando su pronunciamiento.

La disposición mencionada, entonces, no autoriza que el afectado acuda directamente ante el órgano jurisdiccional, sino que previamente debe ir ante el fiscal, quien deberá pronunciarse en el sentido que estime conveniente. Consideramos que se trata de una opción legislativa razonable, pues si el propio fiscal, en virtud del principio de objetividad, puede advertir y corregir la duración excesiva de las diligencias preliminares, no tendría sentido que se acuda directamente ante el juez, tanto más si tenemos en consideración que en esta fase aún no hay un juez predeterminado.

Otro aspecto importante –y esta es la principal diferencia con el control del plazo de la etapa de investigación preparatoria, a nuestro juicio– es que expresamente se establece que con este mecanismo se realizará el control de la excesiva duración del plazo o cuando se fija uno irrazonable. Es decir, a través del control del plazo de las diligencias preliminares, no solo se realizará el control del vencimiento del plazo legal, sino también y fundamentalmente sobre si el plazo establecido es razonable o no.

En efecto, al haberse establecido que el fiscal puede establecer un plazo distinto, resulta acertado que las partes, principalmente el imputado, tenga la posibilidad de controlar la razonabilidad del plazo fijado por el fiscal o simplemente la duración que viene teniendo la fase preliminar.

3.2. El control del plazo de la etapa de investigación preparatoria

El art. 433, inc. 2, del Código Procesal Penal prescribe sobre el control del plazo de esta fase en los siguientes términos:

Si vencidos los plazos previstos en el artículo anterior el Fiscal no dé por concluida la Investigación Preparatoria, las partes pueden solicitar su conclusión al Juez de la Investigación Preparatoria. Para estos efectos el Juez citará al Fiscal y a las demás partes a una audiencia de control del plazo, quien luego de revisar las actuaciones y escuchar a las partes, dictará la resolución que corresponda.

Lo llamativo de la disposición citada es la siguiente frase: «Si vencidos los plazos previstos en el artículo anterior [art. 42]», ya que estaría estableciendo que se trata de un mecanismo que no puede plantearse cuando se vulnera el derecho al plazo razonable, sino únicamente el plazo legal. Y es que no debemos olvidar que el plazo legal no necesariamente es razonable en todos los casos o, lo que es lo mismo, el plazo legal no es sinónimo de plazo razonable.

Si realizamos una interpretación literal de la mencionada frase, entonces el control del plazo se limitará a un tema meramente cuantitativo, esto es, se tendrá que revisar cuándo se formalizó la investigación preparatoria y si, cuando se presentó la solicitud de control del plazo, ya se cumplió con el plazo de esta etapa. Ni siquiera habría necesidad de que haya un debate en audiencia, pues ¿qué podría ser materia de controversia?,

incluso la resolución no requeriría una mayor motivación, sino una simple en la que se ponga de manifiesto si el plazo se cumplió o no.

Consideramos que esa no es la interpretación 'correcta' que debe realizarse de la mencionada frase, pues claramente le restaría importancia a la institución del control del plazo, sino que debemos hacer una interpretación teleológica y, además, sistemática con el inc. 1 del mismo artículo 343, el cual establece que el fiscal dará –no es una facultad, sino una obligación– por concluida la etapa de investigación cuando considere que ha cumplido su objeto, aun cuando no hubiere vencido el plazo.

Así, desde una interpretación teleológica, consideramos que el control del plazo no ha sido regulado únicamente para controlar el plazo legal, sino fundamentalmente para evitar que una investigación, a pesar de estar dentro del plazo legal, tenga una duración irrazonable. Y es que, como es evidente, no todos los casos deben tener la misma duración.

Desde una interpretación sistemática, entendemos que el inc. 2 del art. 343 del CPP no debe interpretarse de manera aislada, sino teniendo en consideración justamente lo establecido en el inc. 1, según el cual el fiscal debe concluir la investigación no cuando se cumpla con el plazo, sino cuando se ha cumplido con su objeto. Si esto es así, ¿por qué el procesado no podría presentar el control del plazo antes de que se venza el plazo si considera que ya se cumplió con su objeto?, incluso si vamos un poco más allá, sería posible que el procesado acuda al control del plazo cuando advierta, durante un tiempo prolongado, una nula actividad por parte del fiscal, con lo que se evitaría en gran medida que la Fiscalía deje los actos de investigación para el último momento, como ocurre en muchos casos.

En atención a lo expuesto, consideramos que la institución del control del plazo no debe limitarse al control formal del plazo legal, pues con ello pierde su real valor, sino fundamentalmente al plazo razonable, el cual, repetimos, no necesariamente está en armonía con el plazo establecido, en abstracto, por el legislador. Esta posición, además, está en sintonía con la efectiva protección del derecho al plazo razonable. Y es que debemos recordar, con el Tribunal Constitucional español, que no se ha constitucionalizado el derecho a que los plazos legales se cumplan, sino el derecho a que los casos de las personas se resuelvan dentro de un plazo razonable (Lanzarore Martínez, 2015, pág. 15).

4. Aspectos problemáticos del control del plazo

4.1. La Fiscalía no debe emitir disposiciones de ampliación o presentar una solicitud de prolongación del plazo una vez que se ha presentado la solicitud

Para que se entienda es necesario poner un caso: la defensa del imputado presenta la solicitud del control porque el plazo establecido por

el fiscal bien de las diligencias preliminares o de la etapa de investigación preparatoria se ha vencido. Ante esta situación, el fiscal lo que hace es emitir una disposición de ampliación del plazo –diligencias preliminares– o solicita una prolongación del plazo –etapa de investigación preparatoria– con la finalidad de sostener, llegada la audiencia del control del plazo, que aún tiene plazo pendiente porque así lo ha establecido a través de una disposición o que primero el juez debe resolver su solicitud de prolongación. ¿Resultaría atendible lo dispuesto por la Fiscalía?

Consideramos que la Fiscalía no puede emitir disposiciones de ampliación del plazo de las diligencias preliminares o presentar una solicitud de prolongación una vez que se ha requerido el control del plazo, pues con tal actuación no solo estaría buscando evitar el debate sobre el transcurso del plazo y los actos de investigación que ha realizado, sino que pretende direccionarlo a un tema distinto: la ampliación del plazo o su solicitud y los posibles actos de investigación que pudo ordenar para afirmar que aún están pendientes de realizarse.

Efectivamente, si lo que se está discutiendo es el tema del vencimiento o no del plazo fijado por el fiscal o su duración irrazonable, resulta sumamente cuestionable que el fiscal, dentro de este contexto, emita una disposición de ampliación o solicite una prolongación. Es más, permitir que lo haga traería consigo que se desnaturalice el debate planteado en mérito a la solicitud de la parte afectada y se introduzca un tema que no fue materia de cuestionamiento en el escrito de control del plazo. En efecto, si en el escrito de control del plazo se está cuestionando justamente que el plazo fijado por el fiscal ya se venció, este no puede emitir una nueva disposición en la que fije un plazo distinto de duración de las diligencias preliminares o, cuando corresponda, solicite una prolongación, pues estaría dejando sin eficacia el control del plazo y significaría, en buena cuenta, que se discuta sobre un tema que no corresponde, que no ha sido materia de cuestionamiento y que podría dejar en indefensión a la parte que planteó el control del plazo.

Por todo ello, nuestra posición es que la Fiscalía no puede emitir una disposición de ampliación o solicitar una prórroga del plazo cuando la parte ha presentado una solicitud de control del plazo, pues hacerlo implicaría generar una situación que la parte no tuvo en consideración al momento de presentar su solicitud, lo que, insistimos, la podría dejar en una situación evidente de indefensión.

4.2. La consecuencia de que se declare fundada la solicitud de control del plazo

El art. 334.2 del Código Procesal Penal no establece qué ocurre cuando se declara fundada la solicitud de control del plazo durante las diligencias preliminares. En sentido contrario, el art. 343, inc. 3, del mencionado cuerpo normativo sí lo hace y prescribe, respecto a la investigación preparatoria, que el juez debe ordenar al fiscal la conclusión de la investigación en el plazo de diez días, quien debe pronunciarse

solicitando el sobreseimiento o formulando acusación. Agrega y esto es lo que interesa en este apartado: «Su incumplimiento acarrea responsabilidad disciplinaria en el Fiscal».

La mencionada disposición por lo menos genera una serie de preguntas: ¿en ese plazo de diez días el fiscal puede realizar actos de investigación o solo debe pronunciarse?, ¿qué pasa si el fiscal no solo durante ese plazo, sino incluso superado ese plazo sigue realizando actos de investigación bajo el argumento de que la resolución aún no es firme, estos podrían sustentar una eventual acusación o deben ser excluidos por haberse realizado fuera del plazo?, ¿resultará suficiente sancionar disciplinariamente al fiscal para la efectividad del control del plazo?

De entrada, debemos sostener que inmediatamente después de que se declare fundada la solicitud del control del plazo, el fiscal no puede continuar realizando actos de investigación y debe cumplir de manera obligatoria con lo ordenado por el juez, esto es, debe tomar ese plazo de diez días para analizar la decisión que va a adoptar: archivar, formalizar o reservar si estamos en diligencias preliminares o acusar o sobreseer si estamos en etapa de investigación formalizada.

Efectivamente, si el juez declara fundada la solicitud de control del plazo debe ordenar que el fiscal emita la disposición que corresponda dentro del plazo que le otorgue –debe ser diez días tanto para las diligencias preliminares como para la etapa de investigación formalizada–, el cual, para solo pronunciarse, resulta razonable. Este plazo, conviene aclarar y enfatizar, no es para que el fiscal realice actos de investigación, sino únicamente para que decida lo que corresponda.

Afirmar lo contrario implicaría que se sigan realizando actos de investigación dentro de un contexto en el que ya se ha determinado que la duración de la investigación es irrazonable, es decir, permitiría que se siga afectando el derecho al plazo razonable; dicho de otro modo, significaría avalar que se realicen actos de investigación cuando el plazo ya ha vencido y hay un pronunciamiento jurisdiccional que así lo ha determinado, lo que traería consigo restarle eficacia de manera evidente a la resolución sobre el control del plazo.

La irrazonabilidad del plazo, además, no se trataría, en el supuesto planteado, de la posición de una parte, sino de una decisión judicial que se ha pronunciado en ese sentido. En consecuencia, si el asunto del plazo está determinado por un juez competente e imparcial lo que corresponde, dentro de un proceso penal constitucionalizado, es que el fiscal no realice mayores actos de investigación y cumpla en todos sus extremos con lo resuelto por el juez. Sostener lo contrario podría ser considerado, incluso, como un acto de rebeldía o desacato a la autoridad del juez, lo que priva de eficacia a la institución del control de plazo.

De otro lado, establecer que el fiscal tendrá responsabilidad disciplinaria nos parece insuficiente, pues dicha consecuencia, en realidad, no

favorece en nada, absolutamente en nada, al perjudicado con el acto de la Fiscalía de continuar con los actos de investigación, pese a que ya se declaró fundada la solicitud de control del plazo.

Precisamente por ello, para desincentivar tal práctica de la Fiscalía, consideramos que la consecuencia de que se declare fundada la solicitud del control del plazo es que el fiscal está impedido de realizar cualquier acto de investigación; y si lo hiciera no solo debe corresponderle una sanción disciplinaria, sino también que la información obtenida no podrá ser empleada para sustentar la decisión que adopte, es decir, deberá ser excluida.

4.3. El recurso de apelación y la ejecución de la resolución que declara fundada la solicitud de control del plazo

La primera pregunta es: ¿resulta recurrible por la Fiscalía la resolución que declara fundada la solicitud del control del plazo?, ¿existe una disposición legal específica que la autoriza? Resulta evidente que no la hay, pues ni el art. 334.2 ni el 343 del CPP prescriben la posibilidad de impugnarla.

No obstante, en varios casos se ha advertido que se emplean las normas generales del recurso de apelación, concretamente el art. 416.1.h del CPP, el cual establece que una resolución es apelable cuando produzcan un gravamen irreparable, para impugnar la resolución referida. Entonces surge otra pregunta: ¿la resolución que declara fundada la solicitud del control del plazo le produce un gravamen irreparable al fiscal?

La respuesta es bastante discutible en tanto que no se trata únicamente de un perjuicio o agravio –esto es, una contraposición entre lo pedido y lo resuelto–, ya que eso traería consigo que toda resolución contraria al interés de una de las partes sea impugnabile, sino que se trata de un «gravamen irreparable», algo más palmario que un simple perjuicio.

Efectivamente, se debe distinguir entre el perjuicio regulado en el art. 405.1.a) y el gravamen irreparable prescrito en el art. 416.1.e) del CPP. El primero es un presupuesto de la impugnación⁴² y se produce cuando se emite una decisión contraria a la pretensión de alguna de las partes, esto es, cuando hay una contraposición entre lo pedido por las partes y lo otorgado por el juez. El segundo, el gravamen irreparable, por su parte, exige algo más: que la decisión ponga fin al proceso o a la instancia y que, además, lesione algún derecho o impida el acceso a algún beneficio. Afirmar lo contrario o equiparar ambos conceptos tendría como

⁴² En palabras de San Martín Castro,

es el presupuesto material imprescindible para todo recurso, lógica consecuencia del fundamento del mismo, basado en la injusticia de una resolución. En consecuencia, solo la parte a quien una resolución judicial le sea desfavorable –a los efectos del ordenamiento jurídico–, y con independencia de sus perspectivas de éxito, está legitimada para provocar la apertura de una nueva etapa procesal mediante el uso de un recurso impugnativo (art. 405 1ª NCPP). (2015, pág. 657).

consecuencia, reiteramos, que todas las resoluciones sean impugnables, dejando sin efecto el principio de legalidad o taxatividad recursal⁴³, regulado en el art. I, inc. 4, del Título Preliminar del Código Procesal Penal.

En palabras de Levene, el gravamen irreparable se manifiesta cuando, de ejecutarse la resolución, «... se modificarían las relaciones jurídicas de las personas o la situación de las cosas, de tal manera que sería casi imposible restituir las al estado anterior» (1980, pág. 350). ¿Ello ocurre con el fiscal cuando se declara fundada la solicitud de control del plazo? Nos parece que no, pues una resolución que ordena concluir una determinada fase por el vencimiento del plazo no afecta la relación jurídica procesal, sino que exige únicamente que el fiscal se pronuncie porque ya el plazo se ha cumplido; y el pronunciamiento puede ser archivando o formalizando –cuando estamos en diligencias preliminares– y acusando o sobreseyendo –cuando estamos en etapa de investigación formalizada–.

Un ejemplo de una resolución que sí se causa gravamen irreparable es el auto que rechaza el acuerdo de terminación anticipada, por lo que sí corresponde aplicar en este supuesto

la regla general del artículo 416°.1. b) y e) NCPP, pues la desaprobación del acuerdo tiene como efecto la culminación del proceso de terminación anticipada y, además, causa un gravamen irreparable porque cancela la vía consensuada y evita la aplicación del beneficio premial (Acuerdo plenario, 2009).

Evidentemente, la resolución que declara fundada la solicitud de control del plazo dista mucho de este ejemplo planteado, ya que en la terminación anticipada sí se evita que la persona pueda volver a someterse a este mecanismo premial, es decir, ya no tiene posibilidad alguna no solo de concluir prontamente con su proceso, sino que también se encuentra impedido a acceder al descuento de un sexto de la pena que le correspondería.

En similar sentido, en el marco del Código de Procedimientos Penales, se ha pronunciado la Corte Suprema al afirmar que

la resolución que se cuestiona ha sido emitida por la Corte Superior en segunda instancia y ha dispuesto la continuación de la causa **al desestimar la excepción de naturaleza de acción, por lo que no causa gravamen irreparable** (Queja, 2009) [resaltado nuestro].

Esto significa que solo aquella decisión que resuelve no continuar con el proceso podría producir gravamen irreparable, lo que no ocurre con la resolución que declara fundada la solicitud de control del plazo, pues esta

⁴³ La Corte Suprema ha establecido: «Uno de los principios que regulan el régimen jurídico de los recursos es el de taxatividad, que estipula que la admisión de todo recurso está condicionada a que se encuentre taxativa o expresamente previsto en la ley» (Acuerdo plenario, 2009).

lo único que establece es que, por su excesiva duración, la investigación debe finalizar y que la Fiscalía debe emitir el pronunciamiento que corresponda.

Ahora bien, en el supuesto de que, por el principio de igualdad, se considere que el Ministerio Público también tiene legitimidad para impugnar la resolución que declara fundada la solicitud de control del plazo, la pregunta que surge es: ¿se debe ejecutar esta resolución a pesar de haber sido recurrida?, dicho de otro modo, ¿tiene efecto suspensivo el recurso de apelación contra dicha resolución?

Al respecto, el Código Procesal Penal de 2004, en su art. 412.1, admite la ejecución provisional de las resoluciones impugnadas, salvo disposición contraria de la Ley. El art. 418, por su parte, prescribe «El recurso de apelación tendrá efecto suspensivo contra las sentencias y los autos de sobreseimiento, así como los demás autos que pongan fin a la instancia».

En el caso de la impugnación del auto que resuelve el control del plazo no existe una disposición legal específica que regule sobre el efecto suspensivo o no del recurso, de ahí que tengamos que acudir a las disposiciones generales citadas en el párrafo anterior.

De la lectura de los mencionados artículos queda evidenciado que el efecto suspensivo del recurso debe estar expresamente establecido en la ley; caso contrario la resolución es de actuación inmediata (art. 412). Asimismo, solo podrán tener efecto suspensivo los autos que pongan fin a la instancia (art. 418). Entonces, resulta conveniente formular la siguiente pregunta: ¿existe una disposición que establece que la apelación contra el auto que resuelve el control del plazo tiene efecto suspensivo? Y ¿el auto que declara fundado el control del plazo pone fin a la instancia?

Ambas preguntas deben ser respondidas de forma negativa, dado que, de un lado, la apelación del auto que resuelve el control del plazo no tiene efecto suspensivo porque el CPP no regula tal posibilidad; y, de otro, este auto no pone fin a la instancia, de manera que no le es aplicable lo establecido en el art. 418 del mencionado cuerpo normativo. Este último punto merece una mayor explicación.

En efecto, resulta evidente que la resolución que declara fundada la solicitud de control del plazo no pone fin a la instancia, ya que conceptualmente poner fin a la instancia implica la imposibilidad de que se prosiga con el proceso, salvo que se interponga el recurso de apelación precisamente para acceder a una nueva instancia, en la que se discutirá un tema de fondo, esto es, sobre el objeto del proceso. Y es que instancia es comprendida como la primera petición del interesado ante el juez y hasta alcanzar la resolución final (Varios, Enciclopedia Jurídica Omeba, t. XVI, 1982, pág. 69), es decir, desde que se inicia el

proceso hasta que el juez emita una decisión final, que no necesariamente siempre es la sentencia.

Se entiende por instancia «Cada uno de los grados jurisdiccionales que la Ley tiene establecidos para ventilar y sentenciar los procesos. En ella se puede alegar hechos y practicar pruebas, aunque haya limitación cuando se trata de la segunda instancia» (Varios, Diccionario Jurídico Espasa, 2007, pág. 839). En concreto, para que haya instancia tiene que existir un pronunciamiento sobre el objeto del proceso, esto es, sobre la responsabilidad de la persona imputada y sobre los hechos penalmente relevantes, de ahí que se afirme, con razón, que solo la apelación de las sentencias permite acudir a una nueva instancia (Calderón Cuadrado, La prueba en el recurso de apelación penal, 1999, pág. 15), incluso podría agregarse los autos finales; pero en modo alguno a los autos interlocutorios, como es el caso de la resolución que declara fundada la solicitud de control del plazo.

Lo manifestado queda aún más claro cuando diferenciamos entre primera y segunda instancia. Y es que, como bien lo menciona Fernández López, «por definición la segunda instancia supone la efectiva consunción de la primera. Y esto sólo sucede si el Juez (de primera instancia) dictó sentencia definitiva sobre el fondo; esto es, si resolvió sobre la materia objeto del litigio» (Calderón Cuadrado, Apelación de sentencias en el proceso penal abreviado, 1995, pág. 49).

Además, si se pretendiera equiparar la conclusión o cierre de una etapa al concepto de instancia no solamente se produciría una confusión, sino que traería consigo la siguiente alarmante situación: que la primera instancia tenga hasta cuatro «instancias»: diligencias preliminares, etapa de investigación preparatoria, etapa intermedia y juzgamiento, ya que la conclusión de cada una de ellas nos llevaría a una nueva instancia, lo que no solo implica una desnaturalización del concepto de instancia, sino incluso un absurdo jurídico que es insostenible.

Por lo expuesto, consideramos que resulta razonable que la apelación de la resolución que declara fundada la solicitud de control del plazo no tenga efecto suspensivo, puesto que lo contrario tendría como consecuencia que la vulneración, la duración irrazonable de la investigación, se siga prolongando en el tiempo, lo que no se condice con un proceso penal constitucionalizado, en el que el resguardo de los derechos fundamentales es insoslayable y la afectación de un derecho reclama una tutela y reparación urgente.

5. Conclusiones

Primera, es necesario distinguir entre el procedimiento para plantear el control del plazo en las diligencias preliminares y el de la investigación preparatoria, pues en este punto existe una diferencia importante –ante quien primero se debe acudir– que se debe tener en consideración.

Segunda, si bien en la disposición que regula control del plazo de la investigación preparatoria se prescribe que se controla únicamente el vencimiento del plazo establecido en el art. 342 del CPP, consideramos que también debe ser posible plantear este mecanismo cuando se considera que se está vulnerando el derecho al plazo razonable.

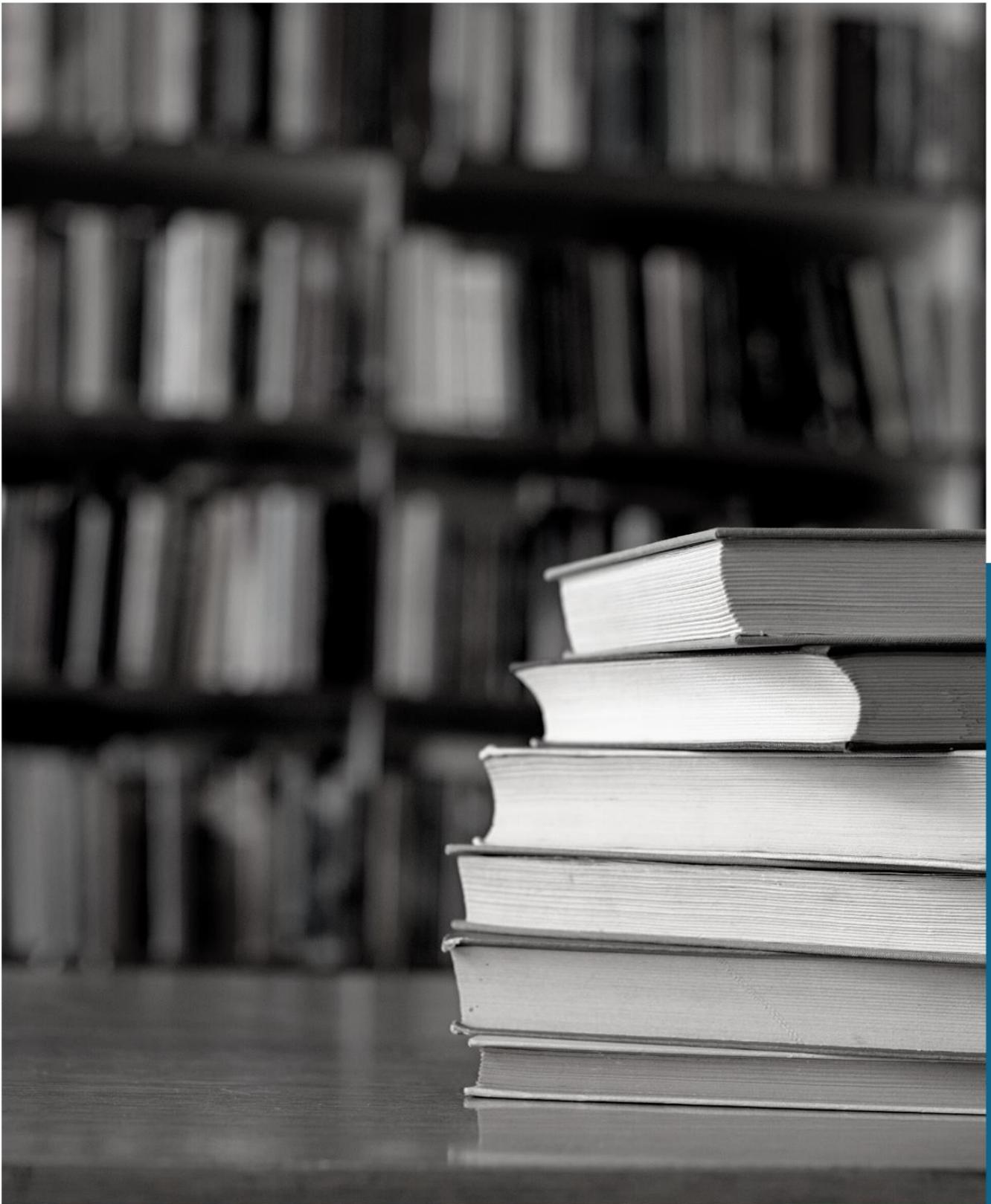
Tercera, una vez que la parte ha presentado la solicitud de control del plazo, el fiscal no puede emitir una disposición de ampliación del plazo o una solicitud de prórroga, pues ello traería consigo que la discusión planteada por la parte afectada se desnaturalice y, como consecuencia, se la deja en indefensión.

Cuarta, si el juez ordena la conclusión de la fase correspondiente como consecuencia de declarar fundada la solicitud de control, el fiscal debe cumplir inmediatamente y, dentro del plazo otorgado [diez días] debe pronunciarse, de manera que estará impedido de realizar mayores actos de investigación.

Quinta y última, es discutible la legitimidad que tiene el Ministerio Público para interponer recurso de apelación contra la resolución que declara fundada la solicitud de control del plazo; no obstante, en caso de permitirse la impugnación, esta no debe impedir que la resolución se ejecute o, lo que es lo mismo, la resolución debe ser de actuación inmediata, pese a la interposición del recurso de apelación.

BIBLIOGRAFIA

- CORTE SUPREMA
2009 *Acuerdo plenario n.º 05-2009/CJ-116*
2009 *Queja n.º 208-2009*. Sala Penal Permanente.
2008 *Casación n.º 02-2009*. Sala Penal Permanente.
2018 *Casación n.º 599-2018*. Sala Penal Permanente.
- CALDERON, María
1995 *Apelación de sentencias en el proceso penal abreviado*. Granada, Comares.
1999 *La prueba en el recurso de apelación penal*. Valencia, Tirant lo Blanch
- LANZARONE, Pablo
2015 *La vulneración del plazo razonable en el proceso penal*. Granada, Comares.
- LEVENE, Ricardo
1980 *Derecho procesal penal*. Buenos Aires, Universidad
- SAN MARTÍN, César
2015 *Derecho procesal penal. Lecciones*. Lima, Inpeccp-Cenales
- VVAA
1982 *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. XVI. Buenos Aires, Driskill
2007 *Diccionario Jurídico Espasa*. Madrid: Fundación Tomás Moro



Revista digital del Estudio Oré Guardia
Todos los derechos reservados.