

Colegio de Abogados de Lima

**Informe acerca de los Decretos Legislativos
expedidos al amparo de la Ley N° 29009**

Arsenio Oré Guardia

INFORME ACERCA DE LOS DECRETOS LEGISLATIVOS EXPEDIDOS AL AMPARO DE LA LEY N° 29009

ASPECTOS DE ORDEN PROCESAL PENAL

1. ANTECEDENTES

- Con fecha 21.ABR.07 el Poder Ejecutivo presentó al Congreso el Proyecto de Ley N° 1237/2006-PE, a efectos de que, al amparo de lo establecido en el artículo 104° de nuestra Constitución Política del Perú se le delegue facultades legislativas en materia de Tráfico Ilícito de Drogas, Lavado de Activos, Terrorismo, Secuestro, Extorsión, Crimen Organizado, Trata de Personas y Pandillaje Pernicioso.
- Luego del procedimiento parlamentario correspondiente, el Congreso aprobó la Ley N° 29009, publicada el 28.ABR.07, mediante la cual se le otorgaba al Poder Ejecutivo facultades legislativas por el plazo de 60 días hábiles, los mismos que vencían el 24.JUL.07
- En el marco de dichas facultades, el 22 de julio del año en curso fueron publicados en el Diario *"El Peruano"*, el **Decreto Legislativo N° 982** – Decreto Legislativo que modifica el Código Penal, aprobado por Decreto Legislativo N° 635; **Decreto Legislativo N° 983** – Decreto Legislativo que modifica el Código de Procedimientos Penales (en adelante, C de PP), el Código Procesal Penal (en adelante, CPP) y el nuevo Código Procesal Penal (en adelante, NCPP); el **Decreto Legislativo N° 984** - Decreto Legislativo que modifica el Código de Ejecución Penal, Decreto Legislativo N° 654; el **Decreto Legislativo N° 985** – Decreto Legislativo que modifica el Decreto Ley N° 25475, Decreto Ley que establece la penalidad para los delitos de terrorismo y los procedimientos para la Investigación, la Instrucción y el Juicio; y, el Decreto Legislativo N° 923, Decreto Legislativo que fortalece organizacional y funcionalmente la defensa del Estado en delitos de Terrorismo; el **Decreto Legislativo N° 986** – Decreto Legislativo que modifica la Ley N° 27765, Ley Penal contra el Lavado de Activos; el **Decreto Legislativo N° 987** – Decreto Legislativo que modifica la Ley N° 27378, Ley que establece beneficios por colaboración eficaz en el ámbito de la Criminalidad Organizada; el **Decreto Legislativo N° 988** – Decreto Legislativo que modifica la Ley N° 27379, que regula el procedimiento para adoptar medidas excepcionales de limitación de derechos en investigaciones

fiscales preliminares; el **Decreto Legislativo N° 989** – Decreto Legislativo que modifica la Ley N° 27934, Ley que regula la intervención de la Policía Nacional y el Ministerio Público en la Investigación Preliminar del Delito; el **Decreto Legislativo N° 990** – Decreto Legislativo que modifica la Ley N° 27337, Código de los Niños y Adolescentes referente al pandillaje pernicioso; el **Decreto Legislativo N° 991** – Decreto Legislativo que modifica la Ley N° 27697, Ley que otorga facultad al Fiscal para la Intervención y control de Comunicaciones y Documentos privados en caso excepcional; y, el **Decreto Legislativo N° 992** – Decreto Legislativo que regula el proceso de pérdida de dominio.

- Luego con fecha 02.AGO.07 fue publicada la Fe de Erratas referida al Decreto Legislativo N° 982, al Decreto Legislativo N° 983, al Decreto Legislativo N° 985 y al Decreto Legislativo N° 992.

2. ANÁLISIS

2.1. La Investigación Preliminar

- Un primer punto que es necesario tener en cuenta es que las modificaciones de carácter procesal penal no sólo están contenidas en el Decreto Legislativo N° 983, sino que también se extienden a otras normas, como por ejemplo, el Decreto Legislativo N° 988: Medidas excepcionales limitativas de derechos en investigación preliminar – Ley N° 27379; el Decreto Legislativo N° 989: Intervención de la Policía y Ministerio Público en la investigación del delito – Ley N° 27394; y, el Decreto Legislativo N° 992: Proceso de pérdida de dominio.
- El Decreto Legislativo N° 989 modifica la Ley N° 27934, que faculta a la Policía a asumir la conducción de la investigación cuando el Fiscal se encuentre impedido de asumirla de manera inmediata. De esta manera, las nuevas facultades de la Policía, que se le permite, inclusive sin presencia del Fiscal, son:
 - Recibir, excepcionalmente, la manifestación de los investigados.
 - Solicitar y recibir información y/o documentación de las entidades de la Administración Pública.
 - Realizar las demás diligencias y procedimientos de investigación necesarios para el mejor esclarecimiento de los hechos investigados.

- En esa misma perspectiva, se le otorga nuevas facultades al Fiscal, de manera que, dicho órgano:
 - Dispondrá, de ser el caso, el ***secreto de las actuaciones*** en la investigación por un plazo prudencial, poniendo en conocimiento de tal decisión a las partes.
 - Podrá designar al “***agente encubierto***” (artículo 2-H), éste podrá ser un miembro de la Policía o un ciudadano (que por el rol o situación en la que está inmerso dentro de una organización criminal, opera para proporcionar las evidencias incriminatorias).

- Asimismo, se amplía las facultades de la defensa al permitirles:
 - Intervenir en todas las diligencias practicadas
 - Obtener copia simple de las actuaciones, guardando reserva de las mismas, bajo responsabilidad disciplinaria. En caso de inobservancia del deber de reserva, el Fiscal deberá comunicar al Colegio de Abogados correspondiente para que proceda con arreglo a sus atribuciones. En este último caso debe entenderse que el Fiscal deberá corroborar la filtración de información, pues muchas veces son los periodistas los que obtienen la información.

- Como podrá observarse, estas modificatorias afectan la dirección de la investigación del Fiscal conforme está regulado en el NCPP, en tanto permite al Policía conducir la investigación del delito, recibiendo la declaración del investigado sin presencia fiscal. No obstante ello, se amplían las facultades de la defensa al permitirle participación activa en las diligencias y obtención de copias.

2.2. Coerción personal: detención por flagrancia (modificación del artículo 259 del NCPP y el artículo 4 de la Ley 27934).

- En el plano normativo, la Constitución no define la flagrancia delictiva. En la STC 1318-2000-HC/TC (Caso Cornelio Lino Flores), el Tribunal Constitucional rechazó la posibilidad de la “cuasiflagrancia” como presupuesto de detención. Así dispuso: “*la Constitución Política del Estado no alude en absoluto al supuesto de "cuasiflagrancia", por lo que no puede habilitarse subrepticamente supuestos de detención no contemplados constitucionalmente, sencillamente, por aplicación del principio de interpretación según el cual, las normas establecen excepciones, y el artículo 2, inciso 24), literal "f" que es regulatorio de las*

excepciones que restringen el derecho a la libertad individual, deben ser interpretadas restrictivamente”¹.

- La definición de flagrancia es un tema que aún se mantiene en debate. De esta manera suele distinguirse 3 supuestos:
 - a) **Flagrancia estricta:** Cuando el sujeto es sorprendido en el mismo acto de estar ejecutando el delito.
 - b) **Cuasiflagrancia:** Cuando ya se ha ejecutado el delito, pero es detenido poco después ya que no se le perdió de vista desde entonces, y
 - c) **Presunción de flagrancia:** Cuando sólo hay indicios razonables que permiten pensar que es el autor del delito.
- La modificatoria amplía el concepto de flagrancia, a supuestos que colindan con la “sospecha”. De esta manera se entiende por flagrancia quien, además, de haber sido descubierto en la realización del hecho punible, o acaba de cometerlo, se encuentra dentro de los siguientes supuestos:
 - i) Ha huido y ha sido identificado inmediatamente después de la perpetración del hecho punible, sea por el agraviado o por otra persona que haya presenciado el hecho o por medio audiovisual o análogo que haya registrado imágenes de éste y es encontrado dentro de las 24 horas de producido un hecho punible.
 - ii) Es encontrado dentro de las 24 horas, después de la perpetración del delito con efectos o instrumentos procedentes de aquél o que hubiesen sido empleados para cometerlos o con señales en sí mismo o en su vestido que indiquen su probable autoría o participación en el hecho delictuoso.
- Veamos cómo en estos dos nuevos supuestos de flagrancia delictiva no se cumplen los elementos básicos que la configuran:

¹ En esta sentencia se expuso lo siguiente: “*si de acuerdo a la sindicación del detenido, don Wilder Jara Vásquez, el favorecido le habría vendido la cantidad de un kilo cuatrocientos gramos de pasta básica de cocaína el día 30 de octubre de 2000, en horas de la tarde, no puede considerarse detención en flagrancia cuando esta medida acontece en una fecha posterior, el día 3 de noviembre a las 08 h 00 min. Tampoco cabe justificar la presente detención dentro de la denominada figura de “cuasiflagrancia” tal como lo sostiene la Sala Penal Corporativa de la Corte Superior de Justicia del Santa, pues al margen de que ni siquiera es aplicable al caso subjudice, toda vez que la detención no se produjo en el momento inmediatamente seguido a la presunta comisión del hecho delictivo”.*

- i) Inmediatez temporal: En primer lugar, hay que tener en consideración que flagrancia y consumación no coinciden temporalmente; la flagrancia – en su concepto estricto- implica sorprender al sujeto durante o inmediatamente después de la perpetración del delito, es decir, cuando éste se hubiera cometido instantes antes.

Los supuestos de flagrancia incorporados hacen referencia a quien es “identificado inmediatamente después de la perpetración del hecho punible” y quien es “encontrado dentro de las 24 horas, después de la perpetración del hecho punible con efectos o instrumentos procedentes de aquél o que hubieran sido empleados para cometerlo o con señales en sí mismo o en su vestido que indiquen su probable autoría o participación en ese hecho delictuoso”.

El tiempo que transcurra entre la consumación del delito y “descubrir” o “sorprender” al supuesto autor debe ser muy corto –*post factum immediato*–, pues solo así se descarta la duda respecto a la relación entre los hechos cometidos y la atribución de ellos a la persona, pero sobre todo de evitar una detención por sospecha. Para reforzar esta idea, en la STC 6142-2006-HC/TC, Caso James Rodríguez Aguirre, FJ 6, se indica que capturar a una persona luego de 10 horas de sucedidos los hechos no cumple con el requisito de inmediatez temporal exigido para considerar legítima la detención por flagrancia. De esta forma, el plazo de 24 horas impuesto por el legislador resulta erróneo.

- ii) Inmediatez personal: Este elemento exige que el sujeto sea sorprendido en el lugar de la comisión del supuesto hecho delictivo o en sus inmediaciones. Sin embargo, en ambos casos se requiere que el sujeto esté relacionado a los instrumentos u objetos que evidencien su participación en el mismo. Los supuestos de flagrancia incorporados hacen referencia a quien es “encontrado dentro de las 24 horas de producido el hecho punible”.
- Respecto a la determinación de si la flagrancia procede cuando el sujeto se encuentra en el lugar de los hechos o en las inmediaciones del mismo, el Tribunal Constitucional tiene opiniones variadas. Así por ejemplo, en la STC 828-2003-HC/TC, Caso Frida Anita Díaz, admitió ambos supuestos: “*inmediatez personal, es decir, el delincuente se encuentre en el lugar de los hechos o muy próximo a ellos*” (FJ 2). Mientras que en la STC 6142-2006-HC/TC, Caso

James Rodríguez Aguirre, FJ 4, solamente admitió la posibilidad de que el sujeto se encuentre en el lugar de los hechos, así se expuso: “*inmediatez personal, es decir, que el presunto delincuente se encuentre en el lugar de los hechos, en el momento de la comisión del delito, y esté relacionado con el objeto o los instrumentos del delito*”².

No obstante, fue claro en establecer que la mera cercanía al lugar de los hechos no configura un supuesto de flagrancia. Así expuso “*si bien (la flagrancia) se aplica a la comisión de un delito objetivamente descubierto por la autoridad o al momento inmediatamente posterior a su realización, en que se detecta al autor material pretendiendo huir del lugar de los hechos, tal hipótesis no puede ser forzada hasta el extremo de pretender que la simple cercanía al lugar donde acontece un delito, es por sí misma elemento objetivo que configura dicha situación, pues con semejante criterio, todas las personas, incluyendo autoridades distintas a la interviniente, estarían inmersas en la pretendida flagrancia*” (STC 1324-2000-HC/TC, Caso Florencio Chávez Abarca – Marcha de los 4 suyos).

- Además de ello, la flagrancia requiere que al sujeto se le encuentre con objetos o elementos que evidencien que acaba de cometerlos, esto es, debe existir una relación entre el sujeto y el delito que se le atribuye, todo ello teniendo en consideración que no se hubiera perdido de vista. Así el TC exige que ello constituya “prueba evidente de su participación en el hecho delictivo” (STC 2096-2004-HC/TC, Caso Eleazar Camacho Fajardo).
- En cuanto a la concurrencia de estos requisitos, el TC también ha sido difuso. Así, en la STC 828-2003-PHC/TC (Caso Frida Anita Díaz) expuso que “*la flagrancia exige entre sus presupuestos la inmediatez temporal e inmediatez personal*”; en este mismo sentido en las STC 2096-2004-PHC/TC (Caso Eleazar Camacho Fajardo) y STC 7376-2005-PHC/TC (Caso Salvador Bailetti Valencia) expuso: “*la flagrancia en la comisión de un delito, presenta 2 requisitos insustituibles: a) la inmediatez temporal y b) la inmediatez personal*”. No obstante, en la STC 3766- 2004-PHC/TC (Caso Menor IV, Ch) expuso: “*la flagrancia en la comisión de un delito requiere el cumplimiento de “cualquiera” de los dos requisitos siguientes: a) la inmediatez temporal; y, b) la inmediatez personal*”³.

² Este mismo criterio se desarrolló en las STC 5451-2005-PHC/TC, Caso Carlos Rodríguez Olano, STC 7376-2005-PHC/TC, Caso Salvador Bailetti Valencia, STC 9724-2005-PHC/TC, Caso Juan Enrique Dupuy, STC 2617-2006-PHC/TC, Caso Giovanni Santana Orihuela.

³ De este mismo criterio en la STC 5451-2005-PHC/TC, Caso Carlos Rodríguez Olano, STC 1923-2006-PHC/TC, Caso Jorge Manuel Chipulina Fernández, STC 2617-2006-PHC/TC, Caso Giovanni Davis Santana, STC 6142-2006-PHC/TC, Caso James Rodríguez Aguirre.

- Ante esto nos preguntamos lo siguiente: ¿cuándo estamos ante la sospecha de la vinculación sujeto-delito y cuándo ante un caso de flagrancia? Si bien en la STC 1107-99-HC/TC (Caso Silvestre Uscamayta Estafonero) el Tribunal Constitucional expuso que “*Las variables de causalidad, en consecuencia, no se alteran ni pueden ser extendidas hasta el extremo de considerar como válidas las detenciones preventivas sustentadas en la mera sospecha policial*” (FJ N° 4) y que “*el hecho de que haya participado en la investigación policial un representante del Ministerio Público no convierte en legítima la detención producida, pues dicha autoridad no está facultada para convalidar actos de detención fuera de las hipótesis previstas por la Norma Fundamental*” (FJ N° 5).

- Sin embargo, existen otras sentencias en donde ambos conceptos se han confundido. Así por ejemplo, en la STC 1923-2006-HC/TC (Caso Jorge Manuel Chipulina Fernández) se expuso: “*la detención se efectuó por el supuesto de flagrancia, pues el personal policial a cargo del operativo consideró que la presencia del recurrente en el lugar daba indicios suficientes de su participación en el delito de tráfico ilícito de drogas*”. En este caso el recurrente fue intervenido por la Policía el 24 de noviembre del año 2005 a las 12.00 horas, aproximadamente, en los ambientes del *counter* del Aeropuerto Internacional "Jorge Chávez", momentos después de producida la detención del ciudadano español Baldomero Contreras Ayas, en otro ambiente, antes de su abordaje, a quien se le sorprendió con un cargamento importante de droga. La intervención del recurrente se produjo, tal como lo manifiesta uniformemente la autoridad policial, en circunstancias que indagaba por la situación del ciudadano español detenido, a quien justamente (tal como se estableció posteriormente, por las propias declaraciones del recurrente) había acompañado al aeropuerto para despedirlo y con quien había compartido gran parte del tiempo que dicho ciudadano pasó en el país (aproximadamente una semana). Su preocupación por la suerte de alguien a quien por razones físicas no veía (los ambientes de ambas detenciones son distintos e incomunicables) y que suponía embarcado, revelaba un aparente conocimiento de la carga ilícita que se portaba y de la detención que el ciudadano extranjero sufría. Así el TC expuso “*Este hecho, a juicio del Tribunal, supone la secuela de inmediatez temporal e inmediatez personal que configura la flagrancia, pues revela indicios razonables de participación en el delito que se investiga, de no poca envergadura*”.

2.3. Medidas limitativas de derechos en investigaciones preliminares.

- El Decreto Legislativo N° 989 que modifica la Ley N° 27934 establece que cuando exista o no flagrancia el Fiscal podrá solicitar al Juez:

- La detención domiciliaria;
 - La obligación de someterse a cuidado y vigilancia de una persona o institución;
 - Obligación de no ausentarse de la localidad en que reside, de no concurrir a determinados lugares, o de presentarse a la autoridad en los días que se le fijen;
 - La prohibición de comunicarse con personas determinadas; y
 - Caución. Teniendo en consideración que éstas se imponen solas o conjuntas.
- El problema que se presenta en estos casos es el relacionado al plazo que deben mantenerse, pues si éstas durante el proceso judicial no tienen plazo, imaginémosnos por cuánto tiempo una persona puede estar sometida a detención domiciliaria, más aún cuando las investigaciones preliminares suelen demandar mucho tiempo. Quizá debamos tener como referencia el plazo previsto en la Ley N° 27379, cuyo artículo 2°, inciso 1, último párrafo dispone: *“Esta medida no durará más de 15 días prorrogables por un plazo similar, previo requerimiento del Fiscal. Vencido el plazo se levantará de pleno derecho”*.
- Otro de los temas objeto de análisis es el relativo a la incomunicación. La modificatoria del artículo 2°, inciso 2 de la Ley N° 27379 dispone la posibilidad de decretar la incomunicación del detenido preliminarmente dentro de una investigación fiscal, por un plazo no mayor de 10 días; siempre que resulte indispensable para el esclarecimiento de los hechos investigados. Esta medida, además, no impide que el detenido se comunique en privado con su abogado defensor.
- En lo relativo a la detención imputativa o preliminar sin flagrancia, es verdad que durante la pesquisa inicial o acopio de información probatoria, en torno a un presunto delito, hay que atender y conjurar el peligro por la demora y de fuga, porque su desatención redundará en la frustración de los objetivos del futuro proceso; pero esto, que representa responder con eficacia a las necesidades de la lucha contra la criminalidad, no puede justificar el desconocimiento expansivo de derechos básicos, como la libertad personal. Esta modalidad de detención imputativa es solicitada por el Fiscal y dispuesta por el Juez. Nuestro ordenamiento procesal establece dos modalidades. Así:
- En caso de otros delitos (Ley N° 27934): En estos casos, ante la urgencia y peligro en la demora, a fin de evitar la perturbación de la

investigación o sustracción de la persecución penal el Juez dictará a pedido de la Fiscalía la detención preliminar sin flagrancia hasta por 24 horas.

- En los casos de delitos explícitamente previstos en la Ley N° 27379⁴: El plazo de esta detención es no mayor de 15 días. Esta medida se acordará siempre que existan elementos de convicción suficientes para estimar razonablemente que se ha cometido uno de los delitos previstos en la Ley N° 27379, que la persona contra quien se ha dictado ha intervenido en su comisión y que se dará a la fuga u obstaculizará la actividad probatoria. Se prevé además que el detenido sea puesto a disposición del Juez dentro de las 24 horas de su privación de libertad para la realización de audiencia privada con asistencia del Fiscal y su defensor a fin de que se verifique su identidad y garantice el ejercicio de sus derechos fundamentales.
- Con el Decreto Legislativo N° 988 se amplía el listado de delitos pasibles de esta medida; así se incorporan los casos de **1)** Apología al delito (con sus nuevos supuestos como: de secuestro, de extorsión; en este último caso la huelga del funcionario público con poder de decisión o cargo de confianza); **2)** Lavado de activos (Ley N° 27765), **3)** Promoción o favorecimiento al TID y Microcomercialización o microproducción, **4)** Delitos contra la libertad personal (secuestro y tráfico de menores) y de extorsión, siempre que dichos delitos sean cometidos por una pluralidad de personas, y **5)** Otros delitos, cuando el agente integre una organización criminal. En este último caso resulta necesario tener presente el concepto de organización criminal, a fin de no permitir interpretaciones extensivas en perjuicio del imputado.

⁴ Artículo 1° de la Ley N° 27379: 1) Delitos perpetrados por pluralidad de personas o por organizaciones criminales, siempre que en su realización se hayan utilizado recursos públicos o hayan intervenido funcionarios o servidores públicos o cualquier persona con conocimiento o aquiescencia de aquélla. 2) Delitos de peligro común (fabricación y tenencia de ilegal de armas, municiones y explosivos; producción, tráfico ilegal de armas, municiones y explosivos, y arrebato de armamento o municiones de uso oficial); los delitos contra la administración pública (abuso de autoridad, concusión, peculado y corrupción de funcionarios); delitos aduaneros y delitos tributarios, siempre que dichos delitos se cometan por una pluralidad de personas o el agente integre una organización criminal; 3) Terrorismo; apología del delito (artículo 316° CP); Lavado de activos (Ley N° 27765); TID (artículo 296°, 296°-A, 296°-B, 297° y 298°); delitos contra la humanidad (genocidio, desaparición forzada y tortura); delitos contra el Estado y la Defensa Nacional (atentados contra la seguridad nacional y traición a la patria, y delitos que comprometen las relaciones exteriores del Estado); 4) Delitos contra la libertad personal (secuestro y tráfico de menores) y de extorsión, siempre que dichos delitos sean cometidos por una pluralidad de personas, y 5) Otros delitos, cuando el agente integre una organización criminal.

2.4. Convalidación de la detención hasta por 7 días naturales

- El Decreto Legislativo N° 989 incorpora la medida de “convalidación” de la detención cuando se trate de delitos perpetrados por organizaciones criminales, tráfico ilícito de drogas, lavado de activos, terrorismo, secuestro, extorsión y trata de personas. Se entiende que ésta procede una vez vencido el plazo de la detención preliminar dispuesta por el Juez y siempre que subsistan las razones que determinaron su imposición⁵. Vencido el plazo de convalidación, el Fiscal deberá presentar la correspondiente denuncia ante el Juez competente o, en caso contrario, disponer la libertad del detenido.
- La convalidación procede tanto en los casos de detención en flagrancia como en los que no existe flagrancia:
 - En casos de detención sin flagrancia: El Juez deberá decidir su procedencia el mismo día que recibe la solicitud del Fiscal, quien deberá haber puesto al detenido a disposición del Juez para que en presencia de su abogado se verifique su identidad. Para ello deberá:
 - i) Existir razones para considerar que una persona ha cometido cualquiera de los delitos antes previstos, y
 - ii) Por las circunstancias del caso, *pueda* existir peligro de fuga.

Para este efecto habría que tener en consideración que siendo el peligro procesal el elemento indispensable para dictar contra una persona una medida de coerción, ésta precisamente no debe presumirse –como dice Bovino- sino que ha de existir y estar sustentada en elementos reales; por

⁵ Solamente como referencia debemos tener en consideración el artículo 266 del NCPP que establece: “1) Vencido el plazo de detención preliminar, el Fiscal, salvo los delitos de terrorismo, espionaje y TID, si considera que subsisten las razones que determinaron la detención, lo pondrá a disposición del Juez de la Investigación Preparatoria requiriendo auto de convalidación de la detención. En caso contrario, dispondrá la inmediata libertad del detenido. 2) El Juez, ese mismo día, realizará la audiencia con asistencia del Fiscal, del imputado y de su defensor, y luego de escuchar a los asistentes, teniendo a la vista las actuaciones proporcionadas por el Ministerio Público, decidirá en ese mismo acto mediante resolución motivada lo que corresponda. 3) La detención convalidada tendrá un plazo de duración de 7 días naturales, a cuyo vencimiento se pondrá al detenido a disposición del Juez de la Investigación Preparatoria para determinar si se dicta mandato de prisión preventiva o comparecencia, simple o restrictiva. 4) En los supuestos de detención por los delitos de terrorismo, espionaje y TID, vencido el plazo de 15 días establecido en la Constitución, el Fiscal solicitará de ser el caso la medida de prisión preventiva u otra alternativa prevista en este código”.

tanto no debiera entenderse como una simple sospecha de peligro procesal pues con ello se estaría dejando al abandono y serio peligro al imputado. Más aun cuando el artículo 2°-C de la Ley N° 27934 establece que el auto de convalidación de la detención deberá contener entre otros *las circunstancias del caso concreto de las que pueda desprenderse peligro de fuga*.

- **En casos de detención en flagrancia:** También se requiere que existan razones para considerar que una persona ha cometido cualquiera de los delitos antes previstos, salvo los casos de TID, terrorismo y espionaje, para los cuales, por mandato constitucional, puede efectuarse detención preliminar por un plazo no mayor de 15 días, y que por las circunstancias del caso, *pueda* existir peligro de fuga.
- El modificado artículo 2° de esta Ley establece “Si el Fiscal decide *otorgar la libertad* antes del vencimiento de este plazo, ésta sólo se hará efectiva cuando el Fiscal Superior haya absuelto la consulta, dentro del plazo de 24 horas”. De esto se desprende:
 - El Fiscal puede disponer la libertad antes del vencimiento de convalidación.
 - La libertad no procede si antes el Fiscal Superior no ha resuelto la consulta.
- El auto de convalidación de la detención en flagrancia debe dictarse por el Juez en el día que el detenido es puesto a su disposición. En caso ser procedente dispondrá el retorno del detenido al centro de detención policial (fijese que no se habla de un centro penitenciario, por lo que las comisarías o dependencias policiales deberán habilitar un espacio para los detenidos) que corresponda a disposición del Fiscal, en caso contrario dispondrá que continúe la investigación con el imputado en calidad de citado.
- Si bien la norma establece que el investigado debe ser puesto a disposición del Juez para que verifique su identidad con asistencia de su abogado defensor, garantizando el cumplimiento de sus derechos fundamentales; no se dispone que el auto de convalidación de la detención preliminar deba dictarse en audiencia.

2.5. El plazo razonable de la detención preventiva: modificación del artículo 137 del CPP de 1991

- Si bien la norma resulta clara en tanto lo que hace es incorporar como supuesto de prolongación de la detención “*cuando el delito se ha cometido a través de una organización criminal y el imputado pudiera sustraerse a la acción de la justicia o perturbar la actividad probatoria, la detención podrá prolongarse hasta por un plazo igual*”. Puede, como en otras tantas ocasiones ha ocurrido, llegarse a la irracional interpretación de considerar que este es un caso que permite prolongar el plazo sobre uno ya duplicado e incluso prolongado por causas de especial dificultad.
- Recordemos que fue el Tribunal Constitucional que, en consonancia con algunos operadores del sistema anticorrupción, estableció la posibilidad de duplicar el plazo ordinario de la detención y a la vez prolongarlo hasta un periodo de 72 meses de prisión “preventiva”. Es decir, 6 años como plazo de duración de una “medida cautelar” con evidente cariz de sentencia anticipada. Esta situación se podría agravar a partir de una interpretación literal de la norma que modifica el artículo 137 del Código Procesal Penal pues con ella el Juez podría no sólo duplicar, sino también prolongar dos veces el plazo de detención preventiva cabiendo la posibilidad de que una persona pueda estar detenida 144 meses (!), es decir 12 años con detención sin sentencia. Esperemos que una adecuada interpretación de esta norma, desde el baremo del contenido esencial del derecho fundamental a la libertad, subsane los yerros del legislador.

2.6. Las nuevas reglas del juicio oral: la prueba trasladada

- Cuando el medio de prueba se ha obtenido en el mismo proceso en el cual se debe considerar, se está en presencia de la prueba originaria. Si se ha practicado en proceso distinto la prueba toma la denominación de trasladada⁶.
- La prueba trasladada o prestada es propia del proceso civil. El artículo 198 de nuestro Código Procesal Civil dispone: “*Las pruebas obtenidas válidamente en un proceso tienen eficacia en otro. Para ello, deberán constar en copia certificada por el auxiliar jurisdiccional respectivo y haber sido actuadas con conocimiento de la parte contra quien se invocan. Puede prescindirse de este último requisito por decisión motivada del Juez*”.

⁶ Jesús Ignacio García Valencia. *Las pruebas en el proceso penal*. Segunda edición. Edit. Gustavo Ibáñez, 1996. pm. 125

- Este quizá sea uno de los rubros más cuestionados de las modificaciones, pues implica una seria limitación a los derechos de defensa y contradicción, que incluso no sólo perjudica al acusado, sino que al ser las mismas reglas para todas las “partes”, también puede llegar a afectar la estrategia del Fiscal y de la parte civil.
- ¿En qué casos procede? La prueba trasladada procede a pedido de las partes o de “oficio” por la Sala:
 - Cuando sea de imposible consecución o de difícil reproducción por riesgo de pérdida de la fuente de prueba o de amenaza para un órgano de prueba. Debemos entender que se refiere a aquellos casos donde se hubiere realizado una inspección ocular, testigos fallecidos, con paradero desconocido o que se encuentren en el extranjero.
 - Cuando se trate de dictámenes periciales oficiales, informes y prueba documental admitida o incorporada en otro proceso judicial. En este caso, se establece una regla especial y peligrosa que permite trasladar en todos los casos estos documentos.
- Aunque la norma no lo establece, esta prueba requiere que el proceso primigenio se haya practicado válidamente, esto es, con plena observancia de la contradicción como elemento indispensable; además que ésta prueba debe haber sido aportada por la parte contra quien se pretende utilizar en el segundo caso o con la intervención de ésta en el proceso; a ello hay que añadirle que el traslado al segundo proceso se debe realizar oportunamente y con conocimiento de las partes para que puedan hacer efectivo el derecho de contradicción que les asiste.
- En lo que respecta a su valor probatorio, la prueba trasladada tiene valor probatorio de un indicio que debe ser valorada con otros elementos de convicción; es por ello que - si bien la norma no lo establece - no es suficiente la simple oralización de la prueba trasladada, sino que deberá exigirse su ratificación, esto es, deberá actuarse la prueba en juicio oral, así deberá ser citado el testigo, los peritos o coimputados. Pues de lo contrario ¿cómo cuestiono?, ¿interrogó al papel?. Salvo, claro está, en casos de imposible consecución.

2.7. La sentencia penal como prueba en otro proceso

- De otro lado, se dispone que la sentencia firme que tenga por acreditada la existencia o naturaleza de una organización delictiva o asociación ilícita determinada o que demuestre una modalidad o patrón de actuación en la comisión de hechos delictivos o los resultados o daños derivados de los mismos, constituirá prueba con respecto de la existencia o forma de actuación de esta organización o asociación en cualquier otro proceso penal, la misma que deberá ser valorada conforme al criterio de conciencia (artículo 283° del C de PP).

2.8. La acusación complementaria

- Durante el juicio y hasta antes de la acusación oral, el Fiscal mediante escrito de acusación complementaria podrá ampliar la acusación, ello mediante la “inclusión de un hecho nuevo” que no haya sido comprendido en la acusación escrita en su oportunidad, que modifique la calificación legal. Esto es, se permite al Fiscal variar el marco de imputación objeto del proceso produciendo desventaja en la defensa de quien está acusado. Consideramos que esta disposición desnaturaliza el objeto de imputación, pues lo extiende arbitrariamente. Lo correcto hubiera sido mantener la posibilidad de que este hecho nuevo dé luego lugar a otro proceso (tal como aún se dispone en el vigente artículo 265 del C de PP⁷). Se entiende que la intención del legislador fue dar celeridad y reforzar la economía procesal, pero ello no puede ir en contra de los derechos fundamentales que le asisten al imputado. Más aún cuando esta implica una variación en la calificación penal que puede implicar la presencia de un agravante.
- Ello mismo procede cuando hubiere omitido pronunciarse en la acusación escrita sobre un hecho o hechos que hubieren sido materia de instrucción. Este supuesto si es atendible en tanto las partes conocen el proceso penal, si saben de la omisión.

En esta situación el Fiscal deberá advertir la variación de la calificación correspondiente. Luego de escuchar a las partes, la Sala se pronunciará con respecto al auto ampliatorio de enjuiciamiento. Nótese que aquí se produce una afectación más, pues para defenderse de esta ampliación, no cabe la fase intermedia, es decir, no hay la posibilidad de oponerse o alegar la no

⁷ Artículo 265 del C de PP: “En caso de que los debates arrojen responsabilidad sobre persona no comprendida en la acusación escrita del Ministerio Público, o se descubre otro hecho delictivo similar, distinto o conexo al que es materia del juzgamiento, el Fiscal deberá pedir la apertura de instrucción y el Tribunal accederá a ese pedido. Si el Fiscal no solicitare la apertura de instrucción el Tribunal mandará formar cuaderno correspondiente y lo elevará en consulta al Fiscal Supremo que corresponda...”

ampliación de acusación. La pregunta sería cabe interponer un medio de defensa técnica, creemos que no hay ningún obstáculo para ello, más aún cuando ha de interpretarse extensivamente la posibilidad de ofrecer nuevas pruebas.

- En esa misma línea creemos que una vez ampliada la acusación y con ella el objeto de imputación, se recibirá la nueva declaración del imputado y se informará a las partes que tienen derecho a solicitar la suspensión del juicio para ofrecer nuevas pruebas o preparar la defensa. La suspensión no superará el plazo de 5 días hábiles. Este plazo tan corto, es sin duda reprochable y debe merecer una pronta enmienda.

2.9. Examen del acusado

- En cuanto a este aspecto deberíamos tener en consideración lo siguiente:
 - a.** Respecto al orden para examinar: El Fiscal sigue siendo el primero en examinar al acusado cuando debiera hacerlo su abogado defensor; en ese orden le siguen el abogado de la parte civil, los abogados del tercero civil, para después recién ser examinado por su abogado defensor; claro está, siempre que no hubieran otros procesados, pues en ese caso examinará después que los abogados de éstos lo hagan. Además de ello, los Vocales siguen teniendo la posibilidad de examinar.
 - b.** Uso de declaraciones previas: Ahora no solamente se confrontará al acusado con su declaración instructiva sino con las que hubiera rendido a nivel policial o incluso, para los que tienen antejuicio, las brindadas en las comisiones del Congreso, con el riesgo de que éstas sean empleadas y valoradas en vez de la expresada en juicio oral.

2.10. Ofrecimiento y examen de testigos (y peritos⁸)

- Los renovados artículos 238, 248 y 251 del C de PP incorporan las siguientes reglas:
 - a.** Las facultades del Presidente de Sala y la interrupción de la estrategia: Habiendo tenido la oportunidad para mejorar ciertas situaciones legislativas, se ha optado por formar un híbrido adversarial, permitiendo con ello que el

⁸ Los peritos, según el artículo 167° del C de PP, son examinados como si fuesen testigos.

Presidente de Sala desnaturalice su función de arbitro del conflicto. Así, el Presidente de Sala:

- Establece el orden de los testigos.
 - Es el primero en examinar – entre los magistrados - al testigo
 - Podrá declarar las preguntas como impertinentes, debe entenderse que es a pedido de una de las partes, aunque en la práctica suele arrogarse esta función de oficio.
 - Podrá suspender el desarrollo de los interrogatorios; con lo que, nuevamente, vulnera el derecho de defensa y con ello la estrategia de quien en su momento está examinando.
- b.** El ofrecimiento de testigos o peritos nuevos: Antes, las exigencias previstas para el ofrecimiento de testigos o peritos nuevos estaba dirigida solamente para la defensa; con la modificación, se igualan las condiciones y se da un gran paso, pues ya no se exige un pliego de preguntas lo cual suponía adelantar y con ello limitar la estrategia de defensa; sino la indicación de utilidad y pertinencia.
- c.** El orden para examinar a los testigos: La modificatoria ha enmendado un gravísimo error, ya no es el Presidente de Sala quien examina primero, sino que ahora es la parte que propuso al testigo quien inicia el examen, para luego dar paso a las demás partes, dando lugar así al contraexamen. Sin embargo, tal como lo hemos expuesto, los Vocales mantienen la potestad de examinar, sin que en este caso, a diferencia del examen del acusado, se establezca que su intervención es solamente para aclarar temas difusos.
- d.** Uso de declaraciones previas sólo a pedido del testigo y del Presidente de Sala. Sin embargo, la interpretación de la norma debe ser garantista y entenderse que también las partes (sea Fiscal o Defensor) pueden solicitar el uso de estas declaraciones para poder confrontar al testigo, en caso existan puntos controvertidos, con la declaración que prestó ante el Fiscal o el Juez instructor.
- e.** El examen del testigo menor de 16 años: Este examen procede siempre que no perjudique el estado emocional del testigo. Debe entenderse entonces que como requisito previo se debe realizar un examen psicológico o psiquiátrico al menor.

2.11. El Proceso de Pérdida de Dominio

- Con el proceso de pérdida de dominio se extinguen los derechos o títulos de bienes de procedencia ilícita, a favor del Estado⁹. En el art. 2 del Decreto Legislativo 992 se mencionan los supuestos en los que es posible iniciar la investigación para la declaración de pérdida de dominio: “a) Cuando los bienes o recursos hubieren sido afectados en un proceso penal, en el que, los agentes son miembros de una organización criminal o incurrir en la comisión de los delitos de tráfico ilícito de drogas, lavado de activos, terrorismo, secuestro, extorsión y trata de personas, o cuando no se hubiese tomado sobre ellos una decisión definitiva; o se haya archivado el proceso penal por cualquier causa y no se haya desvirtuado la obtención ilícita de aquellos, prescindiendo de la responsabilidad penal; b) Cuando el valor de los bienes que hayan dado lugar a un desbalance patrimonial y otros indicios concurrentes produzcan un grado de probabilidad suficiente respecto a su origen ilícito en una investigación preliminar o en un proceso judicial; c) Los bienes o recursos habidos provengan directa o indirectamente de una actividad ilícita o de la enajenación de otros de origen ilícito; o no hayan sido destinados a actividades ilícitas; o, sean producto, efecto o instrumento objeto de la actividad ilícita y d) Los derechos y/o títulos que recaigan sobre bienes de procedencia lícita, que hayan sido utilizados o destinados para ocultar o lavar bienes de ilícita procedencia”.
- Aunque el seguro propósito del legislador haya sido reestablecer la vigencia derecho trasladando al Estado la propiedad de los bienes de procedencia ilícita (además, desarticulando las probables actividades ilícitas previstas generalmente por las organizaciones criminales). Lo cierto es que con este tipo de medidas se propicia el fraccionamiento del proceso penal, ya que se “encubriría” una actuación administrativa bajo el ropaje de procedimiento judicial.

3. CONCLUSIONES

- El conjunto de Decretos Legislativos emitidos por el Poder Ejecutivo, en lo referido al aspecto procesal penal, ha introducido una serie de modificaciones que no sólo inciden en el sistema procesal vigente (del C

⁹ Este proceso de carácter real, de contenido patrimonial y se tramita a nivel jurisdiccional como proceso especial y procede sobre bienes o cualquier título, derecho real o patrimonial, principal o accesorio independientemente de quien ostente la posesión o la propiedad. Se rige por los principios de licitud y de interés público.

de PP) sino que también afecta y repercute en el nuevo modelo que el NCPP del 2004; por ejemplo, cuando se permite que la Policía puede conducir la investigación del delito, recibiendo la declaración del investigado sin presencia fiscal, lo que evidentemente trastoca la esencia misma del modelo que establece la Constitución.

- En lo que respecta a las modificaciones relativas a las medidas de coerción personal, el aspecto más cuestionable es el referido a la flagrancia, pues, los nuevos supuestos de flagrancia delictiva que se han incorporado al ordenamiento procesal no cumplen los elementos básicos que la configuran: inmediatez personal e inmediatez temporal.
- En lo que a las normas del juicio oral importa, la relativa a la prueba trasladada, constituye el aspecto más polémico pues implica una seria limitación a los derechos de defensa y contradicción, que, como lo hemos señalado antes no solo perjudica al acusado, sino que al ser las mismas reglas para todas las “partes”, también puede llegar a afectar la estrategia del Fiscal y de la parte civil.
- En definitiva, podemos señalar que los referidos Decretos Legislativos, si bien tienen como propósito legislativo dotar de una mayor eficacia en la lucha contra la criminalidad organizada, terminan con afectar la afirmación del nuevo modelo procesal penal que se viene implementando progresivamente en nuestro país. Es importante por ello promover una mayor discusión sobre sus alcances.

Lima, 29 de agosto de 2007