

# Guía de procedimientos para la actuación de magistrados en el tratamiento de delitos contra la administración pública

## **Guía de procedimientos para la actuación de magistrados en el tratamiento de delitos contra la administración pública**

Primera edición (500 ejemplares)

Lima, Perú

Octubre de 2013

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2013-00000

### **Coautores**

Yvan Montoya Vivanco  
Rafael Chanjan Documet  
Yvana Novoa Curich  
Julio Rodríguez Vásquez  
Fany Quispe Farfán

### **Colaboradores**

Renata Bregaglio Lazarte  
Erick Guimaray Mori  
Ricardo Santayana Sánchez  
Patricia Barrantes Delgado

### **Corrección de estilo**

María Pasamar Herranz

### **Diseño y diagramación**

Jorge Kajatt Mera

### **Impresión**

Industria Gráfica Cimagraf  
Jr. Torres Paz 1252, Urb. Santa Beatriz  
Lima 1 - Perú  
Teléfono: (511) 265-0453

### **© Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP), 2013**

Calle Tomás Ramsey 925, Lima 17 - Perú  
Teléfonos: (511) 626-2000 anexo 7500 / 2615859 / 4613433  
[www.idehpucp.pucp.edu.pe](http://www.idehpucp.pucp.edu.pe)

IDEHPUCP, creado en 2004, es el Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Derechos reservados. Prohibida la reproducción de esta publicación por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso de los editores.

<b>1. CUESTIONES GENERALES DE LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PÚBLICOS</b>	<b>3</b>
● Funcionario público	3
● Características de algunos delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos	4
– Delitos especiales	4
– Delitos de infracción de deber	5
– Delitos de dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico	5
– Delitos especiales propios	6
– Delitos de encuentro	6
● Autoría y participación	6
– Ruptura del título de imputación	6
– Unidad del título de imputación	7
● Pena de inhabilitación	7
● Prescripción	9
<b>2. ASPECTOS ESENCIALES DE LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PÚBLICOS</b>	<b>11</b>
● Bien jurídico general	11
● Cohechos	11
● Peculado	12
● Malversación de fondos	13
● Enriquecimiento ilícito	14
● Negociación incompatible	15
● Colusión desleal	15
● Tráfico de influencias	16
● Principales problemas concursales	17
<b>3. LA INVESTIGACIÓN DE LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PÚBLICOS</b>	<b>21</b>
● Aspectos previos	21
– Fuentes de denuncias	21
– Gestión de denuncias	21

● Incorporación de la prueba: Aspectos problemáticos	22
– Delitos sin escena	22
– Documentos obtenidos en forma anónima	22
– Documentos obtenidos de fuente desconocida	23
– Los informes de control	23
– Cadena de custodia	25
● Prueba y Valoración probatoria	25
– Prueba prohibida	25
– Objetivos de la exclusión de la prueba	25
– Excepciones del sistema peruano	26
– Audiencia de tutela y exclusión de prueba	26
● Uso de Investigaciones recabadas en la Investigación preparatoria	26
– Declaraciones previas	26
– Declaraciones espontáneas	27
● Control del Plazo de Investigación	27
– Necesidad de Integración de plazo	27
– Control de plazo de investigación preliminar	28
● Aplicación del Código Procesal Penal	28
– Problemas de Aplicación	28
– Ventajas del Nuevo Código Procesal Penal	29

## 1.1 Funcionario público

### Definición

Para el Derecho penal, se entiende por funcionario público a aquel que cumple con los siguientes requisitos:

- **Incorporación heterónoma a la función pública:** El sujeto es incorporado a la administración pública por el pueblo, la norma o una tercera persona que ostente el poder público a través de un título habilitante que puede ser:

- Selección
- Designación
- Elección



Desempeñar actividades  
o funciones al servicio  
del Estado

- **Posibilidad efectiva de desempeñar el cargo:** Relación de dependencia entre el correcto y normal funcionamiento de la administración pública y el comportamiento del funcionario seleccionado, designado o elegido.

### Normativa

- El Código Penal peruano da una lista casuística y abierta de funcionarios público, permitiendo la incorporación de nuevos supuestos. En esta lista se agregan distintas clases de funcionarios, unos incorporados por selección, otros por designación y otros por elección. Además, confirma el concepto penal autónomo de funcionario público al incluir supuestos excluidos por nomas administrativas y laborales (art. 425°)
- El Perú ha incorporado a su ordenamiento interno todo instrumento internacional ratificado por este (art. 55° de la Constitución). De esta manera, tanto la Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC) como la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC) son parte del ordenamiento jurídico interno.
- El artículo 1° y 2° de la CICC y el artículo 2° de la CNUCC otorgan al concepto de funcionario público características necesarias para combatir la corrupción. Estas normas son auto-aplicativas o de aplicación inmediata, ya que son completas y despliegan sus efectos de manera instantánea y sin necesidad de algún acto legal adicional.

**Las características reconocidas por las CICC y la CNUCC son las siguientes:**

- No importa la denominación o *nomen iuris*
- El título habilitante puede ser *selección, designación y/o elección*
- Irrelevancia del nivel jerárquico
- Irrelevancia del carácter remunerado u honorífico del cargo
- Irrelevancia del lugar donde se ejerza la función pública
- Irrelevancia del carácter permanente o temporal
- Irrelevancia de la antigüedad
- Todo aquel que desempeñe o tenga la posibilidad efectiva de desempeñar función pública

## 1.2 Características de algunos delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos

### ● Delitos especiales

#### *Definición*

Se entiende por delito especial:

En sentido simple: Delitos que, como los ilícitos funcionariales cometidos contra la administración pública, no podrían ser cometidos a título de autor por cualquier sujeto, sino solo por aquellos que tengan las cualidades y condiciones exigidas por el tipo penal.

Sin embargo, los delitos especiales también se pueden definir desde un sentido complejo, que busca el fundamento material de la delimitación del círculo de autores.

La jurisprudencia peruana adopta dos posturas sobre el fundamento material de las características de delito especial de los delitos funcionariales contra la administración pública:

## ● Delitos de infracción de deber

Según el Acuerdo Plenario N° 2-2011/CJ-116. VII Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria, por delito de infracción de deber se entiende:

“(…) existen tipos legales que excluyen el dominio para su configuración y se forman a partir de la infracción de un deber especial que le corresponde a la órbita del autor-característica intrínseca de los delitos cometidos por los funcionarios y servidores públicos”.

La razón por la que el legislador exige la calidad de funcionario público para la autoría de un delito de corrupción se debe a que este sujeto tiene deberes funcionales previos que son infringidos con la comisión de estos delitos de corrupción.

## ● Delitos de dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico

Esta postura es sustentada por el Acuerdo Plenario 1-2010, del 16 de noviembre de 2010:

“En tal sentido el ataque contra el Patrimonio Público es ejecutado por personas que integran la Administración Pública a las que se les confió el patrimonio y se colocó al bien en una posición de especial vulnerabilidad por aquellos”.

La misma postura es sustentada por el Pleno Jurisdiccional Superior Penal del 11 de diciembre de 2004:

“(…) diferenciar la respuesta punitiva aplicable a los autores y partícipes, en función de su mayor o menor cercanía con el bien jurídico protegido y de la importancia del aporte de estos en la realización del delito especial de que se trate (...) Considerar que la mayor punibilidad de los autores de los delitos especiales se fundamenta en el dominio social que tiene respecto del bien jurídico tutelado”.

Entonces, no es solo la infracción de deberes especiales lo que fundamenta los delitos de corrupción sino, sobre todo, el dominio que el funcionario público tiene acerca de la correcta administración pública lo que hace especial este tipo de delitos. En otras palabras, la función que ejerce el servidor público es la que provoca una relación de dependencia entre la vulnerabilidad del bien jurídico y el comportamiento del funcionario público.

## ● Delitos especiales propios

La cualidad de “funcionario público” no es un elemento circunstancial de los delitos de corrupción, sino el fundamento del tipo penal, ya que a través de su ejercicio se domina la lesión del bien jurídico. Por ello, no es posible hablar de delitos especiales impropios en materia de corrupción. ¡Todos los delitos de corrupción son propios e independientes!

## ● Delitos de encuentro

### *Definición*

Por delito de encuentro se entiende:

Aquellos delitos donde las actividades de las personas intervinientes se dirigen a un mismo objetivo, desde lados o posiciones distintas, de manera que las conductas acaban encontrándose.

### *Interviniente necesario*

Es el tercero cuyo comportamiento se encuentra con el comportamiento del autor. En el caso de los delitos de corrupción, la comisión del delito favorece al interviniente necesario. Ejemplo: La persona que entrega el beneficio al traficante de influencias.

### *Punibilidad del interviniente necesario*

No hay obstáculo para que el tercero sea procesado y sancionado desde las reglas de la parte general. Por el contrario, la impunidad sería contraria a la política criminal. Así, toda conducta que implique un riesgo prohibido (así sea de un interviniente necesario) debe ser penalmente relevante.

## 1.3 Autoría y participación

El ciudadano que no es funcionario público, pero que participa en la lesión del bien y normal funcionamiento de la administración pública, puede ser sancionado penalmente (Acuerdo Plenario N°2-2011/CJ-116), ya que contribuye de forma accesoria en la lesión o puesta en peligro del bien jurídico (Pleno Jurisdiccional Superior Penal Trujillo 2004, Acuerdo 1. Tema 5).

## ● Ruptura del título de la imputación

Según esta teoría, el artículo 26° CP establece que el extraneus nunca puede responder penalmente por un delito que se fundamenta en una cualidad especial del autor, como sucede en los delitos especiales.



Sin embargo, el artículo 26° CP solo se refiere a las cualidades que afectan la culpabilidad del agente, en tanto que este es un elemento personal.

## ● Unidad del título de la imputación

Según esta teoría, el extraneus será sancionado como partícipe de un delito especial, por tomar parte en un hecho común más grave que un delito común, con el conocimiento de que al funcionario le resultará más accesible el bien jurídico que se pretende vulnerar. Sin embargo, el artículo 26° servirá para que el extraneus responda penalmente con una pena atenuada, dentro del marco penal abstracto del delito especial.

## 1.4 Pena de inhabilitación

### *Definición*

Se entiende por pena de inhabilitación:

La pena que, a través de la pérdida o suspensión de uno o más derechos de modo diferente a las penas privativas de libertad y la multa, busca evitar que el condenado instrumentalice una posición especial para seguir lesionando bienes jurídicos de terceros.

De acuerdo al Acuerdo Plenario 2-2008/CJ-116, la Corte Suprema ha identificado dos supuestos bajos los cuales opera la inhabilitación:

- El sujeto tiene una posición de poder o dominio (función pública) de la que se sirve para delinquir.
- El sujeto, al momento de cometer el delito, no tenía la posición de dominio (función pública). Sin embargo, el hecho cometido implica una violación de deberes y principios imprescindibles para el ejercicio de una función actual. Ejemplo: "X", que no es funcionario público, ayuda al funcionario público "Y" a enriquecerse. Luego "X" accede a la función pública. El juez condena a "X" como partícipe de enriquecimiento ilícito, imponiéndole la pena de inhabilitación por violar un deber especial propio de su función.

## ***Inhabilitación en los delitos de corrupción***

### **Naturaleza**

La inhabilitación del artículo 426° CP es de naturaleza doble:

- Es una pena principal: Es decir, una pena prevista de modo específico para un delito, de forma que el juez tiene la obligación de imponerla directamente. Según el Acuerdo Plenario 2-2008/CJ-116, el criterio para identificar esta naturaleza es la ubicación sistemática del artículo que regula la inhabilitación, no siendo relevante lo que diga el propio tipo penal. La ubicación sistemática del art.426° (parte especial), así como su obligatoriedad, devela la naturaleza de pena principal de esta pena. En consecuencia, no es necesario que el Ministerio Público la solicite, ya que el juez está obligado a imponerla.
- Es una pena conjunta: Es decir, una pena que está constituida por la acumulación de dos o más penas de distinta naturaleza. En el caso de los delitos de corrupción, la pena de inhabilitación se aplica de forma conjunta con la pena privativa de libertad y, en el caso del art. 381°, con la pena de multa. El juez no puede elegir, está obligado a aplicar ambas penas.

### **Duración**

La pena de inhabilitación, como pena principal, está sujeta al art.36° CP, que establece como plazo mínimo 6 meses y como plazo máximo 5 años.

### **Formas de inhabilitación**

Según el art. 36° CP:

- Pérdida de la función, cargo o comisión.
- Interdicción para adquirir cargo, mando, empleo o comisión pública futura.

## Ejecución de la pena de inhabilitación:

El Acuerdo Plenario 10-2009/CJ-116 ha reconocido que la ejecución de la pena de inhabilitación responde a dos sistemas:

- Sistema de ejecución provisional: El Código de Procedimientos Penales en su art.330°, admite la ejecución inmediata para todas las penas desde la sentencia en primera instancia.
- Sistema de ejecución suspensiva: El Código Procesal Penal en su art.402°.1, establece como regla específica que la pena de multa y limitativas de derecho (incluyendo la inhabilitación) se ejecutarán solo ante una sentencia firme.

## 1.5 Prescripción

### Definición

Se entiende por prescripción de la acción penal:

El transcurso del tiempo que extingue la persecución de un delito (Acuerdo Plenario 8-2009/CJ-116. Voto Singular de los señores San Martín Castro, Prado Saldarriaga y Príncipe Trujillo. Fundamento 2).

El marco normativo de la prescripción de la acción penal para los delitos de corrupción puede clasificarse en dos grupos de reglas:

- Reglas generales:

El artículo 80° del CP establece dos clases de prescripción:

- Prescripción ordinaria: Tiempo igual al máximo de la pena prevista en el delito.
- Prescripción extraordinaria: Cuando hay interrupción del sistema judicial (inicio del proceso penal) la prescripción se produce cuando el tiempo transcurrido supere en un 50% el plazo ordinario.

- Regla especial:

De acuerdo al artículo 41° de la Constitución y al artículo 80° del CP, los casos de delitos de corrupción contra el patrimonio del Estado cometidos por funcionarios públicos prescriben en el doble del tiempo normal. El Acuerdo Plenario 1-2010 explica lo que debemos entender por “patrimonio del estado” (Fundamento 17).

## 2.1 Bien jurídico general

El correcto y regular funcionamiento de la administración pública. Esta se entiende como actividad que los funcionarios públicos desempeñan para que un Estado Constitucional, Social, Democrático y de Derecho cumpla con su rol prestacional. Se protege así la satisfacción plena de los derechos y libertades de los ciudadanos.

## 2.2 Cohechos (Art. 393°-398° CP)

### *Bien jurídico específico*

- Cohecho pasivo propio: La imparcialidad en el ejercicio de la función pública
- Cohecho pasivo impropio: La gratuidad o no venalidad de la función pública
- Cohecho activo propio: La imparcialidad en el ejercicio de la función pública
- Cohecho activo impropio: La gratuidad o no venalidad de la función pública

### *Elementos problemáticos*

**El sujeto activo:** El sujeto activo del cohecho pasivo propio e impropio solo puede ser aquel funcionario que actúa en el ámbito de sus competencias; es decir, no puede ser sujeto activo aquel que actúa invadiendo las funciones de otro. Cabe señalar, que un acto propio de las competencias funcionales del autor también es el que pertenece al ámbito de decisión general del funcionario. Aun cuando el funcionario no ejecute los actos directamente, sino a través de subordinados. Por ejemplo, también habrá que apreciar un acto propio de sus competencias legítimas y, por lo tanto, el delito de cohecho pasivo podrá ser aplicado.

**La recepción del beneficio por persona interpuesta:** El funcionario que utiliza a otra persona para recibir el beneficio podrá ser considerado “autor mediato” (si se ha utilizado sobre el extraneus coacción, engaño, amenaza, etc.) o simplemente “autor” del delito (si la persona interpuesta actúa con pleno conocimiento de su accionar delictivo). En este último caso, la persona interpuesta sería lo que se denomina como un “instrumento doloso no cualificado”, quien debe responder como cómplice del delito de cohecho pasivo. El funcionario que utiliza un “instrumento doloso no cualificado” para cometer el delito, evidentemente, responde como autor del mismo dado que es él quien tiene acceso al bien jurídico en situación de vulnerabilidad. El “instrumento” (extraneus), aunque actúe con dominio del hecho, no podrá responder nunca como autor.

**La no necesidad de contenido patrimonial de la ventaja o dádiva:** Los tipos penales de cohecho permiten incluir dentro del concepto “ventaja” o “beneficio” favores que no tienen contenido económico. Este es un principio establecido en la CNUC (art.3°).

## 2.3 Peculado (Art. 387°-388° CP)

### *Bien jurídico específico*

Los principios de integridad y probidad en la administración o custodia del patrimonio gestionado por el Estado.

### *Elementos problemáticos*

**La posición del funcionario público:** Se exige que el funcionario cuente con la disponibilidad jurídica de los recursos públicos. Es decir, que el agente tenga por efecto de la ley, la facultad de disponer de los recursos sin necesidad de mantenerlos materialmente bajo su custodia.

**Los viáticos como objeto del delito de peculado:** Conforme a los fines del Derecho Penal y el interés constitucional de persecución y represión de

actos de corrupción, debemos considerar que el no reintegro de los saldos no utilizados por parte del funcionario público que recibe los viáticos constituye la comisión del delito de peculado por utilización (distracción). El dinero se entrega en propiedad, por lo que un agente público no podrá apropiarse de lo que ya se encuentra dentro de su patrimonio. Se trataría de una utilización indebida del patrimonio administrado por el Estado (peculado por distracción), mas no de una apropiación en sí.

**Uso particular de vehículos del Estado:** Casos en los que un funcionario público hace uso particular del vehículo que el Estado le ha entregado por razón de su cargo pero no como instrumento de trabajo sino para su servicio personal. Sin embargo, aun cuando puedan presentarse supuestos en donde la utilización responde a un uso personal formalmente permitido por la norma, esta podría ser ajena a las finalidades públicas, e incluso, entrar en conflicto con ellas. Ejemplo: El traslado de material de campaña en época electoral.

## 2.4 Malversación de fondos (389° CP)

### *Bien jurídico específico*

La correcta y funcional aplicación de los fondos públicos. Busca proteger la ejecución del gasto y empleo de bienes y dinero público bajo una organización racional y ordenada.

### *Elementos problemáticos*

**Relación especial con el bien:** El funcionario público deberá poder disponer de los fondos públicos que se encuentran adscritos a una partida determinada y destinada a un fin público específico. Es decir, la finalidad de los recursos de dicha partida está, previamente, reglada. En este sentido, la ley penal no exige que el sujeto activo guarde una relación de percepción o custodia sino solo de administración.

**La aplicación pública diferente:** Se exige que el dinero o bienes públicos sean utilizados para un fin público distinto al previsto en la norma. El destino público tiene que haber sido asignado por ley, decreto, reglamento o resolución de una autoridad competente.

**Afectación del servicio:** La desviación de los bienes públicos debe generar la destrucción, obstrucción o retraso relevante de la prestación del servicio inicialmente contemplado en la ley.

## 2.5 Enriquecimiento ilícito (Art.401°CP)

### *Bien jurídico específico*

El correcto y normal funcionamiento de la administración pública, manifestado en los principios de probidad, transparencia y veracidad en el ejercicio de la función pública.

### *Elementos problemáticos*

**Naturaleza del delito:** Es un delito comisivo de posesión, ya que el núcleo del injusto radica en que el funcionario público posee bienes obtenidos de forma ilícita. Además, es un delito permanente, ya que supone el ejercicio de una actividad (situación antijurídica) que se prolonga en el tiempo. Es un delito de consumación instantánea, ya que se consuma con la sola incorporación del bien.

**Incremento del patrimonio:** Actos de incorporación de bienes al patrimonio y actos de disminución de pasivos.

**Ilicitud del enriquecimiento:** El origen de la ilicitud es cualquier acto no ajustado a derecho que implique abuso del cargo público.

**Relación funcional:** El abuso del cargo público debe causar el enriquecimiento (Pleno Jurisdiccional Nacional Penal Lima. Tema II).

**Relación Temporal:** El enriquecimiento ilícito debe producirse durante el ejercicio del cargo público (Pleno Jurisdiccional Nacional Penal Lima. Tema II).



## 2.6 Negociación incompatible (Art.399° CP)

### *Bien jurídico específico*

La rectitud e imparcialidad que se debe garantizar frente a los administrados y frente a los competidores ofertantes en los contratos en cuestión.

### *Elementos problemáticos*

**Verbo rector del delito “interesarse”:** El funcionario vuelca sobre el contrato u operación económica de la que se trate, una pretensión que no se condice con los intereses públicos de la administración, es decir, con el interés general. Por el contrario, este es uno particular que debe entrar en colisión o contradicción con el interés que el Estado tiene sobre dicho negocio.

**La naturaleza del interés privado indebido:** Se considera que interesarse no necesariamente debe implicar un peligro patrimonial para el Estado. De esta manera, si el funcionario o servidor público hubiera favorecido intereses particulares o de terceros que, finalmente, resultaron ser favorables económicamente a la administración pública, de todos modos la conducta sería típica y punible porque igual se habría lesionado el bien jurídico protegido (correcto funcionamiento de la administración pública en general, y la probidad al ejercer la función pública, desechando todo provecho o ventaja personal).

## 2.7 Colusión desleal (Art. 384° CP)

### *Bien jurídico específico*

La asignación eficiente de recursos públicos en las operaciones contractuales que el Estado lleve a cabo, o en cualquier tipo de operaciones a su cargo.

## Elementos problemáticos

**El contexto típico:** Este delito se comete en el marco de todo contrato administrativo o civil que tenga naturaleza económica con intervención o suscripción del Estado.

**El sujeto activo:** El autor debe ser aquel funcionario público que pueda incidir sobre el proceso de contratación mediante opiniones, informes, etc.

**Naturaleza del acuerdo colusorio:** El delito de colusión implica una relación bilateral que se refleja en el acuerdo colusorio que debe existir entre el funcionario público y el particular interesado. Por tanto, se entiende que el acuerdo debe ser clandestino o subrepticio dado que tiene un fin ilícito y con el que se busca defraudar al Estado. En segundo lugar, la concertación debe darse de manera dolosa. En tercer lugar, el acuerdo colusorio debe ser idóneo para defraudar los intereses del Estado.

**Prueba de indicios del acuerdo colusorio:** Por su naturaleza clandestina, necesita de diversos indicios para poder ser probado judicialmente. Algunos aspectos sintomáticos que deberían ser tomados en cuenta para sospechar de la posible comisión de un delito de colusión son la regularización posterior al contrato, elegir sin justificación el monto más alto que el Estado deba pagar a cambio de la prestación de bienes y/o servicios, la sobrevaluación desproporcionada de los bienes, la aceptación de bienes o servicios en mal estado, la multiplicidad de normas de contratación estatal infringidas, etc.

**Naturaleza de la colusión:** El tipo penal no exige un resultado lesivo efectivo. Será suficiente con probar el acuerdo colusorio para que el delito se encuentre consumado, sin ser necesario un perjuicio económico. Si se produce el perjuicio patrimonial se configura un delito de colusión más grave (art. 384°, segundo párrafo).

## 2.8 Tráfico de influencias (Art.400° CP)

### Bien jurídico específico

La imparcialidad de la función pública frente a atentados lejanos o remotos.

## Elementos problemáticos

**Funcionarios destinatarios de la intervención que se ofrece:** El destinatario de la intervención es aquel que tiene poder de decisión, teniendo bajo su competencia el conocimiento o procesamiento de un caso judicial o administrativo. El momento de la intervención ofrecida puede referirse a cualquier etapa del proceso. La utilización en el tipo penal del término “haya conocido” permite interpretar que la intervención ofrecida puede referirse a una etapa post decisoria.

**La responsabilidad del comprador de influencias o interesado:** El comprador de influencias responderá penalmente como partícipe del delito, siempre que su intervención suponga una creación desaprobada de riesgo para el bien jurídico.

## 2.9 Principales problemas concursales

### PROBLEMAS CONCURSALES ENTRE EL DELITO DE CONCUSIÓN Y EL DELITO DE COHECHO

DELITO	DIFERENCIAS	¿CÓMO SE RESUELVE EL PROBLEMA CONCURSAL?
Concusión	<ul style="list-style-type: none"><li>• Uso de violencia, amenaza o engaño que vicia la voluntad del particular.</li><li>• El particular sobre el que recae la violencia, amenaza o engaño no responde penalmente.</li></ul>	<ul style="list-style-type: none"><li>• Entre estos dos delitos existe un concurso aparente en tanto existen diferencias significativas entre ambos.</li><li>• Este aparente concurso se resolverá siguiendo el criterio de especialidad.</li><li>• Cuando nos encontremos ante un caso donde existe la utilización de medios coercitivos o fraudulentos, se aplicaría solamente el delito de concusión; mientras que si estamos ante un caso donde dichos medios no existen estaríamos ante el delito de cohecho pasivo.</li></ul>
Cohechos pasivos	<ul style="list-style-type: none"><li>• Existe libertad contractual entre el funcionario y el particular.</li><li>• No existen medios que vicien la voluntad del particular.</li><li>• El particular que interviene puede responder penalmente.</li></ul>	

### PROBLEMAS CONCURSALES ENTRE EL DELITO DE PECULADO Y EL DELITO DE MALVERSACIÓN DE FONDOS

DELITO	DIFERENCIAS	¿CÓMO SE RESUELVE EL PROBLEMA CONCURSAL?
Peculado	<ul style="list-style-type: none"> <li>• El funcionario público debe tener relación de disponibilidad jurídica sobre el bien o dinero público.</li> <li>• La finalidad que se le da a los recursos públicos es privada.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Debido a las diferencias expuestas, nos encontramos ante un concurso aparente de delitos.</li> </ul>
Malversación	<ul style="list-style-type: none"> <li>• El funcionario debe tener una relación más estricta –en relación al delito de peculado– en el uso correcto de los bienes públicos por tener la facultad de administrarlos y destinarlos a finalidades, específicamente, determinadas por la ley.</li> <li>• La finalidad que se debe dar a los recursos públicos es pública.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Debe aplicarse el principio de especialidad. De esta manera, cada vez que estemos ante un caso de apropiación o utilización de recursos públicos para fines privados, se habrá cometido un delito de peculado.</li> </ul>

### PROBLEMAS CONCURSALES ENTRE EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO Y LOS DELITOS PREVIOS

DELITO	DIFERENCIAS	¿CÓMO SE RESUELVE EL PROBLEMA CONCURSAL?
Enriquecimiento ilícito	<ul style="list-style-type: none"> <li>• El acto previo no tiene que ser un delito de corrupción, basta con un acto que no esté conforme a derecho.</li> <li>• Se penaliza la situación o el estado de enriquecimiento.</li> <li>• Es un delito residual.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• En los casos donde se pruebe que el enriquecimiento ilícito es producto de un delito de corrupción previo, el delito de enriquecimiento (como todo delito residual) declinará en favor del delito de corrupción previo, por encontrarnos ante un concurso aparente de leyes. Si el delito previo no logra explicar todo el desbalance patrimonial entonces estaríamos ante un concurso real.</li> </ul>
Delitos de corrupción previos (cohecho pasivo, peculado, etc.)	<ul style="list-style-type: none"> <li>• No en todos los casos se produce como resultado un enriquecimiento.</li> <li>• Se penaliza el acto mismo (a través de un cohecho, un peculado, u otro delito) por el que el funcionario abusa de su función.</li> </ul>	

DELITO	DIFERENCIAS	¿CÓMO SE RESUELVE EL PROBLEMA CONCURSAL?
Participación en enriquecimiento ilícito	<ul style="list-style-type: none"> <li>El reproche penal no solo incluye el acto de ocultar las huellas, sino la facilitación para que un funcionario público lesione la correcta administración pública de una forma más intensa (en razón de cargo), por ello el marco punitivo es mayor.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>El sujeto que oculta el dinero y los bienes del enriquecimiento ilícito deberá responder solo como partícipe del mismo, por encontrarnos ante un concurso aparente de leyes que debe resolverse aplicando el criterio de especialidad, toda vez que la norma especial es el delito de corrupción (delito especial) y esta calificará de manera más completa el hecho delictivo.</li> </ul>
Receptación	<ul style="list-style-type: none"> <li>El reproche penal solo incluye la receptación de un delito común (no toma la naturaleza ni los supuestos de los delitos especiales).</li> </ul>	

### PROBLEMAS CONCURSALES ENTRE EL DELITO DE COLUSIÓN Y EL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE

DELITO	DIFERENCIAS	¿CÓMO SE RESUELVE EL PROBLEMA CONCURSAL?
Colusión	<ul style="list-style-type: none"> <li>La conducta típica en la colusión es la concertación subrepticia por la cual se busca defraudar al Estado.</li> <li>La colusión tiene un carácter bilateral (concertación entre el funcionario público y el privado interesado).</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>El delito de negociación incompatible es subsidiario frente al delito de colusión.</li> <li>Por el principio de especialidad, la conducta tipificada en el delito de negociación incompatible es la más genérica. Por el contrario, al ser la colusión un delito más específico, este sería el que subsuma de manera más completa la conducta delictiva.</li> <li>En aquellos casos donde no existan indicios para suponer que el interés indebido privado se mostró de manera bilateral, será el delito de negociación incompatible el que, subsidiariamente, se aplique.</li> </ul>
Negociación Incompatible	<ul style="list-style-type: none"> <li>En la negociación incompatible la conducta típica es el solo interesarse.</li> <li>La negociación incompatible tiene un carácter unilateral.</li> </ul>	

## PROBLEMAS CONCURSALES ENTRE EL DELITO DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS Y EL DELITO DE COHECHO ACTIVO

DELITO	DIFERENCIAS	¿CÓMO SE RESUELVE EL PROBLEMA CONCURSAL?
Tráfico de influencias	<ul style="list-style-type: none"> <li>No se requiere que entre el vendedor de influencias y el funcionario que ha visto, ve o verá el caso judicial o administrativo exista una entrega de dádiva o beneficio por medio del cual se compre la función pública del segundo sujeto.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>El delito de tráfico de influencias sería un momento previo a la comisión del delito de cohecho activo si el traficante de influencias primero llega a un acuerdo con el interesado respecto a la venta de la influencia y, posteriormente, el autor de tráfico de influencias entrega algún beneficio para que el funcionario público resuelva el caso de determinada manera, consumando, además, el delito de cohecho activo.</li> </ul>
Cohecho activo	<p>Entre el interesado que quiere comprar la función pública y el funcionario público sí debe darse la entrega o promesa de una dádiva o beneficio a cambio de la compra de la función pública.</p>	

### 3.1 Aspectos previos

#### ● Fuentes de la denuncia

La *notitia criminis* sobre un caso de corrupción de funcionarios puede llegar a conocimiento del Ministerio Público a través de diversos canales:

- **Denuncia de los medios de comunicación:** Generalmente son casos graves y ameritan una investigación de oficio y su seguimiento resulta prioritario.
- **Denuncia de funcionarios públicos que aun laboran en la institución:** Estos casos requieren privilegiar la reserva. Tener en cuenta que la Contraloría General de la República, en virtud de la Ley 29542 (Ley de protección al denunciante), ha creado el Sistema Nacional de Atención de Denuncia (SINAD), que permite brindar protección a la identidad y cautelar la confidencialidad de la denuncia. Según la referida ley aquellos funcionarios que presenten una denuncia que sea admitida y calificada no podrán ser destituidos, despedidos o removidos de sus cargos.
- **Denuncia del Procurador Público especializado o de un ciudadano:** En caso de denuncia de un ciudadano es importante tener en cuenta que, además del Procurador Público especializado, solo tendrán legitimación para impugnar la decisión del fiscal aquellos que muestren ser agraviados con los actos de corrupción denunciados.

#### ● Gestión de denuncias

EL CPP de 2004 exige gestionar debidamente los casos para optimizar los limitados recursos de los que se dispone. Esto supone filtrar o descartar preliminarmente aquellas denuncias sobre hechos que no tienen relevancia penal o no son susceptibles de persecución penal.

Cabe tener en cuenta que en el ámbito de los delitos contra la administración pública, la aplicación del principio de oportunidad no es conducente, toda vez que nos encontramos con casos que, por su gravedad, no pueden ser subsumidos en los supuestos del artículo 2° del CPP.

El principio de legalidad procesal, entendido como aquel que establece la persecución penal pública para todos los delitos, exige un primer nivel de análisis del caso: Verificar que el hecho constituya delito, que la acción penal se encuentra expedita, así como las posibilidades reales de identificar al autor (art. 334°.1 CPP).

De esta manera, es posible que solo al leer la denuncia o al pedir una información complementaria nos demos cuenta de que:

- **El hecho no sea delito o no sea perseguible por acción pública o que esta se encuentra extinguida.** Por ejemplo, los casos de denuncias de vecinos contra autoridades que no atienden con prontitud sus trámites, sin que medie noticia de un acto de corrupción o retardo doloso.
- **No exista la posibilidad de investigar con éxito un hecho.** Estas son las noticias de casos sin antecedentes y sin futuro. Por ejemplo, el caso de traficantes de influencias no identificados por nadie, de solicitudes de dinero de supuestos funcionarios a través de llamadas telefónicas hechas desde cabinas públicas, etc.

**En ambos casos corresponde desestimar la denuncia.** Sin embargo, este tipo de noticias son útiles al sistema judicial ya que sirven como base de datos para estudiar comportamientos delictivos y zonas de incidencia de delitos, destinadas a la labor de prevención.

### 3.2 Incorporación de la prueba: Aspectos problemáticos

Durante la investigación preparatoria (art. 321 CPP) pueden evidenciarse algunas particularidades:

#### ● Delito sin escena

La mayor parte de denuncias por delitos de corrupción de funcionarios no identifican físicamente una escena del delito, salvo algunos casos de flagrancia.

Ello impide que, generalmente, se pueda contar con una escena donde aplicar las técnicas de recojo de elementos de prueba y perennización. En estos casos, estratégicamente, se debe hacer el esfuerzo por identificar espacios físicos para el recojo de información donde sea posible utilizar los mecanismos establecidos en el ordenamiento peruano como el aseguramiento de los documentos, la incautación cautelar, la clausura, vigilancia del local, etc.

#### ● Documentos obtenidos en forma anónima

Si bien el art.184°.3 del CPP prescribe que *“los documentos que contengan declaraciones anónimas no podrán ser llevados al proceso ni utilizados en modo alguno, salvo que constituyan el cuerpo del delito o provengan del imputado”*, es importante distinguir este tipo de documentos de aquellos *“obtenidos”* de forma anónima. Básicamente, es un exceso extender la prohibición de utilización de los primeros a los segundos, puesto que la prohibición del uso de declaraciones anónimas está sustentada en la falta de posibilidad de contradicción ya que, en estos, se desconoce a la persona que sostiene algo.

Sobre los documentos obtenidos de forma anónima, podemos encontrar algunos casos que contendrán declaraciones de forma anónima (como el supuesto de un



vídeo dejado en la fiscalía con un testigo sin identificar, sin rostro y cuya voz se altera) que no pueden ser incorporados y, otros, que contengan simplemente información (como sería entregar anónimamente, por ejemplo, fotos u oficios enviados de una institución, con personas plenamente identificadas) o también el caso de un acta de declaración de una persona identificada que es obtenida anónimamente, que deben ser valorados en el proceso.

De cualquier forma, el hecho de su obtención anónima no exime al fiscal de ponerlo en conocimiento a las partes.

## ● Documentos obtenidos de fuente desconocida

En la investigación de delitos de corrupción de funcionarios, los medios de comunicación generalmente proporcionan datos, fotografías, vídeos, audios, etc., cuya fuente en su gran mayoría no son revelados, dado el secreto profesional que les asiste.

Muchas veces los imputados intentan cuestionar los vídeos y fotografías alegando que se ha vulnerado su derecho a la intimidad y que, por consiguiente, dichos documentos constituyen prueba prohibida.

Sin embargo, la obtención de este tipo de imágenes o documentos debe ser contextualizada para establecer si ha existido una vulneración de derechos fundamentales. Por ejemplo, si la fotografía ha sido obtenida en una reunión social y, por ende, el investigado ha cedido un espacio de privacidad no habría afectación del derecho a la intimidad. En cambio, estaríamos ante un caso de prueba prohibida en los supuestos de interceptación telefónica por parte de terceros.

Es importante que, a efectos de proceder a la valoración conjunta de la prueba, se tenga un criterio amplio que permita su incorporación, salvo que exista una evidente vulneración de derechos fundamentales.

## ● Los informes de control

En la investigación por delitos contra la administración pública en muchas ocasiones nos encontramos con informes emitidos por la Contraloría General de la República. Una de las cuestiones a tener en cuenta es la naturaleza jurídica de este informe.

Según el inciso f) del artículo 15° de la Ley 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control, los informes emitidos como resultado de las acciones de control realizadas por la Contraloría General de la República (CGR), con el debido sustento técnico y legal, constituyen prueba pre-constituida.

La prueba preconstituida es aquella que preexiste al proceso penal, que es anterior a la actividad prejurisdiccional, se suele decir que son actos definitivos e irreproducibles, que pueden ser incorporados directamente al debate sin necesidad de repetirlo en la investigación y que no puede repetirse en las mismas condiciones en el proceso.

El informe de control de la CGR no puede tomarse como un documento necesariamente definitivo, como sería en el caso de un acta de levantamiento de cadáver, puesto que las condiciones y el período de tiempo cuando se realizó requiere algunas veces que los auditores lo “mejoren” en el curso de las investigaciones (con informes complementarios, con documentación de “papeles de trabajo”, etc.). Asimismo, tampoco puede señalarse como un documento necesariamente irreproducible, dado que las condiciones en las que se realizó no son únicas.

Este carácter de prueba preconstituida que la ley le asigna al informe de control trae algunos inconvenientes en su incorporación, puesto que la dinámica de la persecución y de la defensa, más aun con el modelo del nuevo código, requiere un entendimiento cabal del mismo e incluso ampliaciones según las hipótesis de la investigación.

En la jurisprudencia peruana, la valoración de los informes como prueba preconstituida, tampoco ha sido uniforme. Así, existen decisiones que señalan que estos *“deben ser corroborados con un dictamen pericial contable completo”* (Ejecutoria Suprema del 26.04.2002 recaída en el Expediente 1329-2001). Asimismo, en otra jurisprudencia se consideró que un informe de control *“no puede considerarse prueba plena y definitiva”* (Recurso de Nulidad Expediente N° 2554-2004 del 01.02.2005). Por último, otras resoluciones judiciales han señalado, además, el carácter de **pericia institucional preprocesal** del informe especial emitido por la Contraloría General de la República (Recurso de Nulidad N° 3700-2005-UCAYALI del 07.12.2005).

Por otro lado, el artículo 321°.2 del Código Procesal establece el apoyo que debe brindar el Sistema Nacional de Control, por lo que la Contraloría General de la República puede emitir informes a solicitud del Ministerio Público y no esperar la expedición de una acción de control.

Al respecto, y en aras de hacer más eficiente la labor del Ministerio Público, el Poder Judicial y la Contraloría General de la República, han suscrito un Protocolo de Actuación Conjunta (2012), que contempla tres escenarios:

- Los hechos comprendidos en una acción de control no vinculados a una investigación penal. En este caso, la Contraloría General de la República emitirá un informe técnico e institucional de carácter oficial que contará con el desarrollo mínimo de los elementos objetivos y subjetivos del delito, la prueba sustentatoria respectiva y la cuantificación del perjuicio económico ocasionado al Estado en los casos que corresponda.
- Hechos vinculados a investigación penal no comprendidos a una acción de control. En este caso, el Ministerio Público podrá solicitar a la Contraloría General de la República la pronta verificación de los hechos de interés de una investigación fiscal. La Contraloría General de la República emitirá un informe técnico e institucional de carácter oficial.

- Hechos comprendidos en una investigación penal o relacionados a una acción de control. La contraloría por requerimiento expreso del representante del Ministerio Público podrá formular, excepcionalmente y previa coordinación, reportes de avance de la acción de control.

### ● Cadena de custodia

- Debe observarse el Reglamento de la Fiscalía de la Nación (Resolución N° 729-2006-MP-FN del 15.06.2006) dictado con dicho fin.
- Debe tenerse en cuenta que, en casos de delitos de corrupción, es necesario contar con la asistencia y el soporte técnicos adecuados para su cautela, recojo y rotulado pertinente.

## 3.3 Prueba y valoración probatoria

### ● Prueba prohibida

El Código Procesal Penal peruano ha recogido la prohibición de valorar la prueba ilícitamente obtenida. Así pues, el artículo VIII del Título Preliminar del NCPP señala que todo medio de prueba solo será valorado si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo, y que carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales. Se diferencian así dos niveles de ilicitud en la incorporación de la prueba: (i) Por violación de formalidad procesal (prueba irregular) y (ii) por la ilicitud en la obtención de la prueba con violación de los derechos fundamentales (prueba prohibida).

El sistema de prohibición de prueba en el Perú está enfocado a la protección de derechos fundamentales, por lo que, en principio, existe el derecho del procesado a exigir la exclusión de la prueba que los vulnere. Sin embargo, debemos tomar en cuenta que, según nuestro Tribunal Constitucional, no existen derechos cuyo ejercicio pueda realizarse de manera absoluta, por lo que se admite la posibilidad de utilizar supuestos de excepción a la valoración de la prueba prohibida en función del caso concreto.

### ● Objetivos de la exclusión de la prueba

Es necesario señalar que en el sistema norteamericano la exclusión de prueba ilícitamente obtenida (*exclusionary rule*) tiene un objetivo diferente, pues su finalidad es prevenir desviaciones o excesos (*deterrent effect*) del accionar policial, a fin de evitar la realización de estas conductas ilícitas. Así, en Estados Unidos, se han desarrollado diversas excepciones a la regla de la exclusión cuando no correspondan al objetivo de prevenir las malas prácticas policiales, como:

- **Buena fe:** Cuando la policía realiza un acto en la creencia de que lo hace legalmente.

- **Descubrimiento inevitable:** Cuando el elemento de prueba hubiera sido obtenido inevitablemente con un accionar legal de la policía.
- **Nexo causal atenuado:** Cuando la prueba no se hubiera obtenido de no producirse la lesión del derecho fundamental.

### ● Excepciones del sistema peruano

Atendiendo a los fines del sistema de prohibición de prueba adoptados en el Perú, se pueden señalar, en principio, las siguientes excepciones:

- **Fuente independiente o falta de nexo causal:** En este caso no existe causa-efecto entre la lesión del derecho fundamental y la evidencia obtenida, por lo que esta mantiene todos sus efectos. Por ejemplo, se excluyen las huellas digitales de un imputado conseguidas tras una detención ilegal, pero se admiten las huellas digitales del mismo que se encontraban en los archivos policiales.
- **Inobservancia constitucional a favor del imputado:** Se señala en el artículo VIII.3 del Título Preliminar del NCPP, que la inobservancia de cualquier garantía constitucional a favor del imputado no podrá hacerse valer en su perjuicio.
- **Criterios de ponderación de intereses:** Conocida como la “doctrina de la ponderación de intereses”, consiste en determinar cuál de los bienes jurídicos en conflicto debe prevalecer: El interés público de un tema relevante en un proceso penal o el ejercicio de un derecho fundamental.

### ● Audiencia de tutela y exclusión de prueba

Conforme al Acuerdo Plenario N° 04-2010, la audiencia de tutela constituye uno de los momentos procesales de exclusión del material probatorio obtenido ilícitamente. Sin embargo, y tomando en cuenta que puede recurrirse a ella aun durante la investigación preliminar, los cuestionamientos a la incorporación de la prueba podrían ser muy prematuros. Esto genera la realización de audiencias en casos manifiestamente improcedentes y con la consiguiente pérdida de tiempo y recursos. Un claro ejemplo es la audiencia de tutela que busca excluir la declaración del imputado en la sede policial pese a que esta es una entrevista de datos personales.

## 3.4 Uso de declaraciones recabadas en la investigación preparatoria

### ● Declaraciones previas

La declaración previa procesal es entendida en nuestro medio como toda declaración que ha sido recibida a lo largo de la investigación preliminar o preparatoria, ya sea del imputado o testigo. Diferenciamos, de esta manera, la declaración previa procesal de la extraprocesal, que es aquella recibida en cualquier circunstancia como las declaraciones en medios de comunicación, en eventos públicos, etc.

Respecto a la utilización de las declaraciones previas procesales de los imputados durante el juicio oral, se ha dicho que con ello se afecta el derecho a la no incriminación; sin embargo, debemos recordar que el ámbito de protección de este derecho se encuentra referido a que el imputado no sea obligado a introducir alguna información en su contra, es decir, que el imputado no se encuentra en la obligación de colaborar con su propia condena.

De esta manera, no puede sostenerse que la presentación de diversas declaraciones procesales previas al juicio que haya brindado el procesado constituya una vulneración a este derecho, pues no significa que se obliga a declarar sobre las mismas, manteniéndose incólume el derecho del imputado a guardar silencio. Un ejemplo de ello lo encontramos en la sentencia contra Alberto Fujimori, donde se señala que: [...] *La Fiscalía solicitó que se incorpore como material documentado utilizable las diversas declaraciones realizadas por Vladimiro Montesinos Torres en sede congresal, fiscal y judicial, cuando optó por declarar [...].* Dichas declaraciones son plenamente valorables, y pueden ser objeto de análisis individual y en conjunto con la prueba actuada.

## ● Declaraciones espontáneas

Aspectos relevantes:

- El CPP 2004 dispone que el abogado debe estar presente en las entrevistas al imputado (art. 68°.1 l). Sin embargo, esta norma se refiere a las diligencias que realiza la policía sin presencia del fiscal.
- El CPP 2004 (art. 71°. 2 d) establece el derecho a solicitar un abogado defensor, a la vez que contempla el deber de las autoridades de brindar información. Además, el art. 86° establece que la declaración del imputado será prestada ante el fiscal y con la necesaria asistencia de su abogado defensor, cuando este lo ordene o cuando el imputado lo solicite. Esto no debe interpretarse de forma que parezca a pesar de que el fiscal acredite que informó de su derecho a guardar silencio, cualquier declaración obtenida sin presencia de su abogado no podría usarse en contra del imputado, lo que contraviene lo desarrollado en la doctrina sobre la libertad de declarar. Es necesario ampliar el desarrollo de la jurisprudencia a efectos de respetar las garantías de los imputados sin que se pierda la eficacia.

## 3.5 Control del plazo de investigación

### ● Necesidad de integración de plazo

En la investigación de delitos contra la administración pública se presentan múltiples situaciones problemáticas. El CPP no establece una respuesta en relación al plazo “valedero”, sin embargo la Sala de Apelaciones de Lima ha señalado que el fiscal debe solicitar la integración de plazo preparatoria al juzgado de investigación para evitar la vulneración al plazo razonable (Exp. 154-2011).

## ● Control de plazo de la investigación preliminar

No existe una evaluación en relación al carácter de la investigación preliminar ni la legitimidad de quien deduce el control. Un control de plazos excesivamente formal en esta etapa preliminar donde aún no hay imputados resta eficacia la labor fiscal.

Este solo debe existir cuando se afecte el derecho al plazo razonable y no solo como una herramienta para evitar que se continúe con la investigación.

El art. 330°.2 del CPP señala que *“las diligencias preliminares tienen por finalidad inmediata realizar los actos urgentes o inaplazables”* por lo que estas exigen su conclusión a la mayor brevedad posible. Esta lectura no puede ser literal, pues las exigencias que se deben cumplir para iniciar un proceso penal, establecidas en el artículo 336°.1, tienen que evaluarse necesariamente en una investigación preliminar.

## 3.6 Aplicación del Código Procesal Penal

### ● Problemas de Aplicación

- Se necesita encarar las dificultades de la obtención de información y el procesamiento de grandes cantidades de datos. El CPP responde en sus reglas y plazos generalmente a los casos “tipo”. Sin embargo cuando nos encontramos frente a casos que no responden a este estándar es imprescindible acudir a los jueces para que interpreten debidamente la ley.

Por ejemplo, la norma procesal peruana establece quince días de plazo para realizar el requerimiento acusatorio sin diferenciar entre un caso simple o complejo. Dado que no existe supuesto especial, debe atenderse la inexistencia de la misma exigencia en una acusación de un cohecho de tránsito que en un caso grave de colusión.

- Se debe evitar caer en formalismos creados a partir de las exigencias de los jueces de control. Por ejemplo: Notificar a cada una de las partes todos los actos de investigación que se practican, cuando el art. 847° del CPP señala que el abogado tiene acceso al expediente fiscal y judicial para informarse del proceso.
- La conclusión de la etapa de investigación, pareciera que impide al fiscal continuar con los actos de investigación, sin embargo, el CPP establece que se puede ofrecer en el juicio una prueba nueva obtenida después del control de acusación. En la práctica esto no será operativo si el fiscal considera que existe alguna prohibición de practicar actos de investigación o de recabar información.
- No existe plazo total para la etapa intermedia, en la práctica se traduce en que muchos casos queden estancados en esta, con duración inclusive igual a la destinada para la investigación preparatoria. Por este motivo, es necesario flexibilizar la duración de la investigación.
- Los casos deben difundirse, para generar un debate académico, con la finalidad de perennizar el “principio pro investigación” si es que resulta evidente que las prácticas o actos realizados no atentan contra derechos fundamentales.

## ● **Ventajas del Nuevo Código Procesal Penal**

### *El sistema de audiencias en la investigación*

El sistema de audiencias se presenta a lo largo del proceso penal incluyendo la primera etapa de investigación preparatoria. Las audiencias se encuentran previstas para resolver requerimientos de las partes:

- Medios de defensa (art.8°.2)
- Imposición de medidas coercitivas de búsqueda de pruebas (art.203°)
- Acudir al juez en vía de tutela (art.71°.4)
- Nulidad de transferencias de bienes sujetos a decomiso (art.15°.2. C)
- Inimputabilidad del procesado (art.75°.2) y anomalía psíquica sobrevenida (art.76°.1)
- Oposición a la exhibición o incautación (art.224°.2)
- Reexamen de la intervención e interceptación de las comunicaciones (art. 228°.2)
- Prueba anticipada (art.245°)
- Convalidación de la detención preliminar (art.266°.2)
- Procedencia de la detención preventiva (art.271°)

### **Las ventajas de las audiencias:**

- Permiten mayor inmediatez y celeridad, posibilitando al juez un mejor conocimiento del caso e información de mayor calidad que la obtenida en documentos.
- Permiten la contradicción, generando un debate intenso de ideas entre las partes interesadas para producir información de calidad con menos posibilidades de error.
- Evitan que el proceso comunicativo entre las partes y el juez sea interferido por la interpretación de un texto. Ello implica que las partes deben presentar sus peticiones y argumentos en forma verbal, en presencia del juez y de manera contradictoria.
- Permiten que los jueces resuelvan en forma inmediata las peticiones sometidas a su consideración, sobre la base de la información discutida en la audiencia.

### **Sin embargo, existen riesgos derivados de esta tradición:**

- Que las audiencias se conviertan en una formalidad sin contenido.
- Que en las audiencias preliminares se exija convicción o el mismo nivel de certeza que en el juicio oral.
- Que el sistema de audiencia sea confundido con el de registro, ya sea este por acta o video o por ambas. La utilidad de un sistema de registro no está dirigida hacia el juez sino a las partes, con la finalidad de que tengan conocimiento de las actuaciones realizadas y las preparen para el juicio oral, además de cumplir una función administrativa del funcionamiento del sistema de justicia. Por esto, deben

diferenciarse ambas situaciones, lo que conlleva a releer el artículo 120° del nuevo CPP respecto a las actas como una función de documentación o registro y no como soporte o base de futuras decisiones.

Si bien el Código Procesal Penal peruano ha establecido que las actuaciones de la etapa de investigación preparatoria son reservadas, el hecho de contar con formato de audiencias conlleva a reflexionar si estas son públicas o solo reservadas a las partes. Es necesario destacar que la publicidad de las audiencias cumple con varias funciones en el proceso:

- Garantía para las partes, que pueden asegurarse de la información que el juez considera para adoptar su decisión.
- Garantía en un sentido más amplio como el del control público a la actuación de los órganos estatales.
- Legitimación del sistema, la publicidad promueve la transparencia del proceso y esta genera, a su vez, confianza en los justiciables.

Por otro lado, si bien la idea del sistema o formato de audiencias significa el debate y la contradicción entre las partes existen casos especiales que deben hacerse *inaudita pars*, como el de la imposición de las medidas de búsqueda de pruebas, es decir sin que el afectado conozca la medida que se va a imponer, para evitar que se le reste eficacia.

### **Seguimiento de casos por el Ministerio Público**

El modelo del CPP, al no establecer ruptura de estamentos entre la etapa de investigación y juzgamiento, permite un mayor compromiso del fiscal con el caso y un seguimiento hasta obtener sentencia.

Existe mayor celeridad del proceso en torno a la labor fiscal. De esta manera, aun cuando se trate de un solo fiscal o de un equipo de fiscales, el hecho de que el encargado del caso sea un ente persecutor desde el comienzo hasta la imposición de una pena, permite un conocimiento continuo del caso y ahorra tiempo y recursos, garantizando que las decisiones de continuar responden de modo progresivo a una mayor probabilidad de obtener una condena.





