

**LAS DILIGENCIAS PRELIMINARES CONTRA LOS QUE RESULTEN
RESPONSABLES Y LA VULNERACIÓN AL DEBIDO PROCESO**

**THE PRELIMINARY PROCEEDINGS AGAINST THOSE WHO ARE
RESPONSIBLE AND THE VIOLATION OF DUE PROCESS**

Carlos Alberto Villafuerte Alva*

caba.villafuerte@gmail.com

Abogado de la USMP

Lima - Perú

SUMARIO

- **INTRODUCCIÓN**
- **FINALIDAD DE LAS DILIGENCIAS PRELIMINARES Y SU DESNATURALIZACIÓN**
- **CONTRA LOS QUE RESULTEN RESPONSABLES**
- **IDENTIFICACIÓN DEL AUTOR Y EL DEBIDO PROCESO**
- **EL DERECHO DE DEFENSA DEL NO IDENTIFICADO**
- **CONCLUSIONES**

RESUMEN

El presente artículo desarrolla desde el punto de vista del abogado litigante, las actuaciones realizadas por el Ministerio Público en el marco de las diligencias preliminares contra los que resulten responsables; siendo que, en diversos casos, dichas investigaciones estarían vulnerando el debido proceso, pues no se estaría respetando el objeto y la esencia de las diligencias preliminares. Además, se estudia la posibilidad de controlar el cumplimiento por parte de la fiscalía, de algunos requisitos cuando se apertura este tipo de investigación contra los que resulten responsables.

* Abogado por la Universidad San Martín de Porres. Con estudios de Maestría en Ciencias Penales por la misma casa de estudios. Estudios en Técnicas avanzadas en Litigación Oral por la Universidad Wester School of Law – San Diego, California. Especialista en Derecho Penal y Procesal Penal.

ABSTRACT

This article develops from the point of view of the trial lawyer, the actions taken by the Public Ministry in the framework of the preliminary proceedings against those who are responsible; being that, in various cases, such investigations would be a violation of due process, since the object and essence of the preliminary proceedings would not be respected. In addition, the possibility of controlling compliance by the prosecution, some requirements when opening this type of investigation against those who are responsible.

PALABRAS CLAVES

Diligencias preliminares – contra los que resulten responsables – identificación del autor - debido proceso – derecho de defensa.

KEYWORDS

Preliminary proceedings - against the responsables -author identification - due process - right of defense

INTRODUCCIÓN

El nuevo modelo procesal penal, que se estructura sobre la base del Sistema procesal penal acusatorio con rasgo adversarial y garantista, trajo consigo la oralidad, que es la esencia del proceso penal; la promoción del derecho premial y la igualdad de armas, donde las partes puedan contradecir respecto de la imputación y los medios de prueba. Así como incorporó estos principios, también desterró malas prácticas procesales – o eso creíamos- como las investigaciones contra los que resulten responsables.

En el Código de Procedimientos Penales de 1940, cuando se desconocía la identidad del autor del crimen, el Juez Penal dictaba auto apertorio de instrucción contra los que resulten responsables y toda la etapa de instrucción así lo realizaba, sin individualizar al autor del hecho inculcado. Muchas veces, esa investigación se mantenía con esas características hasta que el Ministerio Público formulaba su acusación fiscal contra una persona que nunca

tuvo conocimiento de la investigación en su contra; para que una persona pueda defenderse, debe estar claramente establecido de que tiene que defenderse.¹

La individualización del presunto autor y partícipes del delito, es un presupuesto necesario e imprescindible para que proceda una investigación penal pues solo así es posible garantizar que la persecución penal esté dirigida contra quien lo cometió, brindándole la oportunidad de defenderse en iguales condiciones con las que cuenta su perseguidor.

FINALIDAD DE LAS DILIGENCIAS PRELIMINARES Y SU DESNATURALIZACIÓN

La finalidad de las diligencias preliminares es realizar los actos urgentes o inaplazables, destinados a determinar si los hechos que van a ser investigados han sucedido en realidad, asegurar las evidencias, además de identificar al presunto autor y sus cómplices². Sin embargo, notamos que aquellos actos urgentes e inaplazables que sostienen la esencia de las diligencias preliminares han dejado de serlo, pues ahora advertimos que se han convertido en una etapa procesal autónoma, en la cual no solo se desarrollan diligencias vinculadas al objeto de esta fase procesal, sino que también muchos de estos actos de investigación que realiza el Ministerio Público, están destinados a encontrar responsabilidad en el autor, así como otras diligencias inherentes a la etapa de investigación preparatoria propiamente dicha.

Al concretar la realización de los actos urgentes e inaplazables que son el objeto de esta diligencias preliminares, se cumplen de este modo los requisitos para que la Fiscalía formalice la investigación preparatoria, esto es, de que el hecho constituya delito, sea justiciable penalmente y que no exista causas de extinción previstas en la ley; por lo que ya no sería necesario agotar el total del plazo concedido de diligencias preliminares si se ha logrado realizar el objeto de esta fase; en ese sentido, el Ministerio Público tendría que formalizar la investigación preparatoria para poder seguir realizando sus diligencias, que ya no tendrían el carácter de urgentes e inaplazables. Por ejemplo, si la fiscalía declara compleja

¹ Sentencia 1957-2012 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica.

² Casación Nº 318-2011-Lima. Fundamento 2.6. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República (2011). Recuperado de <http://www.mpfm.gob.pe/>

sus diligencias preliminares por ocho meses, pero al haber transcurrido cuatro meses de dicho plazo, ya logró el objetivo de las diligencias preliminares; no debería el Ministerio Público seguir investigando dentro de la etapa de diligencias preliminares, pues los actos urgentes e inaplazables ya se realizaron, entonces la Fiscalía debería concluir las diligencias preliminares formalizando la investigación preparatoria, para poder recién ahí llevar a cabo diligencias destinadas a probar la responsabilidad penal del imputado.

Solo aquellas diligencias que tengan como finalidad determinar la existencia de los hechos materia de investigación y su delictuosidad, el aseguramiento de los elementos materiales de la comisión del delito y de la individualización de las personas involucradas, serán propias de las diligencias preliminares³; sin embargo vemos que existen actos de investigación a nivel de diligencias preliminares que no tienen el carácter de urgentes o inaplazables, pero el Ministerio Público decide llevarlas a cabo en dicha etapa. Lo que contraviene lo establecido en la Casación N° 318-2011-Lima, que en su fundamento 2.9 precisa:

Cualquier otro tipo de diligencias que tuvieran una finalidad distinta a la antes mencionada constituirían fuera de los parámetros por los cuales se estableció llevar a cabo las diligencias preliminares, según lo previsto en este nuevo modelo procesal, pues de ser así, se estaría pretendiendo realizar diligencias propias de una investigación preparatoria. (Casación N°318-2011-Lima. Fundamento 2.9)

Podemos concluir entonces que se ha invertido la finalidad de las diligencias preliminares, pues se advierte ahora que el Ministerio Público, apertura diligencias preliminares a pesar de tener una imputación concreta con la que fácilmente podría formalizar una investigación preparatoria; sin embargo realiza actos de investigación en un mayor plazo, y al amparo del artículo 342° inciso 3) del Código Procesal Penal, declara compleja la investigación, señalando que la identificación de los autores y partícipes del crimen son de difícil obtención y los elementos que acreditan la comisión del delito engloban complicados análisis técnicos.

³ Código Procesal Penal. Artículo 330° Inciso 2

La etapa de diligencias preliminares, no está destinada a realizar actos de investigación que acrediten la responsabilidad del investigado, este tipo de diligencias se realizan en la etapa de investigación preparatoria. En ese sentido, se debe respetar el objeto de las diligencias preliminares y realizar solo los actos urgentes e inaplazables, pues estos se ven desnaturalizados, en una investigación extensa que sobrepasa la esencia de las diligencias preliminares, la misma que debe ser fugaz para satisfacer su finalidad.

En ese sentido, el fiscal al tomar conocimiento de un hecho con características delictivas, debe comprobar la veracidad del mismo y realizar un control de legalidad sobre este, a efectos de determinar si el hecho incriminado se subsume en el tipo penal denunciado; luego tiene que asegurar las evidencias y los elementos materiales que acrediten la comisión del hecho punible, realizando para ello diligencias como reconocimiento, incautación, decomiso, allanamiento, dosaje etílico, examen médico legal, entre otros de la misma naturaleza que tienen carácter de urgentes e inaplazables; y además, individualizar al presunto autor o participe del hecho imputado, debiendo de ser identificado con todos los datos suficientes y necesarios para poder acreditar con certeza que se trata del imputado y no otra persona, aplicando para esto lo prescrito en el Acuerdo Plenario 07-2006⁴. Solo los actos de investigación destinados a establecer estos supuestos son los que se consideran actos urgentes e inaplazables, que son la finalidad de las diligencias preliminares; diligencias con otro objetivo deben de ser realizadas en la etapa de investigación preparatoria.

CONTRA LOS QUE RESULTEN RESPONSABLES

En algunos casos las diligencias preliminares son dirigidas contra los que resulten responsables, y esto es porque el Ministerio Público tiene conocimiento de la noticia criminal pero no de la identificación del presunto autor o los partícipes del delito. Entonces la investigación no es contra alguien en particular, pero a su vez lo es contra todos también. Qué queremos decir con esto, que la investigación fiscal no está dirigida contra alguien debidamente individualizado, sin embargo, se realizan actos de investigación contra muchas

⁴ Acuerdo Plenario 07-2006/CJ-116 fundamento 7 y 8. Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria.

personas, siendo a veces esta investigación arbitraria, ilegal, y con evidente afectación al debido proceso, vulnerando el derecho de defensa y la igualdad de armas.

La investigación dirigida contra los que resulten responsables, no se encuentra regulada en el Código Procesal Penal, sin embargo, es utilizada por la Fiscalía cuando se desconoce la identidad del Autor o partícipe del acto criminal. Esta sindicación sin identificación del presunto autor del ilícito penal es válida y aplicable, solo cuando se desconoce la identidad de quien cometió el delito; por ejemplo, en la comisión de un delito de homicidio, donde solo se encuentra el cuerpo de la víctima es evidente que ha habido un crimen, pero se desconoce al autor de este.

Pero, ¿qué sucede cuando, conociendo la identidad del autor o partícipe, o por lo menos a uno de ellos, la Fiscalía apertura investigación contra los que resulten responsables?, se crea una evidente vulneración al derecho de defensa, al debido proceso y al principio de legalidad, toda vez que la apertura de diligencias preliminares son el punto de partida de una investigación penal.

Por ejemplo, en una investigación por el delito de colusión, por supuestas irregularidades en la ejecución de una obra. Puede ser que el Fiscal no tenga la certeza de qué funcionarios públicos estuvieron coludidos para aperturarles investigación; quizás pueden ser los miembros del comité, o los funcionarios del área requirente o las áreas ejecutantes, algún gerente o quizás todos, pero no está seguro. Pero de lo que sí puede estar seguro el Fiscal, es quién es el particular interesado en el delito de colusión, el extraneus como lo llama la doctrina, y no es más que quien ganó la buena pro y ejecutó la obra, no hay otro en el delito de colusión sino el particular interesado que se coludió con el funcionario público para perjudicar los intereses del Estado.

En el ejemplo citado por el delito de colusión, como en otros casos más, el Ministerio Público conoce la noticia criminal por una denuncia de la Procuraduría Pública, basada en los informes de control o de auditoria de la Contraloría General de la República. De acuerdo a lo prescrito en el artículo 201° - A del Código Procesal Penal, dichos informes de la Contraloría son considerados informes técnicos oficiales especializados, y tienen la calidad

de pericia institucional extrapenal, el cual precisa indicios reveladores de un delito sostenido por elementos fácticos de fácil comprobación, además estos informes con calidad de pericia, individualizan a los presuntos autores y partícipes del hecho criminal, asimismo, desarrolla la manera en que se cometió el ilícito denunciado, explica cómo -según su teoría incriminatoria- realizaron las distintas etapas del proceso de licitación pública dándole apariencia de legalidad, así como la identificación del beneficiario de las tratativas con el Estado. Con lo que la Fiscalía tendría información relevante y elementos suficientes para formalizar investigación preparatoria, sin embargo, apertura diligencias preliminares contra los que resulten responsables a pesar de tener pleno conocimiento de la identidad de los autores o partícipes, además de no tener la necesidad de efectuar más diligencias que tengan la condición de urgentes e inaplazables.

Atendiendo a una mala práctica de algunos fiscales, esta medida la hacen con la finalidad de realizar estas diligencias preliminares impidiendo que las partes tomen conocimiento de los actos de investigación realizados o participen de ellos. Además, realizan todas las diligencias posibles, que no necesariamente son urgentes e inaplazables, con la finalidad de obtener elementos de convicción que le permitan ingresar a la etapa de investigación preparatoria, con una investigación avanzada, donde perfeccionarán las pruebas obtenidas para sustentar su acusación; afectando de esta manera el derecho al debido proceso por vulneración del derecho de defensa e igualdad de armas que tienen las partes, pues el Ministerio Público y la Procuraduría han tenido el tiempo que no ha tenido la defensa para construir el acervo probatorio que acreditan su teoría del caso.

Volviendo al ejemplo antes citado, acerca del delito de colusión de una obra, el particular interesado, sabe que existe una investigación por supuestas irregularidades en la obra que él ejecutó con la entidad estatal, entonces sabe que va a ser llamado como extraneus en dicha investigación, por lo tanto, se presenta a la Fiscalía y se apersona, pero no le aceptan el apersonamiento pues no es parte en el proceso, porque la investigación es contra los que resulten responsables. Solicita hablar con el Fiscal, pero éste no lo atiende porque no es parte en la investigación, no puede saber qué actos de investigación urgentes y necesarios está actuando la Fiscalía en las diligencias preliminares pues como es contra los que resulten

responsables no tiene acceso a la carpeta fiscal, no le reciben ningún tipo de escrito, no puede defenderse. Entonces tiene que pedir al juez una tutela de derechos porque la fiscalía con el pretexto de que no son parte en el proceso está vulnerando su derecho de defensa, transgrediendo las normas que rigen el debido proceso.

IDENTIFICACIÓN DEL AUTOR Y EL DEBIDO PROCESO

El Ministerio Público apenas tenga la sospecha o conocimiento de la noticia criminal pero sin la identificación del autor o partícipe del delito, debe inmediatamente poner de conocimiento a la Policía Nacional del Perú y ordenar que esta institución se encargue de la identificación del autor y/o partícipes del hecho delictivo, tal y como lo señala el inciso 3) del artículo 334° del Código Procesal Penal que señala: en caso que el hecho fuese delictuoso y la acción penal no hubiera prescrito pero faltare la identificación del autor o partícipe, ordenará la intervención de la policía para tal fin.

Por lo tanto, si el Ministerio Público opta por abrir una investigación contra los que resulten responsables, necesaria e inmediatamente tiene que ordenar a la Policía que realice los actos suficientes para la identificación e individualización del autor y partícipes del delito. Esta individualización resulta ser un presupuesto imprescindible para poder iniciar una investigación. Si no se ordena a la Policía que realice todos las gestiones necesarias para una correcta debida individualización del presunto autor se estaría quebrantando el derecho al debido proceso vulnerando el principio de legalidad, toda vez que la Fiscalía está en la obligación de realizar actos de investigación observando lo establecido en la ley y actuando bajo el respeto irrestricto al debido proceso, el cual encuentra sustento en el respeto a las garantías y derechos fundamentales que le asisten a cualquier ciudadano que es objeto de una imputación delictiva o que es sometido a un proceso penal.⁵

Retomando el ejemplo de la investigación contra los que resulten responsables por el delito de colusión; si bien es cierto que no eres investigado, no es menos cierto que te tratan como

⁵ ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso. "Manual de Practica Procesal Penal".
www.docplayer.es/1208836-Alfonso-zambrano-pasquel-manual-de-practica-procesal-penal.html

si lo fueras. La Fiscalía a pesar de no haber comprendido como investigados al ganador de la buena pro o algunos funcionarios de la entidad estatal, el trato hacia ellos es como si fueran investigados, pues los llaman a declaraciones indagatorias extremadamente largas, les requieren la presentación o exhibición de documentos, realizan allanamientos a oficinas o viviendas de estas personas que en la notificación son considerados testigos pero el trato que le dan dentro de la investigación es propiamente de investigados. Este vendría a ser el real sentido del título contra los que resulten responsables, el considerar a alguien como testigo, pero con el trato de investigado sin que tenga la opción de defenderse, pues no era parte en la investigación.

Esta decisión fiscal, a todas luces irregular, estaría afectando el debido proceso vulnerando el derecho de defensa que le asisten a las partes, pues estos actos de investigación pueden ser llevados a cabo sin la obediencia a las reglas del debido proceso como muchas veces ha ocurrido, y que ha conllevado a la exclusión de pruebas por la ilicitud de estas, al haberse obtenido de manera contraria a derecho y trasgrediendo derechos fundamentales.

El debido proceso, es el derecho que tiene toda persona a acceder libremente a un proceso judicial rodeado de las garantías mínimas de equidad y justicia; teniendo como finalidad asegurar la aplicación de la ley por medio de un procedimiento legítimo y regular.

La Constitución Política del Estado en su artículo 139° inciso 3) establece como derecho fundamental la observancia al debido proceso, concordante con el artículo 7° de la Ley Orgánica del Poder Judicial reproduciendo el principio constitucional señala: que por el ejercicio y defensa de sus derechos toda persona goza de plena tutela jurisdiccional, con las garantías de un debido proceso.

EL DERECHO DE DEFENSA DEL NO IDENTIFICADO

El profesor Oré Guardia sobre el derecho de defensa nos precisa que “constituye un presupuesto de validez para el desarrollo del proceso y aplicación de la pena, en virtud del cual los sujetos procesales, titulares de tal derecho, pueden hacer valer sus respectivas

pretensiones en función de los derechos subjetivos que buscan resguardar”. (ORE GUARDIA 2016: p.153)

En ese sentido, el Ministerio Público para garantizar el debido proceso y el derecho de defensa de estos sujetos que van a ser identificados con las investigaciones y acciones realizadas por la policía, deberá de oficiar al Ministerio de Justicia para solicitar la participación de la defensa pública en las diligencias preliminares iniciadas contra las personas no identificadas, a efectos de respetar las garantías y derechos de estas personas.

Al respecto, el artículo 80° del Código Procesal Penal precisa:

El servicio nacional de la defensa de oficio, a cargo del Ministerio de Justicia, proveerá la defensa gratuita a todos aquellos que, dentro del proceso penal, por sus escasos recursos no pueden designar abogado defensor de su elección, o cuando resulte indispensable el nombramiento de un abogado defensor de oficio para garantizar la legalidad de una diligencia y el debido proceso. (Código Procesal Penal. Artículo 80)

En ese aspecto, resulta conveniente que se llame a la investigación a la defensa pública y que esta participe activamente ejerciendo el derecho de defensa de los no identificados, en los actos de investigación urgentes y necesarios de las diligencias preliminares, a fin de garantizar el respeto de los derechos y garantías que prevé la Constitución Política del Estado en una interpretación extensiva de lo previsto en el inciso 14) del artículo 139°.

En el ejemplo del homicidio, en donde la Fiscalía encuentra el cuerpo de la víctima, pero desconoce la identidad del autor del crimen, abre investigación contra los que resulten responsables, ordena a la Policía que realice acciones inmediatas a fin de identificar al presunto autor del delito y debe de requerir la participación de la defensa pública como abogado del no identificado. Esto con la finalidad de garantizar el debido proceso, pues, en el ejemplo dado, puede haber un testigo que vio el crimen y tiene la posibilidad de identificar al autor del homicidio. Se va a realizar -seguramente entre otras- una diligencia de

reconocimiento fotográfico. Diligencia que debe llevarse a cabo con el procedimiento correcto, sin vulnerar el derecho de defensa ni ir contra las normas que rigen el debido proceso que también le asiste a esta persona aún no identificada, pues existe la posibilidad de que en estas diligencias se origine una imputación a determinada persona. En ese sentido, dicha imputación debe surgir con el respeto de las garantías previstas para todo imputado, más aún si esta posibilidad no afecta derecho alguno, sino por el contrario, nace de la intención de proteger el derecho de defensa y el debido proceso.

Sobre el derecho de defensa, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República, en la Casación 281- 2011- MOQUEGUA ha establecido:

La defensa de una persona es un elemento también clave de la configuración de la tutela procesal efectiva, puesto que un proceso no puede considerarse como respetuoso de la persona si no se le permite la posibilidad de presentar sus argumentos, estrategia y elementos de respaldo jurídico necesarios. Así la defensa también es un derecho-regla de la tutela procesal efectiva. Sobre su reconocimiento normativo debemos remitirnos a la Constitución cuando reconoce en su artículo 139° inciso 14, la existencia de El Principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso (...). (Corte Suprema de la República. Casación N°218-2011)

CONCLUSIONES

- Cumplido el objeto de las diligencias preliminares el fiscal debe de formalizar investigación preparatoria, para recién ahí, poder realizar actos de investigación destinados a acreditar la responsabilidad penal del imputado.
- Cuando el Ministerio Público decide aperturar diligencias preliminares contra los que resulten responsables, debe ordenar inmediatamente a la Policía Nacional del Perú, que haga las acciones necesarias para que identifique al presunto autor o partícipe del delito.

- En las diligencias preliminares contra los que resulten responsables, la Fiscalía debe de oficiar a la defensa pública para que esté presente en las diligencias preliminares y participe en defensa de los derechos y garantías que le corresponde al autor del delito aún no identificado en la investigación.
- Controlar que los actos de investigación que realice el Ministerio Público tengan el carácter de urgentes e inaplazables, y que estén vinculadas al objeto de las diligencias preliminares, de tal manera que, consumada su finalidad, formalice investigación preparatoria.

FUENTES DE INFORMACIÓN

Fuentes bibliográficas

- Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República. Casación N° 318-2011-Lima.
- Código Procesal Penal (2004). Perú.
- ORE GUARDIA. “Derecho procesal penal peruano. Análisis y comentarios al Código Procesal Penal” Tomo I. 2016.
- Sentencia 1957-2012 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica.

Fuentes electrónicas

- Poder Judicial del Perú (2006). Acuerdo plenario 07-2006/CJ-116. Recuperado del sitio de internet:
https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/2d16b9804075bac9b71ff799ab657107/acuerdo_plenario_07-2006_CJ_116.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=2d16b9804075bac9b71ff799ab657107

- ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso. (2009). *Manual de práctica procesal penal*, recuperado del sitio de internet: www.docplayer.es/1208836-Alfonso-zambrano-pasquel-manual-de-practica-procesal-penal.html