

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

Escuela de Posgrado



La potestad de control jurisdiccional durante la investigación preparatoria en el Código Procesal Penal del 2004
¿Tiene legitimidad constitucional la potestad de control jurisdiccional sobre los actos de investigación del Ministerio Público durante la investigación preparatoria en el Código Procesal Penal del 2004?

Tesis para obtener el grado de Magíster en Derecho Penal que presenta:

Ryder Hans Rivera Fernández

Asesor:

Hector Fidel Rojas Rodriguez

Lima, 2021

Resumen

La Constitución peruana encarga al Ministerio Público el deber de investigar el delito, dotándolo de autonomía y de una serie de potestades orientadas a que dicha función sea efectivamente aplicada. No obstante, el Código Procesal Penal del 2004 introdujo una figura judicial novedosa en nuestro ordenamiento: el juez de la investigación preparatoria (en su actuación durante la etapa de investigación). La actividad que tiene a su cargo dicha figura judicial constituye, en el entender mayoritario y pacífico de la doctrina y jurisprudencia nacional, una actividad válida, pues permite el control de las actuaciones del Ministerio Público con ocasión de la investigación del delito; sin embargo, es evidente que debe justificarse por qué la potestad jurisdiccional tendría que implicar, necesariamente, en el proceso penal, una potestad de control sobre la actuación de la fiscalía.

El presente trabajo se cuestiona, por ello, sobre la legitimidad constitucional de la función del juez durante la investigación.

La tesis pretende mostrar que dicha función de control del juez sobre una actuación constitucionalmente autónoma como la del fiscal, solo tiene fundamento si se la lee de manera conjunta con la constitucionalización de los derechos fundamentales (artículo 44 de la Constitución Política). Esta función jurisdiccional de control se presenta como un límite constitucional a los actos de averiguación del delito, en la lógica de que la verdad no se puede obtener a cualquier precio. El principio acusatorio no colisiona con dicha función de control jurisdiccional, pues ésta no se encamina a realizar actos de investigación.

Índice

Resumen.....	ii
Introducción.....	1
Capítulo I.- Panorama actual de la actividad de control del Juez de Investigación Preparatoria sobre los actos de investigación del Ministerio Público.	4
1. ¿El Principio Acusatorio Admite el Control Judicial de la labor del Ministerio Público?.....	4
2. Juez de Investigación Preparatoria: Falencias en su Intervención durante la Investigación	7
2.1. La Autorización Inaudita Parte de los Actos Limitativos de Derechos	7
2.2. El Control del Plazo de la Investigación Preparatoria	11
2.3. Control de la Certeza de la Imputación para Dictar la Prisión Preventiva	15
2.4. Restricción de Derechos a ser Reclamados Vía Tutela de Derechos	20
3. Control Jurisdiccional Durante la Etapa Intermedia: ¿Otro juez?	24
3.1 Naturaleza Jurídica de la Etapa Intermedia: Una Audiencia Presidida por el Juez	25
3.2 Es un Juez que Controla el Resultado de la Investigación Fiscal	28
3.3 El Control de Sobreseimiento y su Incoherencia con el Principio Acusatorio.....	30
3.4 Juez y Verdad: Valoración de Actos de Investigación.....	35
Capítulo II.- Los Derechos Fundamentales como Fuente de Legitimidad Jurisdiccional..	39
1. Del Imperio de la Ley al Imperio de la Constitución	39
2. Los Derechos Fundamentales como sustento de la Jurisdiccionalidad en la Investigación	45
3. Sistema de Derechos y Garantías como soporte de Funcionalidad Judicial	48
4. Defensa de los Derechos Fundamentales en Función a las Etapas del Proceso Penal 54	54
4.1 En la Investigación Preparatoria: Protagonismo de la Labor Fiscal.....	55
4.2 En la Etapa Intermedia: Predominio Judicial	58
4.3 En el Juicio Oral: Predominio del Juez.....	62
Capítulo III.- Legitimidad Constitucional del Control Judicial en la Investigación Preparatoria.....	65
1. Facultades de Control Judicial en la Investigación otorgadas desde la Constitución Política.....	65
2. El Control Judicial: Límite y No Suplantación del Principio Acusatorio	69
3. Dos Momentos de la Investigación Preparatoria ¿Uno sin Control Judicial y otro con Control Judicial?	72
4. El Juez de Investigación Preparatoria como Garante de los Derechos Fundamentales.....	75
Conclusiones	84

Primera.....	84
Segunda.....	84
Tercera.....	85
Cuarta.....	85
Quinta:	86
Sexta:	86
Referencias Bibliográficas	87

Introducción

El presente trabajo, titulado “La Potestad de Control Jurisdiccional Durante la Investigación Preparatoria en el Código Procesal Penal del 2004” realizado en el marco de los estudios de Maestría en Derecho Penal de la Pontificia Universidad Católica del Perú, tiene el propósito de realizar un aporte académico sobre la legitimidad constitucional del juez durante la investigación del delito.

Para tal fin, el trabajo se divide en tres capítulos: el primer capítulo es denominado “Panorama Actual del Juez de Investigación Preparatoria”, dentro del mismo se trabaja el sub capítulo dirigido a cuestionar si el principio acusatorio admite el control judicial de la labor del Ministerio Público, para luego identificar casos en los que el juez de investigación preparatoria ve limitado el ejercicio de su potestad de control, analizando casos como el de la autorización inaudita parte de los actos limitativos de derechos, el control del plazo de la investigación preparatoria, el control de la certeza de la imputación para dictar la prisión preventiva, y la restricción de derechos a ser reclamados vía tutela de derechos.

El siguiente sub capítulo versa sobre la naturaleza jurídica de la etapa intermedia, y tiene por objeto poner de relieve las diferentes funciones jurisdiccionales que cumple el (mismo) juez de investigación preparatoria tanto al momento de intervenir durante la investigación del delito, como al intervenir durante la etapa intermedia; por ende la fuente de legitimación de dichas funciones no puede ser misma; se reafirma la autonomía del Ministerio Público sobre los actos de investigación, haciendo hincapié en que los actos de control son de distinta naturaleza en la etapa intermedia en comparación con la etapa de investigación; además, que el “control de sobreseimiento” no guarda coherencia con el principio acusatorio; y que, en etapa intermedia puede llegar a resolverse la controversia de fondo -búsqueda de la verdad- en función de los actos de investigación, característica que no tiene éste mismo juez durante la investigación del delito.

El segundo capítulo se denomina “Los Derechos Fundamentales como Fuente de Legitimidad Jurisdiccional”, aquí se hallan las bases teóricas que sustentan la función de garante de los derechos fundamentales del juez durante la investigación; por ello como primer asunto se analiza el paso normativo del imperio de la ley al imperio de la Constitución;

establecida la constitucionalización de los derechos fundamentales, se analiza cómo es que éstos sustentan la jurisdiccionalidad durante la investigación; se ha dado una mirada al constitucionalismo garantista y como su sistema de derechos y garantías otorga soporte de funcionalidad judicial, además de su aplicación al Código Procesal Penal del 2004.

Posteriormente, se revisa la defensa de los derechos fundamentales en función a las etapas del proceso penal. Así, partiendo de que la etapa de investigación preparatoria se encuentra bajo la dirección del Ministerio Público, mientras que la etapa intermedia y juicio oral está a cargo del órgano jurisdiccional, esto nos permite entender que la garantía de los derechos fundamentales no es una función exclusiva y excluyente del juez de investigación preparatoria durante la investigación del delito, sino que su defensa comprende a todo el recorrido procesal, es decir, compete también al Ministerio Público y al juez de juzgamiento, pero bajo perspectivas distintas.

Como último capítulo se estudia la “Naturaleza Jurídica del Control judicial en la Investigación Preparatoria”. Este capítulo consolida, con respaldo constitucional, el planteamiento de que la potestad jurisdiccional se basa en la defensa de derechos fundamentales por parte del juez de investigación preparatoria; en ese sentido, el primer sub capítulo expone las facultades de control judicial en la investigación otorgadas desde la Constitución política; luego se reflexiona sobre el control judicial como límite a las actuaciones del Ministerio Público, pero ello de ninguna manera representa una suplantación de sus funciones derivadas del principio acusatorio; así como la ausencia de limitaciones durante la investigación de delito para ejercitar actos de control, ya sea en una investigación “judicializada” o “prejudicializada”; y, claro, el posicionamiento del juez de investigación preparatoria como garante de derechos fundamentales.

Finalmente, las conclusiones del trabajo van aparejadas con los objetivos de la presente investigación, estando entre éstos el demostrar que la fuente de legitimación de la intervención jurisdiccional durante la etapa de investigación es la constitucionalización de los derechos fundamentales, conforme lo exige la propia Constitución política y demás normas de corte supranacional; por lo tanto, esta investigación concluye que, en efecto, existe una legitimidad constitucional del control judicial sobre los actos de investigación del Ministerio Público; esta conclusión, aparentemente obvia, es de trascendental importancia

para comprender adecuadamente el alcance del control judicial del juez de investigación preparatoria, dado que, pretender que el Ministerio Público realice actos de auto control sobre su propia actividad investigatoria, significaría para éste una incompatibilidad funcional por su posicionamiento en el proceso penal. Asimismo, se concluye que las garantías secundarias -o también garantías jurisdiccionales- desarrolladas por el Constitucionalismo Garantista son un aporte dogmático que permite sustentar en el plano constitucional y, por tanto, viabilizar los actos de control jurisdiccional de los derechos fundamentales.

Con todo ello, se consigue realizar un aporte a la comprensión y delimitación del alcance del control jurisdiccional durante la investigación del delito, analizando la labor del juez de investigación preparatoria en el Código Procesal Penal del 2004, la misma que puede verse trastocada por interpretaciones de la ley que desfiguran dicha labor de control; así, en la medida de que el Juez penal asuma adecuadamente su función de garante de los derechos fundamentales, desplegará su labor de control sobre los actos del Ministerio Público en coherencia normativa con la Constitución Política, pues de ahí procede su legitimidad.

Capítulo I.- Panorama actual de la actividad de control del Juez de Investigación Preparatoria sobre los actos de investigación del Ministerio Público.

1. ¿El Principio Acusatorio Admite el Control Judicial de la labor del Ministerio Público?

En una mirada retrospectiva podemos advertir que la Constitución Política de 1979 otorgaba al Ministerio Público tan solo la facultad de *vigilar e intervenir* en la investigación del delito, en cambio, la actual Constitución Política de 1993, en su artículo 159 numerales 4 y 5, le encomienda a la Fiscalía la función de *conducir* desde su inicio la investigación y, de manera coherente también, *ejercitar la acción penal*; este cambio significó una delimitación de funciones tanto del Ministerio Público (como ente que investiga un delito) y del Poder Judicial (como ente que se encarga de juzgar), afianzando lo que hoy llamamos sistema acusatorio como sinónimo de un verdadero proceso. Dicho mandato constitucional tiene un desarrollo legislativo en el numeral 1 del artículo IV del título preliminar del Código Procesal Penal al establecer que “*el Ministerio Público asume la conducción de la investigación desde su inicio*”.

La Corte Suprema entiende al principio acusatorio como “El orden constitucional encomienda exclusivamente al Ministerio Público la persecución del delito. Desde esta perspectiva, se ha sustraído a los jueces la función de acusar para recuperar, en esencia, su exclusiva labor de juzgamiento, con lo que constitucionalmente se clausura la posibilidad de construir o permitir el funcionamiento de un sistema inquisitivo. El sistema acusatorio exige, conforme a la doctrina especializada, que alguien inste la constitución de un proceso penal, que la actividad jurisdiccional se promueva externamente al propio Poder Judicial y que, por tanto, queden separadas las funciones de acusar y de juzgar”¹.

En otro pronunciamiento similar establece que “...a través del principio acusatorio se determina bajo qué distribución de roles y bajo qué condiciones se efectuará el juzgamiento

¹ Sala Penal Permanente R.N. Nº 610-2018—Lima Sur, del 07 de agosto del 2018. Considerando 5.

de la pretensión penal. Su fundamento estriba en la preservación de la imparcialidad del juez, que podría verse comprometida si se le atribuyeran a él mismo las funciones de descubrir, investigar y perseguir los hechos posiblemente constitutivos de delito. En la que es relevante al caso, una primera nota esencial de este principio es el desdoblamiento de las funciones de investigación y de decisión, a cargo de dos órganos públicos distintos (el juez instructor o penal en el antiguo Código de Procedimientos Penales y el Ministerio Público en el nuevo Código Procesal Penal con fundamento supremo en la Ley Fundamental: artículo 159 inciso 4)²”.

Salinas Siccha recoge la idea de un proceso acusatorio garantista con ciertos rasgos adversariales que define una división de roles, “el Ministerio Público investiga el delito y promueve la acción penal por medio de la acusación; el abogado defensor defiende los intereses del investigado y acusado; y, el juez resuelve la causa con imparcialidad y para ello, tiene la facultad de dirigir el proceso orientándolo siempre a determinar la verdad de los hechos objeto de imputación. (Salinas, 2014, p. 43)”. Por su parte San Martín enseña que “Es un principio que atiende al juez. Supone el desdoblamiento de funciones entre acusador y juez, una efectiva separación entre el Ministerio Público -perseguir: investigar y acusar- y el Poder Judicial -juzgar-, que a su vez se entronca con el principio de oficialidad y con él da lugar al proceso acusatorio (San Martín, 2015, p. 68)”.

El principio acusatorio claramente divide la función persecutoria del delito y la función de juzgar con el objetivo de mantener la imparcialidad jurisdiccional, ya sea que quien investigue sea parte del mismo ente judicial -juez instructor- o un ente ajeno -Ministerio Público-, lo que interesa es que quien juzgue debe ser una persona distinta a la que realizó la investigación, con ello se pretende garantizar la imparcialidad de la decisión jurisdiccional al formarse convicción de lo actuado en juicio (prueba), y no durante la investigación (diligencias).

Nuestro Código Procesal Penal del 2004, en sintonía con el mandato constitucional, encarga nítidamente la persecución del delito al Ministerio Público, con ello el ente jurisdiccional se encarga de juzgar; naturalmente dicha acción conlleva a un propósito de búsqueda de la verdad. Ésta parece ser una característica inherente al juez; sin embargo, ¿el

² Segunda Sala Penal Transitoria R.N. N° 2358-2009-Lima, del 21 de diciembre del 2009, considerando 2.

juez durante la investigación del delito también tiene por finalidad la búsqueda de la verdad? No, el principio acusatorio ha suprimido la existencia de un juez instructor, y ha delegado al Ministerio Público la búsqueda de la verdad en la investigación; por tanto, el principio acusatorio no genera un espacio de actuación para el juez durante la investigación del delito, no lo contempla.

La investigación preparatoria es la única etapa del proceso penal en la que estando contemplada la existencia de un juez éste no tenga su dirección, por el contrario - constitucionalmente- se le ha dado su señorío a una de las partes del proceso, el Ministerio Público; este mandato se toma muchas veces como una superposición del Ministerio Público sobre el órgano jurisdiccional o, mejor dicho, una superposición de las funciones de averiguación sobre las funciones de control.

El principio acusatorio no admite el control judicial de la labor del Ministerio Público, no lo prevé; contrariamente éste principio si respalda la actuación del juez al momento de resolver sobre la responsabilidad del imputado, pues precisamente su objetivo es mantener la imparcialidad del juez que no se involucró en los actos de investigación. Por consiguiente, la legitimidad de intervención del juez durante la investigación no solo no se fundamenta en el principio acusatorio, sino que se ve debilitada por la preponderancia otorgada al Ministerio Público.

¿Qué tipo de control ejerce el juez durante la investigación? No puede tratarse de un control administrativo, dado que no se presenta una situación de jerarquía institucional; peor aún, normativamente un control jerárquico puede terminar con la exclusión del fiscal a cargo de la investigación, ya sea por no cumplir adecuadamente sus funciones o incurrir en irregularidades -véase artículo 62.1 del Código Procesal Penal del 2004³-, consecuencia jurídica que no llega alcanzar el control jurisdiccional, ¿Acaso el control judicial es menor al del control jerarquizado del Ministerio Público?

Esta carencia de legitimidad por parte del principio acusatorio genera un mal entendimiento de las funciones de control jurisdiccional sobre los actos de investigación del

³ Artículo 62.- Exclusión del Fiscal

1. Sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley Orgánica del Ministerio Público, el superior jerárquico de un Fiscal, de oficio o a instancia del afectado, podrá reemplazarlo cuando no cumple adecuadamente sus funciones o incurre en irregularidades.

Ministerio Público, conlleva asimilar una superposición de las funciones de averiguación del delito a las funciones de control, ocasiona un estado de indefensión que perjudica directamente al imputado al no tener un referente de soporte que le garantice que la búsqueda de la verdad no se realizará a cualquier precio o, dicho de otra forma, al precio de lesionar injustificadamente sus derechos fundamentales.

2. Juez de Investigación Preparatoria: Falencias en su Intervención durante la Investigación

Los casos que se muestran a continuación representan una mirada rápida algunas instituciones procesales durante la investigación del delito que evidencian limitaciones a la facultad de control del juez de investigación preparatoria; no se pretende que al finalizar dicho análisis se imponga alguna solución de cómo debería de procederse en la resolución de tales supuestos, el objeto es evidenciar que el juez de investigación preparatoria no logra situarse como actor relevante en una etapa de la cual, si bien no tiene poder de conducción, sí tiene control jurisdiccional.

Pese a ello, las situaciones que se describen vislumbran por un lado una ausencia de comprensión sobre la legitimidad de intervención judicial que se traslucen en la casuística (control del plazo de investigación preparatoria, control de certeza de imputación para dictar prisión preventiva y restricción de derechos a ser reclamados via tutela de derechos); por otro lado, se expone la existencia de conflictos normativos entre lo que regula la ley y lo que pretende establecer la Constitución Política (autorización inaudita parte de los actos limitativos de derechos) , debiendo entre uno y otro preferirse el texto constitucional.

El principal sustento para limitar la facultad de control judicial es la superposición del principio acusatorio cuyo titular es el Ministerio Público, ente constitucional que dirige la etapa de investigación. Ello evidencia una incompreensión del referido principio acusatorio, pero, sobre todo, no concebir la real dimensión de la legitimidad con la que cuenta el juez durante la investigación del delito para ejercer actos de control.

2.1. La Autorización Inaudita Parte de los Actos Limitativos de Derechos

Existe una discordancia entre lo propuesto por el sistema normativo para con sus normas de aplicación, se trata de la procedencia *inaudita parte* al momento de resolver cuestiones referidas a “La Búsqueda de la Prueba y Restricción de Derechos” contenidos en los artículos 202 y Ss., y “Las Medidas de Coerción Procesal” de los artículos 253 y Ss. del Código Procesal Penal.

Específicamente esta contradicción está en el artículo 203 numeral 2 que dice: “*Los requerimientos del Ministerio Público serán motivados y debidamente sustentados. El Juez de la Investigación Preliminar, salvo norma específica, decidirá inmediatamente, sin trámite alguno. Si no existiere riesgo fundado de pérdida de finalidad de la medida, el Juez de la Investigación Preparatoria deberá correr traslado previamente a los sujetos procesales y, en especial, al afectado. Asimismo, para resolver, podrá disponer mediante resolución inimpugnable la realización de una audiencia con intervención del Ministerio Público y de los demás sujetos procesales, que se realizará con los asistentes*” (cursiva agregada), concordado con el artículo 254 numeral 1: “*Las medidas que el Juez de la Investigación Preparatoria imponga en esos casos requieren resolución judicial especialmente motivada, previa solicitud del sujeto procesal legitimado. A los efectos del trámite rigen los numerales 2) y 4) del artículo 203^o.*”

De su análisis puede advertirse que la regla general en la norma es la tramitación *inaudita parte* de los requerimientos restrictivos de derechos (“*sin trámite alguno*” es el término utilizado) y la excepción a la regla es el traslado del requerimiento al afectado; bajo éste orden de premisas el juez al momento de recibir el requerimiento del Ministerio Público esta mentalizado en resolver el mismo sin intervención de la parte afectada dado que así lo establece la norma, contradiciendo de este modo el marco normativo que lo sitúa como garante de los derechos fundamentales, incompatibilidad que surge de establecer como regla general una pauta limitativa tanto del derecho de defensa como del principio de contradicción, si bien es cierto que la norma prevé que en caso se advierta que “*no existiere riesgo fundado de pérdida de finalidad de la medida*” se correrá traslado a la parte afectada, esta decisión se presenta como una excepción a la regla, de la cual el Ministerio Público ni siquiera se encuentra en la obligación de

sustentarla en su requerimiento pese a que los mismos deben ser motivados y sustentados por tratarse de restricciones a los derechos fundamentales.

No se está sosteniendo la inconstitucionalidad de la norma aludida, sino que la misma no cumple el perfil del sistema procesal penal que apunta a situar al juez de investigación preparatoria como garante de los derechos fundamentales del imputado, distinto sería el caso si las pautas normativas fueran en sentido inverso como, por ejemplo: *“Los requerimientos del Ministerio Público serán motivados y debidamente sustentados. El Juez de la Investigación Preliminar, salvo peligro en la demora, deberá correr traslado previamente a los sujetos procesales y, en especial, al afectado. Asimismo, para resolver, podrá disponer mediante resolución inimpugnable la realización de una audiencia con intervención del Ministerio Público y de los demás sujetos procesales, que se realizará con los asistentes. Si existiere riesgo fundado de pérdida de finalidad de la medida, el Juez de la Investigación Preparatoria decidirá inmediatamente, sin trámite alguno”* (cursiva agregada).

Esta inversión normativa no pretende dinamitar la efectividad de los actos de investigación ni el resguardo de la tutela jurisdiccional efectiva, su realización se mantiene habilitada, lo que hace es situar al juez de investigación preparatoria en su lugar de garante de los derechos fundamentales, pues si el Ministerio Público requiere transgredirlos deberá motivar y sustentar por qué deben hacerse a espaldas del afectado, mismo examen que como último filtro deberá realizar la judicatura para autorizar dicha transgresión.

La actual redacción de la norma solo permite al afectado ejercer el derecho de defensa bajo el principio de contradicción cuando ya se ha ejecutado la medida en su contra, esto es en la etapa impugnativa conforme lo previsto en el artículo 204 del Código Procesal Penal para el caso de las restricciones basadas en *“la búsqueda de la verdad y restricción de derechos”*, y las normas específicas de la materia para el caso de *“las medidas de coerción procesal”*; sin embargo, el riesgo asumido es irreparable, pues, como se repite constantemente, se tratan de derechos fundamentales.

Distinto es el caso de una medida cautelar dentro de un proceso civil, dado que “el proceso que conocemos comúnmente como civil parte del presupuesto de que lo que en

él se debate y se decide son relaciones jurídicas materiales, en las que es determinante la autonomía de la voluntad, porque esos intereses en juego son esencialmente privados” (Montero, 1997, pp. 31-32). En el procedimiento cautelar civil se considera que “el principio de contradicción –que tiene rango constitucional- no se vulnera, solo se posterga a fin de lograr una tutela eficaz. Este principio se va a desarrollar luego con el ejercicio ulterior de la potestad de impugnación” (Ledesma, 2014, p. 214).

Postergación que tiene mucho sentido si prestamos atención al artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Civil, que tiene como objeto garantizar la *tutela jurisdiccional efectiva*, y en ese orden de prevalencia se encuentran direccionados sus demás principios normativos; de ahí que “el *periculum*, en lo civil, (...) se materializa en las posibilidades del respaldo civil, durante el tiempo del proceso, de que se dedique a distraer, dilapidar u ocultar sus bienes, real o ficticiamente, para hacer impracticable la satisfacción de las consecuencias jurídico-económicas” (San Martín, 2015, p. 481).

“La naturaleza del Derecho material a aplicar condiciona la manera de configurar el proceso” (Montero, 1997, p. 23), por ello, son distintos los principios normativos que conforman el Título Preliminar del Código Procesal Penal, éstos se encuentran direccionados al respeto de los derechos fundamentales del imputado en el marco de la investigación del delito, por ello, el peligro procesal en lo penal se refiere al peligro que representa el imputado. Pujadas (citado por Cáceres, 2015) piensa que:

“La peligrosidad es un estadio subjetivo, referido a un objeto sí, pero indicativo de una determinada tendencia o intención personal. En mi opinión, apreciar la peligrosidad procesal exige atender a una especie de disposición anímica o predisposición para materializar el riesgo de frustración” (p. 241)

De ahí su denominación en “*periculum libertatis*”, dado que el imputado en libertad puede obstaculizar la investigación o hacer inejecutable una condena con su fuga, entonces mayor es el daño al proceso, mayor es la lesión al derecho subjetivo, ergo, mayor debe ser la garantía al momento de restringirlo.

En consecuencia, dicho precepto normativo no optimiza la protección de derechos fundamentales a cargo del juez de investigación preparatoria, por el contrario, crea un escenario débil al establecer como regla general que la restricción del derecho de defensa y

contradicción se realicen *inaudita parte*, cuando bien podría situarse de manera contraria; es decir, excepcionalmente dictarse medidas contrarias a los derechos fundamentales del imputado a sus espaldas, siempre y cuando exista motivo fundado que haya sido expuesto en el requerimiento fiscal y desarrollado en la resolución judicial. Es un caso en el que se limita la potestad de control judicial del juez de investigación preparatoria.

2.2. El Control del Plazo de la Investigación Preparatoria

El derecho internacional reconoce el derecho a ser investigado en un plazo razonable, así se tiene de los artículos 14 numeral 3 literal C del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos –PIDCP-, y los artículos 7 numeral 5 y 8 numeral 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos –CADH-, lo cual es reafirmado por la CIDH en el Caso Suarez Rosero vs Ecuador Sentencia de Fondo del 12 de noviembre de 1997 fj. 70⁴. En el derecho interno no existe una mención expresa en la Constitución Política al plazo razonable; sin embargo, el Tribunal Constitucional establece que es una manifestación implícita del debido proceso reconocido en el artículo 139 numeral 3 de la Constitución Política (Exp. N° 00295-2012-PHC/TC fj. 3⁵), y que se funda en el respeto a la dignidad de la persona humana (Exp. N° 549-2004-HC/TC fj. 3⁶) siguiendo así la misma línea de la CIDH.

Circunscribiéndonos a la investigación preparatoria como etapa procesal, la lesión al plazo razonable con la duración excesiva de la investigación es factible de ser

⁴ 70. El principio de “plazo razonable” al que hacen referencia los artículos 7.5 y 8.1 de la Convención Americana tiene como finalidad impedir que los acusados permanezcan largo tiempo bajo acusación y asegurar que ésta se decida prontamente.

⁵ 3. El derecho al plazo razonable del proceso o a ser juzgado dentro de un plazo razonable constituye una manifestación implícita del derecho al debido proceso reconocido en el artículo 139.3 de la Constitución

⁶ 3. En relación al derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas, este Tribunal considera pertinente recordar que el derecho a que una persona sea juzgada dentro de un plazo razonable no se encuentra expresamente contemplado en la Constitución. Sin embargo, se trata de un derecho que coadyuva el pleno respeto de los principios de proporcionalidad, razonabilidad, subsidiariedad, necesidad, provisionalidad y excepcionalidad, que debe guardar la duración de un proceso para ser reconocido como constitucional. Se trata, propiamente, de una manifestación implícita del derecho al debido proceso y la tutela judicial efectiva reconocidos en la Carta Fundamental (artículo 139°3 de la Constitución) y, en tal medida, se funda en el respeto a la dignidad de la persona humana.

enmendada acudiendo al juez de la investigación preparatoria conforme lo previsto en el artículo 343 del Código Procesal Penal, en clara armonía con el artículo I numeral 1 del Título Preliminar del mismo cuerpo normativo procesal penal, pero sobre todo con la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional y normas conexas tanto del PIDCP y de la CIDH; sin embargo, la jurisprudencia penal tiene varios problemas para poder garantizar la plena vigencia del derecho al plazo razonable, y por ende, limitación clara a la facultad de control del juez de investigación preparatoria.

Imaginemos por un momento que una persona lego en derecho, con una investigación que acaba de ser formalizada, preguntase cuánto le durará la investigación, ¿Es posible responder esa interrogante desde el Código Procesal Penal?, la respuesta tendría que ser sí, siempre y cuando se reconoce que la norma procesal trae un conjunto de reglas referido a los plazos, tratándose de un proceso común durará 120 días prorrogables por única vez en 60 días, tratándose de procesos complejos deberá durar 8 meses, y si tratamos de proceso por criminalidad organizada es de 36 meses, éstos dos últimos supuestos prorrogables por el mismo tiempo; con la atingencia que las prórrogas son requeridas por el Ministerio Público y finalmente sometidas a decisión del juez de investigación preparatoria.

Sin embargo, la casuística rompe con la legalidad teórica, es un hecho recurrente que la investigación preparatoria exceda de sobremanera el plazo razonable, precisamente previendo esta lesión normativa el Código Procesal Penal ha buscado garantizar su cumplimiento mediante un *control de plazos*, institución mediante el cual el afectado con la dilación indebida pueda buscar tutela al juez de la investigación preparatoria pidiendo la conclusión de la investigación, este control se encuentra plenamente garantizado por el artículo 343 numeral 2 del Código Procesal Penal; el objeto del control de plazos es cortar una dilación indebida, de comprobarse la misma el juez ordena la conclusión de la investigación y que se emita el respectivo requerimiento en un plazo no mayor de 10 días.

Ésta decisión puede ser objeto de apelación con efecto suspensivo, iniciando un procedimiento formal engorroso que parte desde la admisión del recurso, notificación a los demás sujetos procesales, alzada del expediente a la sala penal, traslado del recurso,

fijación de fecha y hora para la audiencia de apelación, celebración de la audiencia de apelación, la decisión puede no emitirse en ese acto y notificarse días posteriores a las partes, asumiendo que se confirme la orden de conclusión de investigación, la carpeta fiscal debe bajar nuevamente de fiscalía superior a la fiscalía provincial que tiene a su cargo la investigación, todo este trámite genera un agravio dilatorio permanente.

Pese a toda esta burocracia se puede recurrir, con cierto escepticismo, al control de plazos, acelerar los trámites procedimentales, buscar que la decisión se emita en acto de audiencia, y finalmente reducir el coste del agravio; sin embargo, mediante la Sentencia de Casación N° 613-2015-PUNO del 3 de julio del 2017 se ha suprimido el control de plazos por parte del juez de investigación preparatoria, se vacía de contenido el derecho-garantía del plazo razonable en la investigación preparatoria. Es necesario entender que dicha sentencia, además de ser emitida por la última instancia judicial en el Perú, ha revestido de *doctrina jurisprudencial vinculante* los fundamentos jurídicos décimo, décimo primero y décimo segundo; es decir, son de obligatorio cumplimiento por todas las instancias judiciales a nivel nacional de acuerdo lo prevé el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial⁷.

Esta jurisprudencia vinculante establece que la parte afectada frente a una dilación indebida del plazo de la investigación preparatoria (esto es que pese haberse vencido los plazos legales el fiscal a cargo del proceso no emite la disposición de conclusión de la investigación) puede acudir al juez de investigación preparatoria vía *control de plazos*, y de constatarse ésta dilación el juez “ordena” la conclusión de la investigación, pero ello no significa –dice la casación- que la investigación se dé por concluida, sino que deberá ser el fiscal quien concluya dicha investigación mediante *disposición fiscal* en un

⁷ Véase primer y segundo párrafo: Artículo 22.- Las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República ordenan la publicación trimestral en el Diario Oficial "El Peruano" de las Ejecutorias que fijan principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento, en todas las instancias judiciales. Estos principios deben ser invocados por los Magistrados de todas las instancias judiciales, cualquiera que sea su especialidad, como precedente de obligatorio cumplimiento. En caso que por excepción decidan apartarse de dicho criterio, están obligados a motivar adecuadamente su resolución dejando constancia del precedente obligatorio que desestiman y de los fundamentos que invocan.

tiempo concedido por el juez, agrega la casación que la única consecuencia jurídica en caso el fiscal no emita la disposición respectiva es una responsabilidad disciplinaria.

Bajo el argumento de la necesidad de efectividad en la labor del Ministerio Público, la Sentencia de Casación N° 613-2015-PUNO no repara en lo que resulta ser una evidente lesión al plazo razonable, al indicar que siendo el Ministerio Público el director de la investigación, sólo aquél puede, mediante disposición, concluir la investigación, titulando la misma como conclusión “formal” de la investigación preparatoria; sin embargo, no puede llamarse conclusión “formal” a un acto que nace de una ilegalidad, dado que si realizada la audiencia de control de plazo se constata una dilación indebida, entonces no puede ser que la misma se mantenga hasta que sea la misma parte que ocasionó el agravio quien decida concluirlo, no cabe “formalidad” dentro de la “ilegalidad”.

Con dicho criterio no hay forma que el juez de la investigación preparatoria ejerza un control jurisdiccional sobre el plazo razonable durante la investigación preparatoria, pues se deja la garantía de un derecho en la actuación y buena voluntad de una de las partes del proceso como lo es el representante del Ministerio Público, precisamente la parte contraria a la afectada; visto así las cosas no tiene ninguna utilidad para los justiciables acudir al órgano jurisdiccional por afectación al plazo razonable, pues se ha convertido en una instancia que tan solo “constata” la lesión pero que no es capaz de repararla.

Si la única consecuencia jurídica por parte del fiscal al no concluir la investigación preparatoria mediante disposición será una responsabilidad disciplinaria pues mejor sería acudir antes que nada al Órgano de Control Interno -OCI- del Ministerio Público interponiendo una *queja* por no observar los plazos legales para expedir disposiciones, falta que ya se encuentra prevista en el artículo 23 literal n) del Reglamento de Organización y Funciones de la Fiscalía Suprema de Control Interno de Ministerio Público; sin embargo, esa no puede ser la consecuencia jurídica de la lesión constatada por el juzgado, pues la responsabilidad disciplinaria (que incluso puede ser destitución) es una cuestión externa, se ventila fuera del proceso penal del cual se pide tutela y por lo mismo no genera ninguna consecuencia a éste.

Por tanto, la interpretación del *control de plazos* previsto en la Sentencia de Casación N° 613-2015-PUNO del 3 de julio del 2017 limita la función garantista de derechos del juez de investigación preparatoria, no solo le quita la potestad de realizar un control sobre el plazo razonable del proceso, sino que además imposibilita cualquier tipo de control, pues el que se aluda a una responsabilidad disciplinaria por parte del fiscal que no concluye “formalmente” la investigación preparatoria significa desconocer que el Código Procesal Penal tiene la suficiente fuerza normativa para poder reglar sus plazos y establecer las consecuencias jurídicas de su incumplimiento.

2.3. Control de la Certeza de la Imputación para Dictar la Prisión Preventiva

La situación de la población penitenciaria intramuros -según el INPE- a enero del 2020 es de un total de 96,145 presos; de ese total tenemos que sentenciados tan solo son 60,804 (57,737 hombres y 3,067 mujeres), mientras que procesados son 35,341 (33,225 hombres y 2,116 mujeres); porcentualmente un 63,24% se encuentra con sentencia y 36,76% se encuentran sin sentencia (INPE, Reportes Estadísticos, Enero 2020). La Comisión Interamericana de Derechos Humanos -CIDH- emitió el segundo *Informe sobre Medidas Dirigidas a Reducir el Uso de la Prisión Preventiva en las Américas* en julio del 2017, en el cual destacó un porcentaje similar de encarcelados sin sentencia en toda América Latina, resultado que calificaron de preocupante y que debe ser afrontado con la mayor atención y seriedad por los respectivos Estados.

Respecto al Estado Peruano en dicho informe, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos manifestó su preocupación por la extensión del plazo de la prisión preventiva dada mediante el Decreto Legislativo No. 1307 de enero de 2017, el mismo que contempló para casos de criminalidad organizada un plazo de 36 meses prorrogables hasta por 12 meses, cuando la norma anterior en casos complejos preveía un plazo de 18 meses prorrogables por otros 18 meses más; a opinión de la CIDH, dicha ley es contraria a la racionalización del uso de la prisión preventiva según estándares internacionales.

En el 2020 la mirada internacional se ha vuelto a centrar en la prisión preventiva como una forma de privación de libertad a consecuencia de la pandemia del COVID19; en ese mismo sentido la CIDH en marzo del 2020 emitió un comunicado de prensa donde,

además de recordarnos los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas dio cuatro recomendaciones, siendo la primera de éstas “Adoptar medidas para enfrentar el hacinamiento de las unidades de privación de la libertad, incluida la reevaluación de los casos de prisión preventiva con el fin de identificar aquellos que pueden ser sustituidos por medidas alternativas a la privación de la libertad, dando prioridad a las poblaciones con mayor riesgo de salud frente a un eventual contagio del COVID-19” (CIDH, marzo 2020).

Por todo ello, pretender analizar la potestad del control jurisdiccional durante la investigación preparatoria significa pasar por analizar la prisión preventiva, ya que “es la medida de coerción personal más gravosa o severa del ordenamiento jurídico, que por sus efectos y trascendencia es el problema por antonomasia del proceso penal” (San Martín, 2015, p. 453); a lo largo de la entrada en vigencia del Código Procesal Penal se han suscitado diversos debates centrados en los presupuestos para su imposición, así como constantes críticas por su aplicación indiscriminada contraria a su naturaleza excepcional, críticas que tienen fundamento en la población penitenciaria que en la actualidad llega a un 36.76% del total de personas privadas de su libertad sin una sentencia firme.

Uno de los principales problemas en su aplicación es la falta de predictibilidad judicial o principio de seguridad jurídica como medio para “asegurar al individuo una expectativa razonablemente fundada respecto de cuál será la actuación de los poderes públicos y, en general, de toda la colectividad, al desenvolverse dentro de los cauces del Derecho y la legalidad” (Exp. N° 0001-2003-AI/TC fj. 3); la seguridad jurídica tiene una vinculación necesaria con el Estado de Derecho Constitucional en la medida que es un “instrumento de realización en términos de libertad, igualdad y dignidad” (Espinosa-Saldaña, 2016, p. 45).

En el derecho penal y específicamente en instituciones como la prisión preventiva su trascendencia se máxima al tener como posible corolario la pérdida de la libertad sin sentencia definitiva, por ello, “la prisión preventiva no puede ser utilizada para contrarrestar cualquier nivel de peligro procesal, puesto que, al tener injerencia severa o radical en la libertad de la persona, esta medida desembocará en el internamiento de una

persona a un centro penitenciario” (Cadena, 2020, pp. 21-22); sin embargo, es una de las instituciones que más desencuentros jurisprudenciales ha tenido y que han mellado la capacidad del órgano jurisdiccional de poder resolver con acierto innumerables casos a nivel nacional, llegando a convertirse en una constante en vez de una excepcionalidad.

Un paradigma de lo antedicho es la posibilidad de debatir en las audiencias de prisión preventiva el juicio de subsunción típica; en un primer momento el Poder Judicial como institución intentó desarrollar criterios orientadores y unificadores mediante Resolución Administrativa N° 325-P-PJ de fecha 13 de septiembre del 2011 denominada “*Circular sobre Prisión Preventiva*”, en su fundamento jurídico segundo estableció que el primer presupuesto referido a los graves y fundados elementos de convicción se refiere al juicio de imputación para determinar, con un alto grado de probabilidad, que el imputado podría ser autor o participe de un delito, sin que sea necesaria una calificación jurídica absolutamente correcta; este primer pronunciamiento nos daba una pauta interpretativa de que no solo era posible sino imprescindible determinar una apariencia delictiva de los hechos –*fumus delicti comissi*-, consecuentemente discutir la tipicidad de los hechos a nivel de audiencia de prisión preventiva era necesario.

Este criterio unificador tuvo su primer desencuentro jurisprudencial con la Casación N° 626-2013 Moquegua de fecha 30 de junio del 2015, en su fundamento jurídico décimo octavo estableció que es función del órgano jurisdiccional dirigir la audiencia y por lo mismo evitar desvíos, mas consideró como desvió del debate –entre otros- la vulneración del juicio de subsunción típica, cuya vía correcta de defensa (según la casación) es la excepción de improcedencia de acción; esta decisión emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República ha sido de gran relevancia jurídica, pues estableció varias pautas interpretativas y reglas de audiencia como doctrina jurisprudencial vinculante, tal es así que a raíz de dicha casación en las audiencias de prisión preventiva se debaten dos “presupuestos” más, como son la proporcionalidad y la duración de la prisión preventiva. Lo cierto es que luego de este pronunciamiento cualquier intento de debatir una errada subsunción típica de los hechos era objetada por el Ministerio Público fundamentándose precisamente en dicha jurisprudencia vinculante.

Sin embargo, un año después se emite la Casación 724-2015 Piura –calificación de casación- de fecha 15 de abril del 2016 emitida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, la misma que se negó desarrollar doctrina jurisprudencial sobre la *imputación necesaria*, bajo el sustento que era evidente que si los cargos no son concretos y no definen, desde la exigencias de imputación objetiva y subjetiva, todo lo penalmente relevante, no pasaría este primer presupuesto material de la prisión preventiva, siendo desestimada; consecuentemente la subsunción típica de los hechos es de suma importancia y merece debate en caso exista incorrección.

El cambio jurisprudencial continuó, en esta ocasión con la Casación N° 704-2015 Pasco de fecha 27 de noviembre del 2017 por la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, en cuyo fundamento vigésimo cuarto sustenta que “de ninguna manera constituye objeto del debate el estudio de proposiciones fáctica y la calificación jurídica para pretender su variación por un tipo penal que no fue considerado...”, volviendo así al criterio restrictivo.

Casi un año después se emite la Casación N° 564-2016 Loreto de fecha 12 de noviembre del 2018 expedida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, en cuyo fundamento jurídico quinto respalda que un presupuesto de la prisión preventiva es la apariencia del delito, lo cual significa que el hecho imputado debe estar regulado en la norma penal, y debe ser subsumible según criterios objetivos y subjetivos, haciendo además de este argumento doctrina jurisprudencial vinculante.

Como se ha visto, durante los años 2015, 2016, 2017 y 2018 se han tenido cuatro pronunciamientos jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia de la República respecto al debate de la subsunción típica en la audiencia de prisión preventiva, cada año el criterio jurisprudencial ha cambiado, convirtiéndose en un claro ejemplo de la falta de predictibilidad judicial en nuestro sistema de justicia; Bacigalupo (como se citó en Reyna, 2015) sostiene que un Estado de Derecho es “aquel en el que los ciudadanos pueden calcular anticipadamente qué ocurrirá en el futuro en un sentido específico; es decir, cómo se comportarán otros individuos y como lo hará el Estado”, podría afirmarse que durante estos años la prisión preventiva se ha venido imponiendo fuera de un Estado

de Derecho, dado que no ha sido capaz de otorgar seguridad jurídica sobre un tema tan simple y a la vez álgido como lo es *fumus delicti comissi* o subsunción típica durante la audiencia de prisión preventiva.

Este y otros problemas de interpretación de la prisión preventiva han sido abordados nuevamente por la Corte Suprema de Justicia de la República, esta vez mediante el XI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente, Transitoria y Especial, que ha emitido el Acuerdo Plenario N° 01-2019/CIJ-116 Prisión Preventiva: Presupuestos y Requisitos de fecha 10 de septiembre del 2019; “finalmente” se habría unificado un criterio interpretativo respecto al debate de la subsunción típica en la audiencia de prisión preventiva con el fundamento jurídico N° 27, se argumenta que el juicio de imputación requiere que el hecho deba ser delictivo, no puede carecer de tipicidad y por lo mismo la prisión preventiva requiere un grado de desarrollo de imputación, que para el caso sería una alta probabilidad de la comisión de un delito en todas sus categorías, es decir: tipicidad, antijuricidad, culpabilidad y punibilidad. Si bien todas las salas penales de la Corte Suprema participaron del acuerdo plenario, no sería imposible (dado los antecedentes) que pasado un tiempo se emita un nuevo pronunciamiento con un criterio distinto.

En conclusión, no solo un pronunciamiento aislado de una sala penal de la Corte Suprema, o alguna deficiencia normativa procesal, sino también un constante cambio jurisprudencial a nivel de las distintas salas penales de la Corte Suprema de Justicia de la República generan una distorsión en las decisiones de instancias inferiores, que son finalmente los que resuelven en primera línea los requerimientos de prisión preventiva; precisamente frente a estos casos de ausencia de predictibilidad judicial destaca la importancia de la naturaleza jurídica de la potestad de control jurisdiccional del juez de la investigación preparatoria.

La vía natural para debatir una cuestión referida a la tipicidad de los hechos es la excepción de improcedencia de acción, con lo cual podría sustentarse con fundamento que no existe una falencia de control judicial, pues el Código Procesal Penal ya tiene una vía pre establecida para tales debates, así se ha confirmado por ejemplo en el Recurso

Casación N.º 1307-2019/corte suprema fj. 4⁸; sin embargo, el control judicial no solo debe ser certero sino también oportuno.

El contexto aludido es el de un requerimiento de prisión preventiva donde la decisión final tendrá injerencia directa sobre la libertad del imputado, dada la importancia del derecho fundamental a restringirse no es posible sacrificar la prevalencia de la defensa de los derechos fundamentales so pretexto de poder realizarse en una audiencia propia, cuando no existe impedimento legal para poder resolver de manera certera y además oportuna en audiencia de prisión preventiva el juicio de subsunción típica, lo contrario significa limitar los actos de control judicial del juez de investigación preparatoria.

2.4. Restricción de Derechos a ser Reclamados Vía Tutela de Derechos

Otra actuación del juez de investigación preparatoria se presenta en la audiencia de tutela de derechos previsto en el artículo 71 numeral 4 del Código Procesal Penal, esta institución termina por describir la función garantista del juez de investigación preparatoria al situarlo en un punto de control respecto a los actos de investigación tanto de la Policía Nacional del Perú como del Ministerio Público; una característica interesante es que no está reservada exclusivamente a la investigación preparatoria una vez formalizada, sino que dicho control puede ejercerse aun desde las diligencias preliminares, ampliando así el marco de control de la judicatura a toda la fase de investigación.

El precepto legal que lo sustenta es amplio, el numeral 1 del artículo 71 del Código Procesal Penal refiere que el imputado puede hacer valer por sí mismo, o a través de su abogado defensor, los derechos que la constitución y las leyes le conceden; el numeral 4 de la misma norma procesal penal establece como paso previo a la audiencia de tutela de derechos que se haya incumplido las disposiciones previstas en los numerales

⁸Casación N.º 1307-2019:

Cuarto. Que, ahora bien, la excepción de improcedencia de acción se sustenta en la noción de carencia material de una pretensión punitiva válida pues los hechos atribuidos al imputado –la causa de pedir– no constituyen un injusto penal o no corresponde la aplicación de una pena (está circunscripta, desde la perspectiva analítica, a tres categorías del delito: tipicidad, antijuricidad y punibilidad); es decir, carecen de relevancia jurídico penal.

anteriores, es decir: que los derechos del imputado no son respetados, que es objeto de medidas limitativas de derechos indebidos, o de requerimiento ilegales; como se aprecia la literalidad legal es amplia. Sin embargo, precisamente esta característica de amplitud ha generado en la casuística una carta abierta para todo tipo de cuestionamientos, aun cuando muchos “agravios” cuentan con una vía propia de actuación, que por coherencia al principio de especialidad deben acudirse antes de optar por la tutela de derechos.

Entre estos casos de uso innecesario tenemos la Casación N° 14-2010 La Libertad de fecha 05 de julio del 2011, en dicho proceso se llevó a audiencia de tutela de derechos la omisión de correr traslado de las observaciones realizadas a un peritaje oficial dentro de las diligencias preliminares; se puede llegar a determinar que dicha omisión no generaba indefensión debido a que el traslado de las observaciones puede realizarse también formalizada la investigación preparatoria, incluso presentar las mismas como prueba en el traslado de la acusación de ser el caso, lo cierto es que dicho acto se planteó vía tutela de derechos e incluso llegó a la corte suprema, desnaturalizando así el objeto de dicha institución.

Otro caso es la referida a la Casación N° 80-2010 PIURA de fecha 28 de abril del 2011, en ella el imputado reclamó que durante la investigación preparatoria ofreció la actuación de un testigo empero el fiscal no resolvió su pedido e incluso emitió requerimiento de acusación sin considerar precisamente dicho testigo, al respecto resulta claro que el ofrecimiento de pruebas no está limitada a la etapa de investigación preparatoria, por ende, el imputado bien podría ofrecer dicho testigo en el traslado de la acusación; por otro lado, la norma procesal prevé una vía específica para instar un medio probatorio ofrecido por las partes previsto en el artículo 337 numeral 4 del Código Procesal Penal, pese a ello se discutió el argumento del imputado llegando incluso a casación, una vez más desnaturalizando la audiencia de tutela de derechos.

Tal uso indiscriminado de la tutela de derechos ha llevado a la Corte Suprema emitir el Acuerdo Plenario 4-2010/CJ-116: Audiencia de tutela; este acuerdo plenario ratifica la calidad del juez de investigación preparatoria como juez de garantías durante la investigación, pero lo principal es que se ha establecido un carácter residual de la

audiencia de tutela de derechos frente a lesiones que tengan una vía propia de salvaguarda.

Sin embargo, esta residualidad ha sido interpretada como una “lista cerrada de derechos”, en ese sentido la Casación 136-2013-TACNA de fecha 11 de junio del 2014 en su fundamento 3.4 explica: “Esta Corte Suprema a través de los Acuerdos Plenarios N° 04-2010-CJ-116 y N° 02-2012-CJ-116 de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, ha desarrollado la institución de la tutela de derechos, habiéndose establecido como derechos legitimados para ser recurridos en vía de tutela los establecidos en el artículo 71 del Código Procesal Penal del 2004, constituyendo esta una lista cerrada de derechos”.

Interpretación que resulta contraria la naturaleza de la *audiencia de tutela de derechos*, pues con un afán de evitar un uso desmedido de las audiencias de tutela de derechos se ha pasado a otro extremo menos deseado, vaciarla de contenido sustancial y restarle operatividad para la defensa de los derechos fundamentales; siendo contrario además al precepto legal del artículo 71 del Código Procesal Penal, pues la norma es clara al referirse a un *marco de protección de los derechos que la Constitución y las Leyes amparan*; el carácter residual de esta institución no significa convertirla en una “lista cerrada de derechos”, más aún cuando uno de los derechos que prevé el acuerdo plenario es la de “no sufrir restricciones ilegales”, término bastante amplio como para integrar una “lista cerrada”.

Limitar la actuación del juez de investigación preparatoria significa restarle la posibilidad de constatar la lesión de un derecho fundamental, la praxis nos lleva a un sin fin de supuestos en los cuales puede afectarse derechos del imputado; así, por ejemplo, el mismo acuerdo plenario prevé la exclusión de medios probatorios obtenidos ilegalmente mediante la audiencia de tutela de derechos pese a que en dicha “lista cerrada” no contempla cuestiones sobre la prueba.

Esto se compagina con lo resuelto en el Recurso de Casación N° 973-2019/VENTANILLA Fj 4 al referirse que la acción de tutela es un remedio procesal que está circunscripta a un ámbito específico: el señalado taxativamente por el artículo 71, numeral 4, del Código Procesal Penal, y dentro de tal ámbito, se hace mención cuando:

“[el imputado] es objeto de medidas limitativas de derechos indebidas [con exclusión de lo indicado en el punto tercero] o de requerimientos ilegales”; ¿Cuáles son tales medidas limitativas de derechos? ¿Cuáles son tales requerimientos ilegales?; la norma no los aclara, pero sí que deja en claro que cuales quiera que fuesen deben tener incidencia directa con lesiones a derechos fundamentales para poder ser reclamadas vía tutela de derechos.

No se trata de sustentar que la tutela de derechos es una puerta abierta a cualquier tipo de restricción procesal o reclamo que cuenta con una vía de actuación propia, no se está dejando de lado el carácter residual de esta institución; lo que se sustenta es que bajo el pretexto de enunciar una lista cerrada de derechos del artículo 71 numeral 4 del Código Procesal Penal no puede rechazarse liminarmente toda acción que busque tutela judicial, sin siquiera haberse constatado si se está frente alguna medidas limitativas de derechos indebidas o de requerimientos ilegales; esta actuación significaría una limitación a las facultades de control judicial por parte del juez de investigación preparatoria.

Gran sector de la casuística nacional no ha tomado en cuenta el enfoque restrictivo de la tutela de derechos, entre algunos casos “emblemáticos” tenemos por ejemplo la audiencia de tutela de derechos planteada por la defensa de la empresa GYM S.A. en el caso ODEBRECHT (Expediente 243-2017-48 Primer Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional) , en el cual se discutió si la defensa del tercero civilmente responsable está facultada a participar en la declaración de los demás co-imputados y si le alcanza la restricción prevista para el imputado, como vemos ese supuesto tampoco está regulado en una lista, incluso la audiencia de tutela de derechos se circunscribe a una actuación sobre el imputado, pese a ello se debatió, precisamente por la función garantista del juez de investigación preparatoria.

Otro caso es la tutela de derechos planteada por el expresidente Pedro Pablo Kuczynski Godar en el caso que se le sigue por Lavado de Activos (A.V. 05-2018-1 de fecha 21 de agosto del 2018 por la Sala Penal Especial), el imputado cuestionó la competencia del juzgado de investigación preparatoria, argumentó que si bien existe una vía propia para cuestionar la competencia esta solo se activa cuando se formaliza la investigación preparatoria; sin embargo, se estaba aún en etapa de investigación

preliminar, este pedido fue desestimado por la Sala Penal Especial al advertir que el juzgado de investigación preparatoria podía resolver dicho cuestionamiento a su competencia, lo trascendente es lo argumentado en el considerando 2.3 al referir que “resulta incorrecto afirmar que la tutela de derechos únicamente se puede plantear cuando se afecta los derechos señalados en el inciso 2 de la citada norma”, discrepando así con la postura de “lista cerrada de derechos”.

Consecuentemente, el control jurisdiccional durante la investigación preparatoria no puede limitarse a una “lista cerrada de derechos”, por el contrario, es deber del juez de investigación preparatoria cautelar la defensa de los derechos fundamentales ante actos arbitrarios que las lesionen, por ello es importante delimitar la naturaleza del control jurisdiccional para puntualizar la legitimidad y el alcance de su actuación, conforme se ha ido implementándose el Código Procesal Penal han surgido distintos problemas sobre su aplicación, en muchos de estos casos la solución al problema ha sido la fijación de reglas que limitan la valoración del juez como garante de derechos fundamentales, precisamente su actuación se basa en interpretación de la ley y de la constitución, el llamado para realizar dicha valoración, es el juez, cuya decisión traer efectos concretos para el imputado.

3. Control Jurisdiccional Durante la Etapa Intermedia: ¿Otro juez?

Nuestro sistema procesal penal trae consigo tres etapas definidas, la etapa de la investigación preparatoria, la etapa intermedia y la etapa de juzgamiento; en ésta última es clara la participación diferenciada del Juez de Juzgamiento, ya sea en su faz de Juez Unipersonal o Juzgado Colegiado; pese a que las etapas de investigación preparatoria y etapa intermedia son distintas una de la otra se encuentran bajo la intervención del mismo Juez; sin embargo, ello no puede significar que la naturaleza jurídica de intervención sea la misma para ambos casos, sino que dependiendo de la etapa en la que se encuentre cumple una función distinta.

Con acierto San Martín (2015) se refiere a ellos como: “Los juzgados de investigación preparatoria -la institución más novedosa y significativa del sistema procesal asumido-, que conocen de la etapa intermedia y controlan la investigación preparatoria” (p.143); no le falta

razón, dado que como veremos ocurre una suerte de transformación, pues si durante la etapa de investigación preparatoria el juez actúa a instancia de parte, durante la etapa intermedia su protagonismo no solo es central sino obligatoria, son matices distintos y por lo mismo resulta necesaria su comprensión diferenciada.

3.1 Naturaleza Jurídica de la Etapa Intermedia: Una Audiencia Presidida por el Juez

Binder (como se citó en Salinas, 2014, p. 67) piensa que la “etapa intermedia garantiza, en beneficio del principio genérico de presunción de inocencia, que la decisión de someter a juicio oral al acusado no sea apresurada, superficial ni arbitraria”; si nuestra norma procesal ha optado por una etapa intermedia es para servir de filtro respecto a aquellas causas que, sin asegurar una sentencia condenatoria, si ameriten someter a determina persona a un juzgamiento debido a la existencia de suficientes indicios de la existencia del delito y responsabilidad de su presunto autor, es por ello que “la función primordial de esta etapa ha sido y continúa siendo la de controlar el requerimiento acusatorio del fiscal y, más precisamente, evitar que cualquiera pueda ser acusado sin fundamento suficiente” (Varela en Horvitz y López, 2002, p. 9).

Esta tarea se encomienda al Estado representado por el Poder Judicial, debido a que sólo éste tiene el deber de sancionar al imputado por medio del proceso; relación jurídica material de la cual no cuenta el Ministerio Público quien es parte acusadora; en ese sentido el que exista un requerimiento de acusación no legitima la apertura del proceso penal en sentido estricto, entendiéndose ésta como la fase de juzgamiento -pues en ella existe un tercero imparcial que decidirá sobre el fondo de la controversia-, por ello no es viable confundir el requerir el inicio del proceso penal -como acto de postulación- con el proceso penal en sí, pues la primera es solicitada por el Ministerio Público mientras que la segunda es habilitada por el órgano jurisdiccional, en éste caso el Juez de Investigación Preparatoria en la *etapa intermedia*.

Con mucha razón Aroca manifiesta que “no puede confundirse esta regla de que no hay proceso sin acusación con aquella otra que podría enunciarse como que no puede haber condena sin acusación” (Aroca, 2006, p. 212); y es que el ejercicio de la acción

penal encomendada constitucionalmente al Ministerio Público constituye un *ius ut procedatur*, esto es el deber de constituirse en parte pidiendo la incoación del proceso.

Lo cual no significa que le reconozca al “*ius ut procedatur*” el derecho que se sentencie al acusado o siquiera que se siga con todo el séquito del enjuiciamiento, encontrando en la *etapa intermedia* el primer filtro jurisdiccional de formación del proceso, en ese sentido se pronuncia el Acuerdo Plenario 6-2009/CJ-116 Control de Acusación Fiscal de fecha 13 de noviembre del 2009, en su considerando sexto al sostener que es el órgano jurisdiccional -juez de investigación preparatoria- el encargado de controlar la validez del requerimiento fiscal.

Que el Ministerio Público postule el requerimiento de acusación es la materialización del ejercicio de la acción penal y por ende el reflejo del principio acusatorio, esta forma de concebir el proceso tiene raigambre constitucional en el artículo 159 numeral 5 de la Constitución Política; véase que la norma constitucional regula una atribución de petición que no es lo mismo que otorgar una facultad de habilitación, éste mandato define nuestro modelo procesal penal de corte acusatorio que no es otra que delegar en el Ministerio Público el monopolio de la acción penal; “en estos modelos el ministerio público carece de la prerrogativa de llevar autónomamente su acusación a juicio, pues existe la posibilidad de una intervención judicial vinculante, aun contra la voluntad del acusador” (Horvitz Lennon, 2002, p. 14).

Por ende, la intervención judicial se complementa por el principio acusatorio constitucional; en esa misma perspectiva Salinas Siccha (2014) afirma “Establecido el tipo de acusatorio adoptado por el legislador nacional en el CPP de 2004, de entrada podemos afirmar que, según éste modelo, resulta ya indiscutible que no puede garantizarse un adecuado “juicio de acusación” ni afirmarse la relevancia del juicio oral y evitar de esa forma la “pena del banquillo” y los juicios incensarios, sino existe una etapa dirigida por la autoridad jurisdiccional donde bajo el sistema de audiencias, se discutan los presupuestos formales y materiales de la acusación para decidir enseguida el archivo de la causa o su paso al juicio oral. (p.48)”

A regla de que no hay proceso sin acusación le sigue no hay pena sin proceso judicial, este principio constitucional se encuentra previsto en el artículo 139 numeral 10 de la

Constitución Política como parte los principios de la función jurisdiccional; por tanto, mientras el principio acusatorio resuelve la titularidad del ejercicio de la acción penal, la función jurisdiccional resuelve la habilitación del proceso como escenario único para determinar una pena; es el órgano jurisdiccional -representado por el juez de investigación preparatoria en la etapa intermedia- quien decidirá si existe convicción en la acusación para habilitar un enjuiciamiento.

Roxin (2000) diría “proporcionar otra posibilidad de evitar el juicio oral, que siempre es discriminatorio para el afectado” (p. 347), y es que el uso del adverbio “*siempre*” es irrefutable, pues aun cuando pueda sostenerse que en aquellas acusaciones vacías indefectiblemente tendrá que absolverse al acusado, la sanción ya ha sido ejecutada, no con la pena legal sino con la “pena del banquillo”, o como muy bien reflexiona Carnelutti (1994) al cuestionarse “¿No decía yo hace poco que el proceso es siempre, para la parte que tiene razón, una injusticia? La observación del derecho penal nos muestra esta injusticia como una pena que puede ser infligida a un inocente, aunque el proceso termine en la absolución: precisamente, para poder absolver, se ha castigado al inocente” (p. 35-36). Esa, y no otra, es la naturaleza jurídica de la *etapa intermedia*.

El juez no solo tiene justificada su intervención, sino también su posición de dueño o señor de la etapa intermedia; esta prerrogativa tiene base constitucional que define nuestro modelo proceso penal, respaldo que repercute en su funcionalidad y que lo diferencia claramente de su actuación en la etapa de investigación preparatoria. El Acuerdo Plenario N° 6-2009/CJ-116 establece que “la etapa intermedia en el NCPP se afilia al sistema legal de la obligatoriedad del control del requerimiento fiscal”, dado que la misma está sujeta al control judicial, su ámbito se desarrolla mediante instalación de audiencias en la cual el Juez se encuentra en una posición prevalente, mientras que los demás sujetos procesales -incluido el Ministerio Público- se someten a su dirección.

“Pero eso no sucede en la investigación preliminar ni preparatoria que por el tiempo que lleva materializarlo, es la etapa procesal de más duración en un proceso penal común” (Salinas Siccha, 2014, p. 31). La investigación está bajo el mandato único del Ministerio Público y no se desarrolla mediante instalación de audiencias, por ello no existe una sujeción del Ministerio Público al Juez de Investigación Preparatoria. Esta

regla se rompe cuando se requiera lesionar derechos fundamentales o se denuncie su lesión injustificada; solo en esos casos se habilita la realización de una audiencia donde el Ministerio Público -aun titular de la acción de la acción penal- se sujeta, como parte procesal, al mandato judicial.

Por tanto, mientras en la etapa intermedia la intervención del juez es obligatoria por regla general, en la investigación preparatoria es excepcional. “Esto es una clara expresión del principio acusatorio, el juez no actúa de oficio (¿Por qué iba hacerlo, si ya no es el responsable de la investigación?), tutela los derechos de las partes siempre que se le convoque para tal fin. Y, lo que es más importante, la necesidad del requerimiento o solicitud previa obliga al juez de garantías a tomar una decisión solo luego de un debate contradictorio. (Del Rio Labarthe, 2010, p. 49)”

3.2 Es un Juez que Controla el Resultado de la Investigación Fiscal

El Código Procesal Penal del 2004 es uno que se adapta al “modelo” acusatorio plasmado en la propia Constitución Política, por ello, con mucho acierto la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia ha emitido pronunciamientos bastante clarificadores, el R.N. N° 1922-2005 Piura del 01 de julio del 2005 estableció en su considerando tercero que “...corresponde al Ministerio Público la persecución del delito, no es posible que este Supremo Tribunal, valorando el fondo del asunto, y en caso de discrepancia, ordene que se formule acusación pues no sólo se vulneraría el principio acusatorio que impide al órgano jurisdiccional asumir funciones acusatorias, reservadas al Ministerio Público, sino que se lesionaría el ámbito propio de las atribuciones de esta institución como órgano autónomo de derecho constitucional reconocido por el artículo ciento cincuenta y ocho del Código Político...”.

Por su parte la Queja N° 1678-2006-Lima de fecha 13 de abril del 2007 en su considerando cuarto señala que conforme al principio acusatorio “...el objeto del proceso lo fija el Ministerio Público, es decir, los hechos que determina la incriminación y ulterior valoración judicial son definidos por el Fiscal, de suerte que el objeto del proceso se concreta en la acusación fiscal...”.

La jurisprudencia previa permite establecer conceptos sólidos, el órgano jurisdiccional (ahora el juez de investigación preparatoria en etapa intermedia) no puede tomar atribuciones acusatorias que corresponden al Ministerio Público, como lo es establecer los hechos de la acusación que constituirán el objeto del proceso en un eventual juzgamiento; al respecto Neyra (2007) enseña que “la necesidad de congruencia entre la acusación y la sentencia constituye un componente importante del principio acusatorio, pues el órgano jurisdiccional no es totalmente libre en el momento de expedir la sentencia, sino que tendrá que limitarse a pronunciarse por los hechos que fueron acusados por el fiscal, no podrá introducir nuevos hechos...” (p. 147).

Por tanto, no es un juez que controla la labor fiscal en el sentido que frente a una investigación deficiente o incompleta pretenda subsanar, complementar y/o enmendar la misma, pues con ello estaría coadyuvando al acopio de información sobre hechos que serán más adelante objeto de acusación.

El Acuerdo Plenario N° 5-2008/CJ-116 de fecha 13 de noviembre del 2009 señala en su considerando décimo séptimo sobre la etapa intermedia que “una de las funciones más importantes que debe cumplir es el control de los *resultados* de la investigación preparatoria, para lo cual ha de examinar el mérito de la acusación fiscal y los recaudos de la causa”, distinguiendo entre realizar un control respecto a los *resultados* de la labor del fiscal como *acto final* de la investigación preparatoria, a realizar un control respecto a su labor misma como posibilidad de incorporar mediante actos de investigación hechos a un eventual proceso penal.

Ese es el sentido de control judicial durante la etapa intermedia, uno destinado a decidir la continuación del proceso a una fase de juzgamiento, o en su defecto, concluirlo por lo evidente de la ausencia delictiva de los hechos, tal cual lo prevé el numeral 4 del artículo 352 del Código Procesal Penal⁹. Los actos de control sobre la labor del

⁹ Artículo 352.- Decisiones adoptadas en la audiencia preliminar

4. El sobreseimiento podrá dictarse de oficio o a pedido del acusado o su defensa cuando concurren los requisitos establecidos en el numeral 2) del artículo 344, siempre que resulten evidentes y no exista razonablemente la posibilidad de incorporar en el juicio oral nuevos elementos de prueba. El auto de sobreseimiento observará lo dispuesto en el artículo 347. La resolución desestimatoria no es impugnabile.

Ministerio Público tienen por finalidad determinar la habilitación del proceso, esto es así debido al momento procesal en que actúa, uno donde la investigación ya concluyó, si algún derecho fundamental se ha resquebrajado en dicha investigación el mismo ya ha causado lesión en contra del afectado, el momento de enmendarlo ha quedado atrás durante la investigación.

Esta aclaración surge debido a que puede fundamentarse con razón que el juez en etapa intermedia también ejerce actos de control sobre la labor del Ministerio Público, y que el mismo se encuentra relacionado con la defensa de los derechos fundamentales, concretamente con la dignidad del acusado al evitarle la “pena del banquillo”, afirmación que tiene una verdad relativa, pero sin embargo, esa función jurisdiccional solo se ejerce con la finalidad de decidir la habilitación del proceso, es un contexto único.

No puede equipararse a los actos de control durante la investigación del delito, pues en este momento -etapa intermedia- los atropellos a los derechos fundamentales del imputado ya causaron lesión irreparable; función distinta al control que pudiera ejercer éste mismo juez durante la etapa de investigación, en la cual si tendría oportunidad de activar mecanismos reparadores de derechos fundamentales. Como se ve, el control sobre la labor del Ministerio Público tiene matices diferentes tanto en la investigación como en la etapa intermedia.

3.3 El Control de Sobreseimiento y su Incoherencia con el Principio Acusatorio

Lo analizado previamente nos lleva a cuestionarnos ¿La decisión del Ministerio Público de no acusar puede someterse a control jurisdiccional? ¿Bajo qué lógica o principio se lleva adelante un control de sobreseimiento dirigido por el juez de investigación preparatoria? ¿Bajo qué lógica o principio el juez de la investigación preparatoria puede ordenar una investigación suplementaria? ¿Bajo qué lógica o principio el Juez de la Investigación Preparatoria puede rechazar un requerimiento de sobreseimiento? Todas estas interrogantes se plantean desde la perspectiva errada de un control de la labor fiscal por parte del juez de investigación preparatoria -en etapa intermedia- que no guarda sintonía con el principio acusatorio constitucional.

Si afirmamos que el Ministerio Público es el titular de la acción penal y por ende nadie más que él puede postularla, entonces también tiene la potestad de decidir no ejercer la acción penal, decisión que no solo se circunscribe a una fase de investigación preliminar mediante una disposición de archivo, sino hasta antes de formarse un proceso en puridad, lo que en el caso penal significa hasta antes del juicio oral habilitado mediante una decisión jurisdiccional recaída en el Auto de Enjuiciamiento previsto en el artículo 353 del Código Procesal Penal.

Consecuentemente la audiencia de control de sobreseimiento conforme se encuentra regulada en el Código Procesal Penal del 2004 no guarda coherencia ni sujeción con el modelo acusatorio previsto en la Constitución Política, no solo porque la titularidad de la acción penal sea potestad exclusiva del Ministerio Público, y con ello la decisión de no ejercitarla también, sino además porque las decisiones que puede optar el juez de investigación preparatoria conforme al artículo 346 de la norma procesal acotada, son antagónicas con el precepto constitucional; estas son en primer lugar declarar infundado el sobreseimiento requerido y con ello elevar los actuados al fiscal superior para que ratifique o rectifique el requerimiento de sobreseimiento, de ocurrir lo primero el caso se cierra de manera inmediata y sin más trámite, de rectificarse ordena a otro fiscal provincial formule requerimiento acusatorio; en segundo lugar, disponer la realización de una investigación suplementaria en un plazo determinado.

Respecto a la primera solución, que la norma procesal licencie al juez de investigación preparatoria desestimar el requerimiento de sobreseimiento y elevar el caso al fiscal superior, trae consigo serias incongruencias al sistema procesal penal; si se sigue el séquito procesal y el fiscal superior coincide con la opinión del juzgado de no sobreseer la causa, ordenará a otro fiscal provincial emitir el requerimiento acusatorio, el cual deberá ser objeto de audiencia de control ante el mismo juez de investigación preparatoria.

Llegado éste punto la defensa del imputado tendría aún “habilitada” la posibilidad de plantear el sobreseimiento de la causa así como ser declarada de oficio por el juez conforme lo prevén los artículos 350 numeral 1 literal d y artículo 352 numeral 4 ambos del Código Procesal Penal, sin embargo, es una posibilidad falsa, pues innegablemente

las mismas serán desestimadas al ir en contra de la opinión prestablecida del juzgado, ya que ha sido ese mismo juez quien ha *promovido* el requerimiento acusatorio, en consecuencia cualquier posibilidad de sobreseimiento, aunque aún pueda solicitarse, queda vacía de contenido por la intromisión indebida del juez en el sentido que debe tener el requerimiento fiscal. Con la misma crítica, pero aludiendo a un problema de imparcialidad, se pronuncia Iberico Castañeda

“...es el mismo juez que, en la etapa intermedia, ante el pedido de sobreseimiento del fiscal, activó el procedimiento (con éxito) del forzamiento de la acusación, y ahora tiene que pronunciarse por el pedido de sobreseimiento planteado por el acusado. Escenarios, todos ellos, donde el Juez de Investigación preparatoria ha tenido contacto con el objeto del proceso, y que por ende, a nuestro criterio, ha perdido imparcialidad.” (Iberico, 2017, pág. 29)

Indefectiblemente se emitirá un auto de enjuiciamiento con lo cual se habilitará la fase de juicio oral; sin embargo, el que haya sido el juez de investigación preparatoria quien finalmente emitió resolución es una formalidad, lo cierto es que materialmente la decisión del juez ha estado supeditada a lo que pueda dictaminar el fiscal superior, específicamente a que se decida a rectificar el sobreseimiento primigenio; con lo cual éste (fiscal superior – Ministerio Público) ha tenido injerencia indirecta en la decisión de pasar a juicio oral.

Se desnaturaliza la *etapa intermedia* pues la misma esta encargada al juez de investigación preparatoria quien toma decisiones de carácter jurisdiccional, cuenta con el deber de independencia según la cual ninguna otra autoridad puede interferir en su actuación; peor aún, se otorga un protagonismo -aunque indirecto si decisivo- al Ministerio Público respecto a la habilitación de la fase de juicio oral pese a ser precisamente la parte acusadora, que como ya se ha indicado párrafos precedentes, tan solo solicita mediante acusación el inicio del proceso penal (juicio oral) pero no tiene poder de habilitar la misma.

Misma suerte sigue el trámite previsto en el artículo 346 numeral 3 del Nuevo Código Procesal Penal, una vez que el fiscal superior ratifica el sobreseimiento el juez de investigación preparatoria *inmediatamente y sin trámite alguno dictará auto de*

sobreseimiento; éste supuesto normativo ilustra con mayor claridad lo insulso que resulta una audiencia de control de sobreseimiento, pues aunque el órgano jurisdiccional sea de opinión que deba acusarse (arrogándose funciones acusatorias) se encuentra supeditado a lo que decida el fiscal superior; si esto es así, entonces la injerencia del juez de investigación preparatoria en la promoción de una acusación será siempre dependiente de lo que decida la parte procesal acusadora, pues frente a ésta última respuesta no tiene posibilidad de rebatirla, incluso el sentido de su resolución ya ha sido dictada por la misma norma normal procesal penal¹⁰ vaciando de contenido la discrecionalidad y principio de motivación de resoluciones judiciales.

El segundo supuesto referido a la investigación suplementaria es inviable de cara al principio acusatorio. Si tenemos en cuenta lo expuesto en la Queja N° 1678-2006-Lima de fecha 13 de abril del 2007 emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República, el objeto del proceso lo determina el Ministerio Público, y claro está que el objeto del proceso son los *hechos imputados*, su relevancia es tal que incluso el órgano jurisdiccional en todas sus instancias se encuentran vinculado a los mismos; no sucede ello por ejemplo con la *calificación jurídica* propuesta, pues es posible que en juicio oral opere una desvinculación procesal, incluso en segunda instancia se habilita a la sala penal a cambiar en *título de imputación*, pero tales preeminencias no ocurren con los hechos imputados, y como se repite, éstos son de cargo exclusivo del Ministerio Público.

Admitir una investigación suplementaria por mandato judicial significa que del resultado de la misma pueda obtenerse hechos que más adelante se lleven a juicio oral mediante una acusación, con lo cual habría sido el órgano jurisdiccional (mediante el juez de investigación preparatoria en etapa intermedia) quien habría introducido el objeto del proceso (hechos imputados) y no el Ministerio Público; es decir, se habría regresado al señorío de un juez instructor.

¹⁰ Código Procesal Penal, artículo 346 numeral 3: “Si el Fiscal Superior ratifica el requerimiento de sobreseimiento, el Juez de la Investigación Preparatoria inmediatamente y sin trámite alguno dictará auto de sobreseimiento”.

Llegados a este punto debemos tener muy en claro el horizonte normativo constitucional infringido, pues podría refutarse, que “ésta figura de control de requerimiento de sobreseimiento no afecta la imparcialidad del órgano jurisdiccional, dado que no será el juez de investigación preparatoria quién emita juicio de fundabilidad” (Mendoza Ayma, 2012, p. 196), mas dicho argumento de refutación sólo significa desviar el debate, la objeción a una investigación suplementaria judicial se halla en el artículo 159 numeral 4 de la Constitución Política al establecer que *corresponde al Ministerio Público conducir desde su inicio la investigación del delito*, es decir, va en contra del principio acusatorio adoptado como modelo procesal penal por la propia constitución política.

Así las cosas, discrepamos -con reserva- de San Martín (2015) cuando sustenta que la función secundaria o accesoria de la etapa intermedia “es una función contingente, de integración y revisión del material investigativo. Las bases para decidir son las actuaciones de la investigación preparatoria. Si estas resultan insuficientes o defectuosas para resolver, el juez de la investigación preparatoria puede ordenar una investigación suplementaria” (p. 369); dado que colisiona con el principio acusatorio al pretender que sea el juez de investigación preparatoria en etapa intermedia quien ordene actos de investigación que podrían convertirse en sustento fáctico de una acusación posterior.

En conclusión, la audiencia de control de sobreseimiento en la *etapa intermedia* no guarda coherencia con el principio acusatorio adoptado como parte de nuestro modelo procesal penal por la Constitución Política, pretender que el juez de investigación preparatoria controle la labor fiscal implica una intromisión en sus funciones como conductor de la investigación del delito y titular de la acción penal.

Si el caso es ejercer un control respecto al requerimiento de sobreseimiento del fiscal provincial, se mantendría el principio acusatorio si dicha decisión fuese una *disposición de sobreseimiento*, la misma que frente a la inconformidad de la parte agraviada pueda ser objeto de un recurso impugnatorio, elevándose el mismo al fiscal superior, quien podría: a) confirmar el sobreseimiento, b) ordenar a otro fiscal provincial emita requerimiento acusatorio; u, c) ordenar una investigación suplementaria. Con ello la investigación del delito y la titularidad de la acción penal se mantendría dentro de la

unidad institucional del Ministerio Público, manteniendo coherencia constitucional con el principio acusatorio.

3.4 Juez y Verdad: Valoración de Actos de Investigación

Únicamente en juicio oral es posible romper la presunción de inocencia y dictar una sentencia condenatoria, a dicha decisión se llega mediante valoración de la prueba, solo por medio de ella tendremos una aproximación mayor a la verdad, al respecto Parra (2007) refiere que “no hay peor injusticia que construir la sentencia sobre una no verdad. Debemos cuidarnos de hacer estos planteamientos, porque justificamos la arbitrariedad” (p. 167). Si acaso va a dictarse una sanción punitiva al imputado el mismo no puede realizarse sobre la base de *actos de investigación*, si la verdad es que el imputado es culpable, dicha conclusión debe construirse siempre sobre la prueba.

La diferencia más sustancial entre un acto de investigación y un acto de prueba es el *principio de contradicción*, Miranda Estrampes (1997) ratifica que “los actos de prueba deben realizarse siempre bajo la vigencia del principio de contradicción” (p. 101), además este permite la materialización de otro requisito de validez como lo es la *inmediación*; valla jurídica que sólo es alcanzada a plenitud en un juicio oral, pues en esta fase los actos de investigación son sometidos al control de actuación del juez de juzgamiento permitiendo la refutación de la defensa, convirtiéndose así los actos de investigación en prueba para su posterior valoración; por ello es que “en los actos de prueba se requiere, siempre, el principio de contradicción y su actuación en el juicio oral y las garantías que le son inherentes” (San Martín, 2015, p. 511).

El sobreseimiento resuelto en *etapa intermedia* por el juez de investigación preparatoria no se realiza sobre valoración de prueba porque hasta esa etapa solo se cuentan con actos de investigación acopiados por el Ministerio Público, los mismos que conforme al numeral 3 del artículo IV del Título Preliminar del Código Procesal Penal no tienen carácter jurisdiccional, en ese mismo sentido se ha desarrollado en el artículo 325 de la misma norma procesal penal al establecer que las actuaciones de la

investigación sólo sirven para emitir las resoluciones propias de la investigación y de la etapa intermedia, dejando para la emisión de la sentencia los actos de prueba, “el proceso es un ámbito en el cual, en el mejor de los casos, se obtienen verdades relativas, contextuales, aproximadas, aunque derivadas racionalmente de las pruebas que están a disposición en cada caso particular” (Taruffo, 2008, p. 28).

Si la *verdad* nos lleva a determinar la condena del imputado, entonces dicha conclusión es exclusiva del juez de juzgamiento, decisión que solamente puede obtenerse en juicio oral mediante la prueba; es cierto que acabado del juicio oral también pueda determinarse como verdad la absolución, sin embargo, este último resultado también puede alcanzarse sin necesidad de llegar a juicio oral, es el caso del auto de sobreseimiento que dicta el juez de investigación preparatoria en etapa intermedia.

Mediante éste auto el juez alcanza una aproximación a la verdad, los dos primeros supuestos de los literales “a” y “b” del numeral 2 del artículo 344 del Código Procesal Penal compatibilizan con las materias sobre las cuales puede obtenerse convicción plena en juicio oral, mientras que los literales “c” y “d” de la misma norma procesal penal determinan una imposibilidad jurídica y material de aproximarnos a la verdad como para resolver el caso, dejando impoluta a la *presunción de inocencia*, -cuyo efecto y garantía procesal es que un “juez sólo puede condenar a una persona luego de un proceso judicial” (Higa, 2013, p. 116)-, de uno u otro modo existe una imposibilidad de condena, y por lo mismo, imposibilidad de pasar a juicio oral.

Por ello, discrepamos de lo resuelto por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República en la Casación 181-2011 Tumbes de fecha 06 de septiembre del 2012, que en su considerando séptimo refiere: “*Que, entendemos por sobreseimiento aquella figura jurídica mediante la cual el órgano jurisdiccional que conoce un proceso da por concluida su tramitación sin emitir una decisión final sobre el fondo del problema, no se pronuncia respecto a si el imputado es responsable o no de las imputaciones que pesan en su contra al haber concurrido las causales contenidas en la norma procesal penal -numeral dos del artículo trescientos cuarenta y cuatro del Código Procesal Penal-, estando facultado el Juez de la causa a aplicarla cuando concurre cualquiera de las causales enumeradas en el considerando anterior*”. Es un

criterio no compartido en tanto que el *sobreseimiento* si es capaz de decidir sobre el fondo del problema y por lo mismo llegar a una aproximación a la verdad.

La búsqueda de la verdad no se limita al juicio oral, como bien sustenta Zamora-Acevedo (2014) “si el derecho penal no tuviera como norte la búsqueda de la verdad, ¿qué función tendría?” (p. 149). El binomio Juez y Verdad no se refiere únicamente a un juez de juzgamiento, sino que puede ser determinado también por el juez de investigación preparatoria con el auto de sobreseimiento, tal es su peso jurídico que alcanza a la de una sentencia pues ambas gozan del estatus de *cosa juzgada* conforme al artículo 139 numeral 13 de la Constitución Política, no ocurre ello respecto de la disposición de archivamiento, por ejemplo.

Tomar una decisión de esta naturaleza significa indudablemente *motivar* y por tanto, es ineludible realizar una valoración de los actos de investigación, valoración que no puede admitir contradicción o duda, pues ello nos lleva a un escenario de actuación probatoria. Si en el juez en etapa intermedia, con el solo análisis de los elementos de convicción, determina que la verdad del proceso conlleva al sobreseimiento de la causa, entonces ¿Qué necesidad tiene de continuar el proceso a una instancia judicial? Sería un sinsentido pretender corroborar en juicio oral algo que ya se corrobora de manera “evidente.

Por tanto, podemos afirmar que la jurisdiccionalidad del juez en la etapa intermedia consiste en la facultad de aceptar o denegar la habilitación del proceso conforme al 139 numeral 10 de la Constitución Política, esto es el principio de no ser penado sin proceso judicial. Esta facultad se superpone al principio de acusación, en la medida que aún cuando el Ministerio Público sea el titular de la acción penal, su marco de actuación se limita a un “*ius ut procedatur*”, derecho de petición que no vincula la necesaria apertura del juicio oral, decisión jurisdiccional que puede tomarse incluso en contra de la voluntad del ente acusador.

Aún más, ir en contra de la voluntad del acusador significa para el órgano jurisdiccional la posibilidad de resolver el fondo de la controversia mediante un sobreseimiento, lo que en muchas ocasiones significa llegar a la verdad sin necesidad de acudir a juicio oral.

Por tanto, el juez tiene una marcada jurisdiccional que lo lleva a ser dueño de la etapa intermedia decidiendo si prospera o no la habilitación del juicio oral, para tal efecto puede resolver la controversia fondo mediante un sobreseimiento, es decir, puede llegar a la verdad; son características que éste mismo juez momentos antes -durante la etapa de investigación- no tiene, y que por el contrario su intervención se encuentra supeditada a las actuaciones del Ministerio Público.

Si la fuente de legitimación jurisdiccional del juez en etapa intermedia no respalda su actuación durante la etapa de investigación, entonces ¿Cuál es la fuente de legitimación por la cual interviene en la etapa de investigación? No va decidir la habilitación del juicio oral, no dirige la investigación y por ende no busca la verdad, no actúa de oficio. Esta interrogante solo puede ser respondida desde la constitucionalización de los derechos fundamentales.

Capítulo II.- Los Derechos Fundamentales como Fuente de Legitimidad Jurisdiccional

1. Del Imperio de la Ley al Imperio de la Constitución

Analizar el proceso de constitucionalización del proceso penal durante la investigación preparatoria no puede hacerse desde una esquina aislada, dado que esta transformación no es exclusiva ni excluyente de una rama del derecho penal, mucho menos de una etapa procesal; es el corolario histórico de una serie de factores que recayó sobre todo el “orden jurídico”, pasando del *Imperio de la Ley* al *Imperio de la Constitución*.

Guastini (2006, como se citó en Aguiló, 2007) respalda diversos factores que forjaron la constitucionalización del derecho, así tenemos: i) nuestro sistema jurídico dota a la Constitución de una “rigidez” que incorpora derechos fundamentales, haciendo su modificación casi imposible, lo cual contrasta con la “flexibilización” propia de la legislación; esta cualidad ha ayudado a la constitucionalidad del llamado orden jurídico; ii) La rigidez antes mencionada descansa sobre la jerarquización absoluta de la Constitución sobre la Ley, entendiendo que las normas constitucionales solo puede modificarse o derogarse por otra norma constitucional, mas nunca por una ley; iii) El contenido de normas constitucionales adquieren fuerza vinculante garantizando su aplicación inmediata, quedando de lado las “normas programáticas” o de “idiosincrasia” que no son susceptibles de ser cumplidas; iv) Se tiende a la interpretación extensiva en base a la Constitución, alejándose así de la interpretación literal de la ley; v) Se restringe el sentido interpretativo de la ley a aquella acorde a la constitución, por tanto, cualquier otra interpretación queda descartada.

Este cambio constitucional resulta ser inminente, y por lo mismo trae consecuencias concretas al momento de resolver conflictos jurídicos; se va entendiendo que el Estado de Derecho pasa de ser del “*gobierno de la ley*” al “*gobierno de la constitución*”; en el mundo

académico ha existido cierta resistencia a esta transformación, siendo su principal crítica la incoherencia que podría generarse entre normas constitucionales de rango similar, pues no cabría establecer prioridades cuando exista contraposición entre dos de éstas. Aguiló (2007) afirma lo siguiente:

“Prescindiendo de muchos detalles, a los primeros, es decir, a los que afirman la continuidad del paradigma, se les puede llamar positivistas o partidarios del paradigma construido en torno a la concepción del Estado de Derecho como «imperio de la ley»; y a los segundos, a los que afirman la necesidad de la revisión de dicho paradigma, postpositivistas, neoconstitucionalistas o partidarios de un paradigma construido en torno a la concepción del Estado de Derecho como Estado constitucional”. (p. 688)

Subyacen a la *constitucionalización del derecho* dos corrientes que le otorgan respaldo filosófico, la primera de estas el *Constitucionalismo Garantista* cuyo autor y defensor es Ferrajoli (1995), y por otro lado el denominado *Constitucionalismo Principialista o Argumentativo* entre cuyos exponentes se encuentran Ronald Dworkin, Robert Alexy, Juan Ruiz Manero, Manuel Atienza, entre otros. Existe una base común entre ambas corrientes, que es el reconocimiento de la crisis del *Imperio de la Ley* y de la necesidad de constitucionalizar los derechos fundamentales, esto debido -entre otras razones- a la “ausencia o en la ineficacia de los controles, y, por tanto, en la variada y llamativa fenomenología de la ilegalidad del poder” (Ferrajoli, 2004, p. 15).

El *constitucionalismo garantista* considera que el positivismo jurídico clásico tiene un desfase en su concepción de validez de normas, dado que es un error reconocer “como derecho a todo conjunto de normas puestas o producidas por quien está habilitado para producirlas, con independencia de cuáles fueren sus contenidos y, por tanto, de su eventual injusticia” (Ferrajoli, 2011, p.16); este punto resulta ser coincidente con el *Constitucionalismo Principialista*; sin embargo, la discordia aparece al momento de resolver conflictos entre “principios regulativos” bajo la concepción del *Constitucionalismo Garantista*, y/o “principios en sentido estricto” bajo la concepción del *Constitucionalismo Principialista*.

Al respecto ha surgido un debate de enorme densidad filosófica, basta ver las publicaciones realizadas en la revista “*Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* N° 34”

para tener un alcance de lo mucho que se ha discutido, tal es así que los mismos actores del debate han terminado aceptando que gran parte de las discordancias se debe a interpretaciones erradas, Atienza (2011) afirma que “quienes tienen alguna experiencia en participar en disputas doctrinales saben muy bien que una parte –que no suele ser irrelevante– del esfuerzo argumentativo hay que dedicarla a tratar de deshacer las interpretaciones erróneas que el otro ha hecho de la postura de uno” (p. 74).

Al traslucirse dicho problema de incomunicación es que se ha realizado un diálogo académico entre Luigi Ferrajoli como padre del *Constitucionalismo Garantista* y Juan Ruiz Manero como defensor del *Constitucionalismo Principialista*. Ruiz Manero (2011) defiende como componente del *Constitucionalismo Principialista* los “principios en sentido estricto”, que pueden definirse como normas constitucionales con dos rasgos importantes, en primer lugar una *tesis descriptiva* cuya acción de orden aparece en las constituciones con enorme carga valorativa tales como la Libertad, la Igualdad, Libertad de Expresión, Intimidad, entre otros, pero sin una descripción de sus propiedades, ésta *tesis descriptiva* no otorga un orden de prevalencia entre tales normas regulativas en la constitución, como es el caso de la Libertad de Expresión en conflicto con la Intimidad.

Luego está la *tesis normativa*, por la cual las normas regulativas que integran la Constitución deben estar centrados por *principios* así entendidos, a efectos de asegurar un proceso deliberativo al momento de aplicar las mismas y/o resolver problemas de conflicto entre dos principios. A modo de conclusión Ruiz Manero (2011) nos dice lo siguiente: “...una Constitución integrada centralmente por principios atiende equilibradamente a dos exigencias, ciertamente en tensión, a las que debe responder el texto constitucional: en primer lugar, sitúa fuera del ámbito de decisiones de política ordinaria, del juego de mayorías y minorías, aquellos valores compartidos que conforman el consenso básico de la comunidad política y cuyo respeto opera como límite a los cursos de acción que los poderes públicos pueden legítimamente emprender; en segundo lugar, una Constitución así diseñada mantiene abierto el proceso deliberativo —no cierra la deliberación, sino que opera, por así decirlo, como cauce de la misma— y de esta forma evita en gran medida la «tiranía de los muertos sobre los vivos» que se ha reprochado frecuentemente al constitucionalismo rígido.”(p. 365)

En contraposición tenemos el *Constitucionalismo Garantista* que se designa a sí mismo como un “reforzamiento del Positivismo Jurídico”, su creador Ferrajoli sostiene que la legitimidad de las normas constitucionales se basan en dos criterios, el primer criterio de *vigencia* que comprende su faz formal, referida a la conformidad y correspondencia de las normas con su creación; y, de manera complementaria e incluso más importante (lo cual lo distingue del clásico positivismo jurídico) el criterio de *validez* que comprende su faz material, según la cual la producción de normas debe tener, además de correspondencia con su forma de creación, una coherencia y compatibilidad con normas de carácter sustancial o constitucional.

Precisamente la *constitucionalización* rígida de los Derechos Fundamentales representa esa dimensión sustancial, es decir aquellos principios éticos-políticos como la Libertad, Igualdad, Libertad de Expresión, Intimidad, y otros, han sido positivizados en *constituciones rígidas*, convirtiéndose ahora en reglas o normas sustanciales de *validez* (o principios regulativos) para la creación y aplicación de las demás normas.

Ferrajoli ha marcado diferencia con el *Constitucionalismo Principialista* al no compatibilizar con algunas de sus características, estas son: “a) la conexión entre derecho y moral; b) la contraposición entre principios y reglas, y la centralidad asignada a su distinción cualitativa; c) el rol de la ponderación, en oposición a la subsunción, en la práctica jurisdiccional” (Ferrajoli, 2011, p. 28). Sin embargo, estas diferencias se han reducido básicamente a la comprensión y aplicación de normas que la teoría del *Constitucionalismo Principialista* llama “principios en sentido estricto” mientras que el *Constitucionalismo Garantista* llama “principios regulativos”.

El *Constitucionalismo Principialista* enfatiza sobre los “principios en sentido estricto” su carácter *descriptivo* (principios sin descripción de sus propiedades y sin prevalencias) y carácter *normativo* (la regulación de la constitución se basa en principios en términos fuertemente valorativos), esta forma de entender las normas constitucionales tiene lógica si concebimos que -refiere Ruiz Manero (2011)- “por su vocación de duración larga, por la dificultad de su modificación, por la necesidad de generar en su entorno los más amplios consensos, no deben concebirse como destinadas a excluir de la deliberación, sino más bien –como ha escrito, por ejemplo, Josep Aguiló- el terreno compartido a partir del cual puede

construirse una práctica jurídica-política centralmente discursiva o deliberativa” (Ferrajoli & Ruiz Manero, 2011, p. 366).

Por su parte el *Constitucionalismo Garantista* niega la deliberación de lo que llama “principios regulativos”, indicando que éstas por tratarse siempre de las mismas no son deliberativas y por lo mismo actúan como reglas; siendo en realidad, que lo que se delibera o pondera son los hechos singulares de cada caso en concreto, las cuales al ser sometidas a un proceso judicial resultan ser siempre diferentes pese a que sean subsumibles en las mismas normas.

Aún más, Ferrajoli (2011) sentencia que la vaguedad e indeterminación que representan el carácter descriptivo de los *principios en sentido estricto* y que llevan a su deliberación “no deben ser de ningún modo alentadas sino, por el contrario, censuradas y reducidas con el uso de un lenguaje lo más taxativo posible, como garantía de la máxima efectividad de los vínculos constitucionales impuestos a la legislación y a la jurisdicción, sobre la que se funda la legitimación política tanto de una como de la otra” (Ferrajoli & Ruiz Manero, 2011, p. 367).

Agrega Ferrajoli que si lo que se busca el *Constitucionalismo Principialista* con el carácter vago e indeterminado de los principios es oponer resistencia a la sustracción de valores compartidos en una sociedad a las decisiones de las mayorías o minorías en juegos de poder, pues precisamente dicha defensa de valores se encuentra con mayor razón asegurada con una connotación rígida de las normas regulativas de la constitución, es decir, con un *Constitucionalismo Garantista*.

Los conceptos desarrollados por el *Constitucionalismo Garantista* tienen plena vigencia, el esquema sobre derechos fundamentales y garantías tiene una aplicación sistémica en nuestro sistema procesal penal que va desde la Constitución Política de 1993 hasta el Código Procesal Penal del 2004, pero sobre todo dotan de justificación a la existencia del juez de la investigación preparatoria durante la investigación penal.

Adoptar el esquema “*derechos y garantías*” del *Constitucionalismo Garantista* constituye dar una respuesta a la naturaleza jurídica del juez de la investigación preparatoria en nuestro Código Procesal Penal, mas no significa adoptar la posición *Post Positivista* que defiende

Ferrajoli sobre el sentido del Derecho, más aún en el tratamiento de lo que llama “principios regulativos”.

Lo anterior por tres motivos, la primera es una noción propia del Derecho y de su necesaria conexión con la Moral -posición contraria a la asumida por Ferrajoli-, en el sentido que todo Estado Democrático tiene un orden jurídico, y sin embargo, no existe lugar en el planeta donde no existan desigualdades, violaciones y atentados contra derechos fundamentales, ya sea individuales o de determinados grupos marginados, paradójicamente estas desigualdades se encuentran reguladas jurídicamente, haciendo de un acto ilegal uno legal; precisamente es una aspiración que, mediante el Derecho, pueda lograrse superar esas desigualdades; en ese sentido se suscriben las palabras de Atienza (2013): “Lo que da sentido al Derecho –y a ocuparse profesionalmente del Derecho- no puede ser otra cosa que la aspiración a la justicia o, para decirlo en términos más modestos y más realistas: la lucha contra la injusticia”(p. 325).

Lo segundo es el contexto social ligado al Derecho, el mismo converge con variantes propias de una sociedad, el Derecho ordena y sirve para ésta; entonces es importante la carga valorativa de normas de rango superior –normas constitucionales- para su deliberación; para superar un Estado Legislativo no basta un análisis de subsunción, si lo que se busca es la prevalencia no solo de los derechos fundamentales sino que además al existir conflicto entre éstas es necesario un nivel de argumentación suficientemente fuerte para declinar por uno. “El Estado constitucional supone así un incremento en cuanto a la tarea justificativa de los órganos públicos y, por tanto, una mayor demanda de argumentación jurídica” (Atienza, 2012, p. 17).

La tercera razón es que nuestro sistema normativo peruano se encuentra ligado a la ponderación de los principios, o mejor dicho al *principio de proporcionalidad*, ha sido establecido así por el Tribunal Constitucional en el Exp. N° 010-2002-AI/TC fj. 195¹¹; y,

¹¹ 195. El principio de proporcionalidad es un principio general del derecho expresamente positivizado, cuya satisfacción ha de analizarse en cualquier ámbito del derecho. En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico, éste se halla constitucionalizado en el último párrafo del artículo 200 de la Constitución. En su condición de principio, su ámbito de proyección no se circunscribe sólo al análisis del acto restrictivo de un derecho bajo un estado de excepción, pues como lo dispone dicha disposición constitucional, ella sirve para analizar cualquier

posteriormente como herramienta de resolución de conflictos mediante el *test de proporcionalidad* en diversas sentencias como la del Exp. N° 045-2004-PI/TC al momento de resolver precisamente conflictos entre dos principios constitucionales.

También la Corte Suprema de la República del Perú se ha decantado por la ponderación, véase por ejemplo el tratamiento dado a la Prisión Preventiva primero en la Casación N° 626-2013 Moquegua, y posteriormente en la Sentencia Plenaria Casatoria 1-2017/CIJ-433, en la cuales se exige al órgano jurisdiccional un análisis respecto a la *proporcionalidad*. Entendiendo así que “el Principio de Proporcionalidad, con sus tres subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, se sigue lógicamente de la definición de los principios, y esta definición se sigue de aquel” (Alexy, 2015, p. 459).

Es necesario hacer una mención importante, si bien el suscrito se ha inclinado por la *fórmula deliberativa de principios* no implica excluir los diversos conceptos del *Constitucionalismo Garantista* en la medida que son coherentes para garantizar los derechos fundamentales, pues ni siquiera entre los representantes de éstas corrientes ha existido exclusión de uno hacia otro, a tal punto que el mismo Ferrajoli (2011) sostiene que “el desacuerdo no debería de impedir a cada uno de nosotros reflexionar sobre los aspectos y los efectos negativos de las propias opciones y sobre los aspectos y efectos positivos de las opciones del otro” (p. 368); ergo, mucho menos se hará ello en el análisis del presente trabajo respecto de la naturaleza jurídica de la potestad de control jurisdiccional durante la investigación preparatoria, cuyo fundamento se desarrollará en base al sistema de derechos fundamentales y garantías del constitucionalismo garantista.

2. Los Derechos Fundamentales como sustento de la Jurisdiccionalidad en la Investigación

Es cierto que el principio de jurisdiccionalidad “consagra la exclusividad del Poder Judicial para condenar e imponer sanciones a los autores o partícipes de un delito” (Prado Saldarriaga, 1990, p. 275), dicha acepción se circunscribe a la emisión de una sentencia propia de la fase de juzgamiento; empero, dicho principio no es restrictivo, también

acto restrictivo de un atributo subjetivo de la persona, independientemente de que aquel se haya declarado o no. Y las penas, desde luego, constituyen actos que limitan y restringen esos derechos de la persona.

comprende la potestad de intromisión del órgano jurisdiccional para permitir la restricción de derechos fundamentales, por ende, puede ser comprendido en los siguientes términos:

“El principio de jurisdiccionalidad -que informa a las medidas coercitivas- exige que cuando se trata de una profunda intromisión en los derechos fundamentales de una persona el juez tiene la competencia exclusiva para autorizar esas restricciones; y, sólo excepcionalmente, en casos de urgencia [peligro en la demora], el Ministerio Público y la Policía, si así lo permite la Constitución y lo autoriza la ley, puede llevarlas a cabo, con la posterior e inmediata intervención judicial para decidir sobre su legalidad” (Schlüchter, 1999, p. 66).

En un imperativo del derecho internacional que toda lesión a un derecho fundamental debe pasar necesariamente por una intervención judicial, así se tiene del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en sus artículos 2 numeral 3 literales a y b¹², la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) en su artículo 25¹³; los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas confirma dicho criterio al establecer el Control Judicial dentro de sus principios de actuación. Como no podría ser de otra manera las normas relativas a los derechos y libertades de nuestro derecho interno se interpretan de acuerdo a los Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú, por tanto, tienen fuerza vinculante.

¹² 3. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que:

- a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales;
- b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial;

¹³ Artículo 25. Protección Judicial

- 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

La jurisdicción penal en el Perú ha experimentado un cambio de paradigma, se ha dejado atrás el Código de Procedimientos Penales de 1941 promulgado durante la Constitución Política de 1933 -que no se adecuó a la introducción de los Derechos Humanos de la Constitución Política de 1979-, “fue a partir de entonces que el sistema procesal mixto, además de sufrir un notorio desfase, devino en un modelo procesal no compatible con el contenido garantista de las normas constitucionales, por lo que resultó también inconstitucional” (Ore, 1994, p. 118); mucho menos se adecuó a la propuesta de la Constitución Política de 1993 que en el artículo 156 numeral 4 otorga al Ministerio Público la facultad de *conducir* la investigación del delito, y por ende, deja en manos del poder judicial una función netamente jurisdiccional.

Se suponía que para los años 90’s se daría una reforma del sistema penal en conjunto, de allí que el Código Penal se haya publicado mediante D. Leg. N° 635 el 08 de abril del 1991, el Código de Ejecución Penal con D. Leg. N° 654 el 02 de agosto de 1991, junto a estos debió de publicarse el Código Procesal Penal de 1991; sin embargo, el mismo fue postergado para su “adaptación” a la Constitución de 1993, paradójicamente mientras se trabajaba en dicha adaptación el sistema procesal ha seguido rigiéndose bajo el Código de Procedimientos Penales de 1941 ya desfasado, “el diseño institucional que estaba detrás del código de procedimientos penales de 1940 no existía cuando se promulgó el código de 1940” (Azabache, 2004, p. 245).

Roxin (2000) expresa: “el Derecho procesal es el sismógrafo de la Constitución del Estado” (p. 10), y dado que nuestro sistema procesal penal no cumplía con los estándares de respeto a los derechos fundamentales previstos en la propia constitución, es que se toma – por fin- la decisión de optar por un nuevo sistema procesal que se adecue a las garantías constitucionales de la Constitución Política de 1993 y tratados internacionales sobre la materia.

Éste es el Código Procesal Penal del 2004, en su exposición de motivos justifica su implementación como un intento por adecuar la legislación a los estándares mínimos que establecen los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, y naturalmente los pronunciamientos sobre la materia que emiten las cortes internacionales; entrando en concordancia con lo dicho por la Corte IDH: “todos los órganos que ejerzan funciones

materialmente jurisdiccionales tienen el deber de adoptar decisiones justas basadas en el respeto pleno a las garantías judiciales del debido proceso estipuladas en el artículo 8 de la Convención” (Corte IDH, caso López Álvarez vs. Honduras, 1/2/2006).

Por tanto, la jurisdiccionalidad se legitima cuando tiene por objeto la defensa de los derechos fundamentales. No existe otro fundamento que habilite intromisión del juez en la investigación del delito, nótese que estamos refiriéndonos a una etapa de investigación completa, es decir, incluso antes de la judicialización de la misma mediante disposición de formalización. Es por ello que el cambio de paradigma a un Estado Constitucional de Derecho no solo significa la constitucionalización de los derechos fundamentales, sino también que los mismos deben ser ejercitados, o, mejor dicho, deben ser defendidos mediante aplicación de garantías concretas; este encargo pesa sobre el juez, la legitimidad de su jurisdiccionalidad se basa en la defensa de derechos fundamentales en la investigación. Podría parecer bastante retórico y afirmarse que todo juez cumple esa función; sin embargo, estamos refiriéndonos a una etapa procesal en la que por mandato constitucional se encuentra bajo la dirección de un ente no jurisdiccional: el Ministerio Público.

3. Sistema de Derechos y Garantías como soporte de Funcionalidad Judicial

Con acierto Landa (2017) refiere que “Los derechos fundamentales son los derechos básicos de las personas que se basan en su dignidad y que, a su vez, se constituyen como fundamento del Estado y de la sociedad en su conjunto” (p. 11), en ese sentido nuestra Constitución Política de 1993 establece un catálogo muy nutrido que incluye derechos fundamentales que van desde la defensa de la vida, dignidad, libertad personal, libertad de pensamiento, intimidad, participación política, derechos económicos, derechos sociales, entre otros; al otorgar a sus ciudadanos tales derechos, el Estado también se ha impuesto así mismo el deber de garantizar su plena vigencia conforme al artículo 44 de la Constitución Política.

Dicho deber de garante de los derechos fundamentales solo puede llevarse adelante si existe un desarrollo legislativo con normas de actuación que permitan maximizar la efectividad de los derechos fundamentales, caso contrario “una Constitución puede ser avanzadísima por los principios y los derechos que sanciona y, sin embargo, no pasar de ser

un pedazo de papel si carece de técnicas coercitivas -es decir, de garantías- que permitan el control y la neutralización del poder y del derecho ilegítimo” (Ferrajoli, 1995, p. 704-705).

Estas garantías de los derechos fundamentales han sido sistematizadas por el *Constitucionalismo Garantista*, cuya finalidad -entre otras- “es la redefinición del paradigma teórico y normativo de las democracias constitucionales contemporáneas, hoy en crisis, así como la identificación de las diferentes clases de garantías idóneas para asegurar su máximo grado de efectividad frente a los distintos tipos de poder y para la tutela de los diversos tipos de derechos” (Ferrajoli, 2011, p. vii). Los derechos fundamentales pueden clasificarse en función a las expectativas subjetivas de sus titulares, así tenemos derechos fundamentales con expectativas positivas, y derechos fundamentales con expectativas negativas.

Los derechos con expectativas positivas también son llamados sociales, dado que sus titulares -la sociedad- tienen derecho de recibir por parte del Estado prestaciones en salud, educación, seguridad social, entre otros; en nuestro orden jurídico interno se encuentran en el Capítulo II del Título I de la Constitución Política de 1993; en este tipo de derechos fundamentales las garantías constituyen técnicas normativas que pretenden erradicar omisiones de desarrollo legislativo o decisiones que no satisfacen la tutela de derechos sociales, lo que se busca es enmendar algún vacío que vuelve ineficaz los derechos fundamentales. Sin embargo, dada la naturaleza de la presente tesis no será objeto de un mayor análisis.

Por otro lado, están las expectativas negativas, o también derechos individuales o, derechos liberales, estos “garantizan una seguridad por así decir *negativa*, esto es, *contra* violencias, represiones o impedimentos por parte de otros sujetos, sean públicos o privados” (Ferrajoli, 2011, p. 852); corresponden expectativas negativas de no lesión o deberes de no hacer, en ese sentido si la policía tiene la prohibición de privar la libertad arbitrariamente a una persona, entonces éste tiene el derecho a la inmunidad de su libertad por causas arbitrarias. Precisamente, de entre los derechos fundamentales negativos, será el de la Libertad Personal el que se toma como referencia, dado que la pena privativa de libertad es la principal pena a imponer dentro de nuestro sistema procesal penal.

El derecho fundamental de la libertad personal constituiría letra muerta si no se tienen garantías de su efectividad, estas garantías a su vez pueden dividirse en garantías de primer

grado (primarias) y garantías de segundo grado (secundarias); así, concebimos a las garantías primarias como estipulaciones normativas que contienen deberes de no lesión o prohibiciones, es decir mandatos jurídicos que ordenan no lesionar la Libertad Personal; mientras que las garantías de segundo grado o secundarias son obligaciones de anulación de un acto inválido, su participación es residual, pues se aplican en tanto y en cuanto existe una violación de las garantías primarias.

Es necesario aclarar que las garantías secundarias tienen dos modos de actuación en función a la violación de la prohibición, como se mencionó tienden a anular un acto inválido; y también, determinar responsabilidad por un acto ilícito, esto último se encuentra referido a los demás derechos fundamentales negativos además de la libertad personal, así por ejemplo el derecho a la vida o el derecho a la propiedad, si estos se lesionan entonces su efectividad ha sido afectada y por ende debe sancionarse dicho acto ilícito, y si bien el mismo no es capaz de reparar el daño causado para el caso en concreto, si contiene un efecto disuasivo para reforzar el grado de efectividad de las garantías primarias, y por ende el de los derechos fundamentales. Ferrajoli explica:

“En el modelo teórico del derecho penal, por ejemplo, mientras que las normas penales sustantivas constituyen las garantías primarias de los derechos subjetivos que tienen por objeto los bienes jurídicos tutelados (la vida, la integridad personal, la propiedad privada, los bienes públicos o colectivos), las normas penales procesales constituyen sus garantías secundarias. Y mientras que las primeras son garantías de las partes ofendidas contra los delitos, las segundas son además garantías de los imputados contra los castigos excesivos o arbitrarios”. (Ferrajoli, 2011, p. 638)

Teniendo en consideración la óptica de protección de derechos fundamentales (libertad personal) del imputado, corresponde ubicarse dentro de las garantías secundarias con efecto reparador, es decir las que buscan la anulación de los actos inválidos para evitar castigos excesivos o arbitrarios en contra del imputado.

En este punto adquiere relevancia central la actuación del Juez, pues precisamente es la única autoridad capaz de ordenar la anulación de los actos inválidos, por dicho motivo las garantías secundarias también reciben el nombre de *garantías jurisdiccionales o procesales*.

El Poder Judicial tiene una función exclusiva de actuación de las garantías secundarias, es por ello que el Juez actúa en su deber de garante de los derechos fundamentales, será él quien finalmente deba valorar los actos que se presentan como atentatorios a los derechos fundamentales, y dado que los mismos tienen raigambre constitucional deberá realizar un juicio de validez y coherencia para con la Constitución, en ese sentido no solo verifica la existencia formal de la ley, sino que además se encuentren en sintonía con los mandatos constitucionales. Ferrajoli (2004), respecto al sustento de la legitimidad de los jueces, afirma que “su fundamento es únicamente la intangibilidad de los derechos fundamentales” (p. 27).

Por tanto, la defensa de los derechos fundamentales se fortalece con su inserción en la Constitución Política, pero llegan a consolidarse si al mismo tiempo se establecen garantías para su cumplimiento, de tal forma que derechos fundamentales y garantías constituyen una simbiosis necesaria, pues las expectativas negativas de las personas solo podrán alcanzarse si cuentan con un desarrollo normativo que las garantice, ello mediante técnicas normativas que por un lado establezcan prohibiciones o mandatos de no lesión, y de manera residual técnicas normativas que permitan la anulación de actos ilícitos, éste último supuesto requiere la actuación de un sujeto cuya legitimación resida en la defensa de los derechos fundamentales, es precisamente el Juez.

3.1 Sistema de Derechos y Garantías en el Código Procesal Penal del 2004

El Código Procesal Penal del 2004 es un compendio normativo garantista; respecto al derecho fundamental de la Libertad Personal como ámbito de protección posee un desarrollo legislativo con garantías primarias como garantías secundarias muy vasto, véase el Título Preliminar cuya gran cantidad de normas son prohibiciones o mandatos de no lesión, normas direccionadas a prohibir arbitrariedades o evitar castigos excesivos durante el séquito del proceso.

Si tomamos por ejemplo el numeral 1 del artículo IX Título Preliminar tenemos “*el derecho de toda persona a que se le comunique de inmediato y detalladamente la imputación formulada en su contra*”, constituye dicha norma una garantía primaria que dirigida a la autoridad policial o fiscal sería una prohibición de investigar a una persona sin informársele de los cargos en su contra; sin embargo, no solo podemos encontrar

garantías primarias en el Título Preliminar del Código Procesal Penal sino en todo su compendio normativo, el mandato de prohibición de investigar sin informar cargos también aparece en el literal a) numeral 2 del artículo 71 de la citada norma, por ejemplo.

No podemos hablar de un sistema de garantías en el Código Procesal Penal con tan solo normas de prohibición o de no lesión, deben existir además técnicas legislativas que posibiliten la anulación del acto ilícito contrario al mandato de prohibición, es decir, deben existir garantías de segundo grado.

Para el ejemplo en concreto sobre la prohibición de investigar sin informar cargos, tenemos a la llamada *tutela de derechos* prevista en el numeral 4 del mismo artículo 71 del Código Procesal Penal, esta es una garantía secundaria en puridad, el texto expreso refiere: *“Cuando el imputado considere que durante las Diligencias Preliminares o en la Investigación Preparatoria no se ha dado cumplimiento a estas disposiciones, o que sus derechos no son respetados, o que es objeto de medidas limitativas de derechos indebidas o de requerimientos ilegales, puede acudir en vía de tutela al Juez de la Investigación Preparatoria para que subsane la omisión o dicte las medidas de corrección o de protección que correspondan. La solicitud del imputado se resolverá inmediatamente, previa constatación de los hechos y realización de una audiencia con intervención de las partes”*.

El Código Procesal Penal bajo análisis posee una extensa gama de garantías secundarias referidas a la etapa de la investigación preparatoria, así tenemos la nulidad desde el artículo 149 al 154, búsqueda de pruebas y restricción de derechos en numeral 3 del artículo 203, confirmatoria de incautación de bienes en el numeral 2 del artículo 218, incautación de documentos privados en el tercer párrafo del numeral 1 del artículo 224, incautación de documentos en el numeral 5 del artículo 225, reexamen judicial de interceptación e incautación postal en el artículo 228, reexamen de intervención de telecomunicaciones en el numeral 5 del artículo 231, reexamen e impugnación sobre las medidas de protección en el artículo 251, control de plazos de diligencias preliminares en el numeral 2 del artículo 334, prueba instada en el numeral 5 del artículo 337, control de plazos de la investigación preparatoria en el artículo 343, entre otras.

Naturalmente las normas antes enlistadas no son todas las garantías secundarias del Código procesal Penal, tan solo se han tomado en cuenta aquellos que son de competencia de actuación del juez de la investigación preparatoria durante la etapa de investigación de delito; no así por ejemplo de la Sala Penal como órgano de segunda instancia al momento de resolver medios impugnatorios (esta institución es una técnica legislativa de anulación en esencia), o los juzgados penales unipersonales o colegiados al momento de no valorar prueba ilegal, o incluso del mismo juez de la investigación preparatoria en etapa intermedia al excluir prueba ilegal, entre otros supuestos.

Podemos dar cuenta que gran parte de las normas antes mencionadas como garantías secundarias se encuentra precedidas por garantías primarias, es precisamente como funciona el sistema de garantías, en primer término, aparece el mandato de prohibición o de no lesión, si éste es lesionado por un acto ilícito, seguidamente debe ponerse en marcha la técnica legislativa que permita la anulación del acto ilegal. Así tenemos por ejemplo el caso de la *búsqueda de pruebas y restricción de derechos* en el artículo 203, como norma primaria se prohíbe al Ministerio Público o a la Policía restringir derechos fundamentales sin que concurran supuestos de urgencia o peligro en la demora y con estrictos fines de averiguación, si se incumple dicho mandato puede el juez de la investigación preparatoria desaprobar (anular) la medida ejecutada (acto ilícito), claramente se ve un mandato de no lesión (garantía primaria) y seguidamente una técnica normativa de anulación (garantía secundaria).

Otro aspecto a resaltar es que mientras las personas son titulares de derechos, el Estado es el titular de deberes; ya se había establecido que el ámbito de protección de los derechos fundamentales y sus garantías -para el caso en concreto de la presente investigación académica- están enmarcados hacia el imputado, si él es el destinatario de tales derechos y garantías, entonces las garantías primarias están dirigidas como deberes hacia el Ministerio Público y la Policía, ello por mandato del numeral 4 artículo 159 de la Constitución Política, mientras que las garantías secundarias al Poder Judicial conforme al artículo 44 y 138 de la Constitución Política, y para nuestro marco de investigación, de manera específica al juez de la investigación preparatoria conforme el artículo 29 del Código Procesal Penal.

El Código Procesal Penal posee un marco de protección de derechos fundamentales del imputado, y además pretende asegurar su efectividad mediante un sistema de garantías primarias y secundarias; se encuentra en clara sintonía con la Constitución Política de 1993, incluso podríamos sustentar que es una *norma procesal constitucionalizada*, pues de una lectura de su Título Preliminar podemos advertir por ejemplo el numeral 3 del artículo I al referir que *las partes intervienen en igualdad de posibilidades de ejercer las facultades y derechos previstos en la Constitución*, el numeral 1 y 3 del artículo VIII respecto a la incorporación de la prueba mediante un *procedimiento constitucionalmente legítimo*, o invalidez de cualquier acto que haya *inobservado cualquier regla de garantía constitucional* en favor del imputado; misma referencia al texto constitucional que también encontramos en el posterior conglomerado normativo.

Las garantías secundarias otorgan funcionalidad al control jurisdiccional durante la investigación; clarifica la participación del juez como un ente que no solo realiza un control formal de los hechos para con la ley, sino que realiza un control sustancial para con los derechos fundamentales constitucionalizados. La lógica de las garantías primarias y secundarias permite explicar con mayor coherencia el papel del Ministerio Público como *defensor de la legalidad*, ésta delegación calza adecuadamente en el ejercicio de las garantías primarias que precisamente se le encomiendan por ser la primera fuerza de choque contra la criminalidad, naturalmente se debe conducir en respeto a las normas constitucionales, mas dada su naturaleza de persecutor del delito es inevitable la vulneración de derechos fundamentales, ocurrido ello ejercer un control sustancial de tales actos el juez en aplicación de las garantías secundarias o lo que son técnicas normativa que anulen los actos lesivos, técnicas normativas que contiene nuestro Código Procesal Penal del 2004.

4. Defensa de los Derechos Fundamentales en Función a las Etapas del Proceso Penal

Es importante definir que la defensa de derechos fundamentales no es exclusiva ni excluyente de un único juez en una única etapa procesal, sino que la misma es abordada por distintos sujetos procesales entre los que también se comprende al Ministerio Público; el

Estado tiene el deber de defender los derechos fundamentales del ciudadano en cualquier ámbito de actuación, frente a amenazas de índole pública como privada.

Sin embargo, esta defensa en el proceso penal tiene ciertas particularidades, su sola división en tres etapas (investigación-intermedia-juicio oral) nos indica que más de un sujeto procesal se encuentra comprometido con dicha causa; sin embargo, según la etapa en la que se encuentren y de acuerdo al papel que juegan en el proceso penal la perspectiva de defensa es distinta; así por ejemplo, la defensa de derechos fundamentales a cargo del órgano jurisdiccional en etapa intermedia tiene por finalidad la habilitación o no del proceso penal; distinta a la del juicio oral donde la finalidad es determinar la inocencia o culpabilidad del acusado.

Por su parte el Ministerio Público como ente persecutor del delito también tiene un deber de *defensa de la legalidad*, esto es conducirse bajo los parámetros de la ley y de la Constitución Política, también tiene un compromiso con la defensa de derechos fundamentales; sin embargo, siendo el persecutor del delito presenta una dicotomía única que hace de su labor insuficiente para garantizar la defensa de los derechos fundamentales, es razón por la cual interviene el poder judicial. Por ello, resulta importante analizar la dirección del proceso penal en función a sus etapas, y que compromiso tiene el ente dueño de cada etapa para con la defensa de derechos fundamentales para poder diferenciarlo del rol del juez durante la investigación.

4.1 En la Investigación Preparatoria: Protagonismo de la Labor Fiscal

El Ministerio Público tiene un protagonismo central en la investigación preparatoria, pues frente a un hecho delictivo tiene el deber constitucional de investigarlo y así también perseguir penalmente al presunto responsable, pero al mismo tiempo es la primera línea de defensa de sus derechos fundamentales en atención a su papel de *defensor de la legalidad*, situación distinta por ejemplo a la labor de la Policía Nacional del Perú, que por mandato del artículo 166 de la Constitución Política previene, investiga y combate la delincuencia, mas no se le encomienda constitucionalmente la protección de derechos fundamentales, misma línea de función se repite en el artículo 67 y Ss. del Código Procesal Penal.

El Ministerio Público es quien finalmente se encuentra habilitado para solicitar responsabilidad penal del imputado, pues constitucionalmente ha sido “concebido como acusador estatal distinto de los jueces, encargado de ejercer ante ellos la llamada acción penal pública” (Maier, 1993, p. 21). Consecuentemente que se respeten o no las garantías constitucionales del investigado dependerá bastante de la forma como se conduce el Ministerio Público en la investigación.

El Ministerio Público tiene deberes de garante de los derechos fundamentales, específicamente es titular del deber de hacer cumplir las garantías primarias según el esquema garantista de Ferrajoli; dicha adjudicación de deberes no es gaseosa, por el contrario se encuentra enraizada desde la Constitución Política al establecer en el artículo 159 numeral 1 que corresponde al Ministerio Público promover de oficio, o a petición de parte, la acción judicial en “*defensa de la legalidad*” y, conducirse en *defensa de la legalidad* significa que “el fiscal se regirá únicamente por la Constitución, la Ley y demás norma que integran el ordenamiento jurídico” (San Martín, 2020, p. 256).

Para el Ministerio Público *defender la legalidad es defender la constitución*, podemos citar lo regulado por el artículo 61 numeral 1 del Código Procesal Penal al indicar que el Fiscal adecua sus actos rigiéndose únicamente a la Constitución y a la Ley; el artículo 10 de la Ley Orgánica del Ministerio Público al establecer que detenida una persona el Fiscal inmediatamente se comunicará con éste para asegurarle su derecho de defensa que le reconocen la Constitución y las Leyes; el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 06204-2006-HC/TC de fecha 09 de agosto del 2006 establece como límites del Ministerio Público la Constitución y los Derechos Fundamentales en ella contenidos, en alusión al Principio de Interdicción de la Arbitrariedad.

Por último, también podemos hacer referencia al Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana-Cuba, del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990, que en su décimo segunda directriz establece que los fiscales respetan y protegen la dignidad humana, y defienden los derechos humanos, contribuyendo de esa manera a asegurar el debido proceso y el buen funcionamiento del sistema de justicia penal.

Por ello, nuestra Constitución Política además de establecer derechos fundamentales también contiene garantías primarias; el numeral 24 artículo 2 de la norma suprema establece como derecho fundamental de la persona *la libertad y a la seguridad personales*, identificado el derecho fundamental inmediatamente se presentan en los siguientes literales algunas garantías primarias, como: (a) nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe, (b) la libertad personal solo puede ser restringida por casos previsto en la ley, (d) no se puede procesar a nadie por acto u omisión no previsto en la ley, (f) no se puede detener a nadie si no por mandato judicial, con excepción de flagrancia, (g) la incomunicación es excepcional, solo procede en la forma y modo previsto en la ley, (h) nadie puede ser sometido a actos de violencia de cualquier índole, y demás contenidos en la norma constitucional.

Aun con todo ese peso normativo garantista, el Ministerio Público también tiene otro deber constitucional: *el ejercicio de la acción penal como base del principio acusatorio*, si bien “ha sido durante largo tiempo utilizado para referirse al modo de iniciarse el proceso, en particular al proceso iniciado a instancia de parte (privada)” (Schmidt en Ambos, 2010, pp. 155-156), en la actualidad, la persecución penal ha sido expropiada a manos del Estado, recayendo exclusivamente sobre el Ministerio Público.

Ejercitar la acción penal le significa al Ministerio Público conducir la investigación del delito desde su inicio, en ese sentido cabría preguntarse: ¿Se puede investigar un delito sin afectar de modo alguno los derechos fundamentales? No. Investigar un delito respetando los derechos fundamentales de manera absoluta es una utopía, precisamente por ello la Constitución Política y su desarrollo legislativo han previsto la existencia tanto de garantías primarias y garantías secundarias, las primeras para guiar el comportamiento de la autoridad que está propenso a resquebrajarlas, y las segundas para anular tales actos ilícitos por intermedio de la intervención judicial.

El Ministerio Público cuenta con una base normativa que lo sitúa como titular del deber de hacer respetar las garantías primarias (*defensor de la legalidad*), pero por mandato también de la Constitución Política *conduce* desde el inicio la investigación del delito, y *ejercita la acción penal* (numerales 4 y 5 del artículo 159 de la Constitución Política), es por ello, que durante esta etapa de investigación preparatoria el protagonista

es el Ministerio Público, al dirigir la estrategia de investigación, para finalmente decidir si ejercita o no la acción penal; ningún acto de nulidad o corrección por parte del juez se dará si previamente no ha existido actividad de parte del Ministerio Público.

Debemos tener presente que la función de garante de los derechos fundamentales del juez de la investigación predatoria es residual, “el Juez de Garantías cumple así, en la Investigación Preparatoria, una función de control, que no busca definir o determinar la labor del Fiscal, sino más bien cautelar que dicho rol se ejerza respetando los derechos fundamentales del imputado...” (Ore Guardia en Del Rio Labarthe, 2010, p. 48).

4.2 En la Etapa Intermedia: Predominio Judicial

La preeminencia judicial de la etapa intermedia está basada en el artículo 29 numeral 4 del Código Procesal Penal al determinar que entre las competencias del Juez de Investigación Preparatoria está la de *conducir la etapa intermedia*; la norma procesal penal prevé dos tipos de control: la primera un control de sobreseimiento, y la segunda un control de acusación. Sin embargo, se analizarán las funciones de garante de los derechos fundamentales del imputado desde la perspectiva del *Control de Acusación*, pues conforme se sustentó el *control de sobreseimiento* presenta serias contradicciones con el principio acusatorio previsto en la Constitución Política.

En concreto son dos las decisiones que puede tomar el juez de investigación preparatoria a raíz del control de acusación que se encuentran ligadas a su función garantista, la primera es obviar el inicio del juicio oral por considerarlo inútil, y en consecuencia emitir auto de sobreseimiento dando por finalizado el proceso penal, cuyo peso jurídico es el de la cosa juzgada; y en segundo lugar, puede decidir que se lleve adelante el inicio de juicio oral, para lo cual ha de verificar principalmente que la admisión de medios probatorios ofrecidos hayan sido obtenidos en respeto irrestricto a la Ley y la Constitución Política. En ambos escenarios cumple una función de garante de los derechos fundamentales.

El que una de las decisiones del juez de la investigación preparatoria sea evitar juicios inútiles no solo debe entenderse como la “racionalización de la administración de justicia penal” (Salinas, 2014, p. 67), sino también desde una perspectiva de aplicación de las

garantías de los derechos fundamentales, tratamos de garantías secundarias al ser el órgano jurisdiccional quien *anule el acto ilícito* que, para el caso en concreto, se representa por una acusación vacía de contenido penal.

Podría indicarse que precisamente la ley habilita la posibilidad de resolver el sobreseimiento al advertirse una acusación inocua, y que por lo mismo ningún daño a la libertad personal del imputado se ha ocasionado; sin embargo, si se ha afectado un derecho fundamental, el de la dignidad humana, precisamente para que dicha lesión no se agrave sometiendo injustamente a una persona a un juicio oral infructuoso es que debe el juez de la investigación preparatoria, luego de advertir dicha falencia, resolver el sobreseimiento incluso de oficio si resultare evidente.

La garantía procesal óptima para cautelar el derecho fundamental de la *dignidad humana* es la *presunción de inocencia* con base constitucional en el artículo 2 numeral 24 literal “e” de la Constitución Política, que a letra prescribe “Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad”, al respecto el Tribunal Constitucional en el Exp. 10107-2005-HC/TC en el fundamento jurídico 3 estableció que “el fundamento del derecho a la presunción de inocencia se halla tanto en el principio-derecho de dignidad humana, así como en el principio *pro hómine*”; esta garantía no es exclusiva de la etapa del juzgamiento, por el contrario, se proyecta a todo el proceso penal (San Martín, 2020, p. 153), de ahí que su aplicación sirva para desestimar el pedido de inicio de juicio oral por una acusación vacía de contenido.

El sobreseimiento encierra un juicio o valoración por parte del juez acerca de la imputación al investigado, concluyendo que no resulta necesario pasar a la etapa de juzgamiento (Salinas, 2014, p. 126). Es un *juicio de probabilidad negativa* que realiza el juez de la investigación preparatoria como parte de su función de garante de los derechos fundamentales, actúa en función correctora al negarle al Ministerio Público iniciar juicio oral, el Código Procesal Penal establece que frente al requerimiento acusatorio podrá dictarse el sobreseimiento cuando “*resulten evidentes y no exista razonablemente la posibilidad de incorporar en el juicio oral nuevos elementos de prueba*”, en otras palabras, cuando sea evidente que existe una afectación innecesaria a

la dignidad humana por no respetar la garantía de la presunción de inocencia, y no existirá forma de llegar a una sentencia condenatorio con lo actuado.

La función jurisdiccional como garante de los derechos fundamentales es residual o de última ratio, previamente el Ministerio Público bajo el *principio de interdicción de la arbitrariedad* tiene el deber de requerir acusación solo en un caso de *sospecha suficiente*, que conforme a los lineamientos de la Sentencia Plenaria Casatoria N° 01-2017/CIJ-433 de fecha 11 de octubre del 2017 (fundamento jurídico 24-C) requiere una probabilidad de condena *-juicio de probabilidad positiva-* con la presencia de “datos de cargo, desfavorables al imputado y que prevalezcan respecto de los datos que lo favorezcan o de descargo...”, dicha jurisprudencia es clara al observar que tal juicio de probabilidad debe ser realizado en primer lugar por el Fiscal, pues bien podría requerir el sobreseimiento de la causa que el mismo Código Procesal Penal le habilita en el artículo 344, pero de no hacerlo le corresponde al juez de la investigación preparatoria reparar dicho acto lesivo reafirmando así su autoridad como conductor de la etapa intermedia y ejecutor de las garantías secundarias en defensa de los derechos fundamentales.

El otro supuesto de intervención del juzgado es que luego de analizar el requerimiento acusatorio mediante un control sustancial advierta que si existe una alta probabilidad de condena y por lo mismo decida aceptar el inicio de juicio oral; llegados a este punto la siguiente función de garante del juzgado de investigación preparatoria tiene que ver con la *admisión de la prueba*, aspecto que resalta con mayor claridad la ligazón entre la *presunción de inocencia y prueba*, pues “la falta de pruebas o la insuficiencia de las mismas conlleva la absolución del acusado, siendo el principio de presunción de inocencia el que condiciona este resultado desde el punto de vista constitucional” (Montero Aroca, 2001, p. 291). Los actos de postulación de la prueba corresponden tanto al Ministerio Público y a la defensa del imputado, pero los actos de control de admisibilidad son atribución del juez de investigación preparatoria en la etapa intermedia.

Esta función es netamente garantista, basta con analizar las normas del artículo 155 del Código Procesal Penal que establece como base normativa de la actividad probatoria la Constitución Política y, los tratados aprobados y ratificados por el Perú. Claramente

otorga al juez de la investigación preparatoria la facultad de decidir de manera motivada la admisión de las pruebas, y excluir las que no sean pertinentes o prohibidas por la ley; se sistematiza con lo previsto por el artículo 352 numeral 5 literal b) del mismo cuerpo normativo procesal penal al referir que la admisión de los medios de prueba ofrecidos requiere que el acto probatorio propuesto sea pertinente, conducente y útil.

Lo antedicho nos demuestra que la admisibilidad de la prueba no está sujeta a la voluntad de las partes, claro está que las mismas pueden ofrecerlas y así también oponerse a las pruebas de la parte contraria, pero será la judicatura quien resolverá finalmente su admisión, tarea que ni siquiera se encuentra condicionada a un pedido previo de las partes, sino que el mismo es de actuación propia, es decir, de oficio. “Estamos frente a una serie de supuestos que responden al principio de economía procesal, el Juez de la Investigación Preparatoria ejerce la Etapa Intermedia una función de saneamiento procesal que exige evitar dilaciones maliciosas y que promueve la realización de un juicio oral ágil, eficaz y coherente” (Del Rio Labarthe, 2010, pp. 188-189).

El saneamiento procesal no es la única mirada de la función del juez de la etapa intermedia, sino la de asegurar el derecho de defensa del imputado, dado que existe una alta probabilidad que sea condenado y por lo mismo privado de su libertad, debe garantizársele que la prueba a actuarse en su contra no sea ilícita, corresponde al juez de investigación preparatoria aplicar las regla de exclusión de la prueba conforme lo prevé el numeral 2 del artículo 155 del Código Procesal Penal; “un adecuado control de la licitud de la prueba en sede de instrucción o en la denominada fase intermedia trata de impedir que el Tribunal enjuiciador, en el acto del juicio oral, pueda entrar en contacto con dichas pruebas, evitándose así las perniciosas consecuencias derivadas de los denominados efectos psicológicos de la prueba ilícita” (Miranda Estrampes, 2010, p. 138).

Si bien es cierto que la norma procesal tiene una regla de exclusión de la prueba ilícita que anula su valoración en juicio oral, puede crear en el juzgado sentenciador una perspectiva subjetiva del proceso que perjudique al imputado, es precisamente el denominado *efecto psicológico*, es “el reflejo indirecto que la prueba ilícita puede causar

en el enjuiciamiento judicial de los hechos consistente en valorar inconscientemente los datos que la misma incorpora” (Picó I Junoy, 2012, p. 36), evitar dicho prejuicio es parte de la función garantista del Juez de Investigación Preparatoria en la etapa intermedia.

4.3 En el Juicio Oral: Predominio del Juez

Para efectos del presente trabajo de investigación se considera *proceso penal en sentido estricto* a la fase de juzgamiento, solo en ella concurren dos pretensiones contrarias entre si -pretensión acusatoria del fiscal vs pretensión absolutoria de la defensa- sometidas a la decisión de un tercero imparcial (juez de juzgamiento); característica que no se presenta con la apertura de diligencias preliminares o con la disposición de formalización investigación preparatoria, dado que ambas son decisiones (disposiciones) exclusivas del Ministerio Público que no están sujetas a permisión judicial.

Ello resulta claro si examinamos lo previsto en el Acuerdo Plenario N° 02-2012/CJ-116: *Audiencia de tutela e imputación suficiente* de fecha 26 de marzo del 2012, en su considerando décimo primero establece que la formalización de investigación preparatoria puede cuestionársele por su ambigüedad u oscuridad, pero “bajo ningún concepto el auto judicial puede ser anulatorio, de archivo o sobreseimiento”, precisamente por la titularidad del Ministerio Público respecto a la acción penal; incluso nuestra norma procesal trae consigo instituciones procesales como la acusación directa y proceso inmediato cuya nota característica es la prescindencia de la formalización de investigación preparatoria; por todo ello, reservamos la concepción de proceso penal en sentido estricto para la etapa del juicio oral.

En juicio oral se resolverá una controversia conforme a los hechos que se den por probados; ello evidencia una conexión fundamental entre *proceso y prueba*, al respecto Taruffo (2018) indica que “el proceso se realiza igualmente a través de relatos, pero es un método que se ocupa, sobre todo, de lo que ha verificado o no en el mundo de los hechos reales que representan el origen efectivo de la controversia” (p. 16). El encargado

de resolver dicha controversia y, por ende, determinar la privación o no de la libertad del imputado es el juez de juzgamiento, de ahí su radical importancia.

Sólo en esta fase de juzgamiento es posible romper la presunción de inocencia, para ello se requiere, en términos de la norma procesal penal, “una suficiente actividad probatoria de cargo, obtenida y actuada con las debidas garantías procesales”; las partes, los peritos, los testigos y los documentos serán debidamente actuados y valorados bajo el dinamismo del juez, pues “el proceso no es un monologo, sino un dialogo, una conversación, un cambio de proposiciones, de respuestas y de réplicas, un cruzamiento de acciones y de reacciones, de estímulos y de contra estímulos, de ataques y de contraataques” (Calamandrei, 1960, p. 150).

El juez en esta etapa no es un simple arbitro, tiene un compromiso con la verdad, busca formarse convicción para poder emitir una sentencia fundada, requiere y exige de las partes un contradictorio nutrido; en ese orden de ideas, inclusive puede llegar a apartar de la defensa al abogado que no se encuentra suficientemente preparado para asumir una defensa eficaz, pues el artículo 363 numeral 1 del Código Procesal Penal establece que le corresponde al juez garantizar el ejercicio pleno de la acusación y *de la defensa de las partes*; “no se trata que el juez asuma posición de parte -postulando pretensiones, resistencias o medios probatorios- sino que, por deber constitucional, desde una perspectiva imparcial, genere condiciones de igualdad para que se materialice el contradictorio y se desenvuelva” (Mendoza Ayma, 2012, pp. 132-133).

No cabe duda del papel preponderante del juez, bajo su dirección deberán desarrollarse una serie de principios y garantías como las de oralidad, publicidad, concentración, inmediación; además de ello, cuenta con un poder disciplinario a fin de llevar la audiencia con suficiente armonía, ostenta un grado de discrecionalidad a efectos de resolver cualquier incidencia que no se contemple en la ley. Dado el poder que ostentan los jueces es necesario que los ciudadanos tengan “garantías” de que cumplen con la función encomendada, siendo estas la “garantía objetiva y la garantía subjetiva de la jurisdicción”.

Las garantías objetivas se encuentran referidas a la *legalidad* de la decisión jurisdiccional, que significa el deber del juez de tomar las decisiones en aplicación

correcta del Derecho preexistente; por su parte las garantías subjetivas se encuentran referidas a los deberes de *independencia e imparcialidad*, no son otra cosa que los motivos de la decisión del juez sean únicamente el cumplimiento del deber.

“Así pues, la independencia (el deber de independencia) y la imparcialidad (el deber de imparcialidad) responden al mismo tipo de exigencias: tratan de proteger el derecho de los ciudadanos a ser juzgados desde el Derecho (legalidad de la decisión) y tratan de preservar la credibilidad de las decisiones y de las razones jurídicas. Y para ello pretenden controlar los móviles (los motivos) por los cuáles el juez decide”. (Aguiló, 2012, P. 162-163).

Es importante destacar dos aspectos, el primero de estos que la garantía objetiva referida a la *legalidad* de las decisiones judiciales resulta de menor trascendencia que la garantía subjetiva, pues el incumplimiento de ésta última garantía referida a la *independencia e imparcialidad* acarrea una mayor deslegitimación de la decisión, pues existe mayor reproche en el contenido de una decisión adecuada a la legalidad pero bajo motivos de independencia e imparcialidad incorrectos, que para el contenido de una decisión no adecuada a la legalidad pero bajo motivos de correctos.

El segundo aspecto es que, si bien estas *garantías* se configuran como deberes objetivos y subjetivos del juez, lo cierto es que su destinatario final son los ciudadanos o justiciables, constituyen para éstos una efectiva “garantía” de las decisiones jurisdiccionales basadas en la ley y bajo motivos correctos, por lo mismo su importancia es trascendental para el control jurisdiccional.

Por todo ello, en esta etapa de juicio oral los derechos fundamentales y las garantías que las efectivizan se encuentran a merced de actuación del juez de juzgamiento, quien tiene la obligación de asegurarlos, dado que “el derecho de defensa no sólo es una emanación de la dignidad personal del imputado, sino, además, un requisito indispensable para asegurar (a él y a la sociedad) el desarrollo de un proceso respetuoso de la escala de valores del Estado de Derecho” (Cafferata, 2000, p. 105).

Un Estado Constitucional de Derecho no puede pretender ajusticiar a una persona sin respeto de sus derechos so pretexto de las atrocidades cometidas por este, “por graves que puedan ser ciertas acciones y por culpables que puedan ser los reos de determinados

delitos, no cabe admitir que el poder pueda ejercerse sin límite alguno o que el Estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos, sin sujeción al derecho o a la moral” (Corte IDH, Velásquez Rodríguez, sentencia del 29/7/88); recae en el juez de juzgamiento evitar que el Estado caiga en ese tipo de actos no civilizados.

Capítulo III.- Legitimidad Constitucional del Control Judicial en la Investigación Preparatoria

1. Facultades de Control Judicial en la Investigación otorgadas desde la Constitución Política

La protección de derechos fundamentales respaldan el carácter jurisdiccional, para ello podemos remitirnos al marco normativo internacional, así la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) en su artículo 25 establece que toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido ante los jueces o tribunales competentes frente a cualquier violación de derechos fundamentales cometidas aun por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales (léase Ministerio Público y Policía Nacional del Perú).

En casos donde esté restringido el derecho a la libertad personal se han emitido los “Principios y Buenas Prácticas Sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas” en cuyo Principio VI se dispone el *Control Judicial* respecto a las condiciones de privación de libertad; por su parte el artículo 2 numeral 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que los Estados Parte deben desarrollar las posibilidades de un recurso judicial frente a las violaciones de derechos y libertades.

Un Estado Constitucional de Derecho que se precie de hacer respetar los *derechos fundamentales* de sus ciudadanos debe poseer un sistema jurídico que le permita restringirlos en casos excepcionales y estrictamente necesarios; el artículo 44 de la Constitución Política establece como deberes primordiales del Estado garantizar la plena vigencia de los Derechos Humanos y al mismo tiempo proteger a la población de las amenazas contra su seguridad, es una dicotomía orientada a fomentar el bienestar general basado en la justicia; precisamente es la misma Constitución que en su artículo 138 establece que la potestad de administrar

justicia se ejerce por el Poder Judicial, seguidamente el artículo 139 numeral 1 de la carta magna determina la unidad y exclusividad de dicha función al Poder Judicial.

El carácter jurisdiccional de la administración de justicia es la base de un Estado Constitucional de Derecho, asegura que la protección de la población frente a amenazas de su seguridad se desarrollará en un marco de respeto de los derechos fundamentales, así se tiene del artículo 139 numeral 10 de la Constitución Política con el *principio de no ser penado sin proceso judicial*; el *carácter jurisdiccional* es “la principal garantía procesal, que constituye el presupuesto de todas las demás, expresada en el axioma, *nulla culpa sine iudicio*” (Ferrajoli, 1995, p. 538). Por medio de la jurisdiccionalidad se le delega al Estado la función de aplicar la ley, y en el caso del Perú esta delegación recae sobre el Poder Judicial, “esta potestad exclusiva se manifiesta, aún más claramente, cuando se encarga al Poder Judicial ejercer el *ius puniendi* del Estado, es decir, la facultad de sancionar las infracciones y las afectaciones de bienes jurídicamente protegidos” (Landa, 2006, p. 149).

La Constitución Política nada dice respecto a las funciones del juez de investigación preparatoria durante la investigación del delito, ¿significa que el control judicial de la investigación no guarda coherencia con el texto constitucional? De ninguna manera; el texto constitucional, en consonancia con el principio acusatorio, encarga al Ministerio Público la *conducción desde su inicio la investigación del delito*; sin embargo, es la constitucionalización de los derechos fundamentales y la inserción de garantías para su efectividad que dan legitimidad de actuación al juez de investigación preparatoria durante la investigación; las normas internacionales obligan a los Estados parte a realizar un *control judicial* sobre alguna violación de los derechos fundamentales de las personas, nuestra Constitución Política reconoce tales normas internacionales como pautas interpretativas *vinculantes* conforme su artículo Cuarto de las Disposiciones Finales y Transitorias¹⁴.

El artículo 138 de la Constitución Política establece que la potestad de *administrar justicia* se ejerce por el Poder Judicial; sin entrar a discutir las diversas acepciones filosóficas

¹⁴ Cuarta. - Interpretación de los derechos fundamentales

Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú

de la noción de justicia, puede decirse con cierto consenso que “Las palabras justicia e injusticia (o correcta e incorrecta) tienen sentido cuando se aplican para caracterizar la decisión hecha por un juez, o por cualquier otra persona que debe aplicar un conjunto determinado de reglas. Decir que la decisión es justa significa que ha sido hecha de una manera regular, esto es, de conformidad con la regla o sistema de reglas vigentes” (Ross, 2006, p. 339); por tanto, dicho mandato de *administración de justicia* no está encasillado a una etapa en concreto como la del juicio oral, existe una amplia gama de derechos fundamentales que pueden ser lesionados durante la investigación del delito.

El artículo 143 de la Constitución Política prevé que la *administración de justicia* sea realizada por los órganos jurisdiccionales que integran el Poder Judicial, entre los cuales se encuentra el juez de investigación preparatoria de acuerdo al artículo 16 numeral 4 del Código Procesal Penal, y como juez especializado en lo penal conforme al artículo 46 numeral 2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial¹⁵.

El artículo 44 de la Constitución Política contiene un mandato expreso de protección de los derechos fundamentales de la persona, y cuando tal es sometido a una persecución penal el Estado delega dicho mandato constitucional al órgano jurisdiccional *-control judicial-*, el mismo que su vez, mediante desarrollo legislativo del Código Procesal Penal, delega dicha función al juez de investigación preparatoria; ergo, es una norma de optimización de los derechos fundamentales.

El Código Procesal Penal es un compendio normativo que fija las reglas para la investigación del delito, pero que además descansa sobre la base de preceptos constitucionales, es decir, es un código procesal penal constitucionalizado; en consecuencia, la sujeción del juez de investigación preparatoria no se limita a la letra de ley, exige una sujeción a la ley en cuanto sea coherente con la Constitución Política, en “esta sujeción del juez a la Constitución, y, en consecuencia, en su papel de garante de los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos, está el principal fundamento actual de la legitimación de la jurisdicción y de la independencia del poder judicial de los demás poderes,

¹⁵ Artículo 46.- Son Juzgados Especializados, los siguientes:

2.- Juzgados Penales;

legislativo y ejecutivo, aunque sea -o precisamente porque son- poderes de mayoría” (Ferrajoli, 2004, p. 26).

Esta sujeción a la constitución significa dejar seudo formalismos que convierten los requerimientos de limitaciones de derechos fundamentales en una suerte de monologo del Ministerio Público so pretexto de la necesidad de buscar la verdad, en la que la actuación del juez de investigación preparatoria constituye tan solo una apariencia de control; es una marcada tendencia de flexibilización o relajación de los derechos fundamentales y de las garantías que las resguardan que van en función al “peligrosismo” que representa el imputado, donde éste ya no representa los valores sobre los que descansa la sociedad, abriéndose paso al denominado “Derecho Penal del Enemigo”, donde el imputado ya no es un ciudadano, sino más bien un enemigo de la sociedad, por lo mismo le es aplicable otro derecho penal.

Precisamente una de las características de esta tendencia punitiva es la “considerable restricción de garantías y derechos procesales de los imputados. Así, se pone en cuestión hasta la presunción de inocencia, por ser opuesta a la exigencia de veracidad del procedimiento” (Gracia Martin, 2005, pp. 10-11); en nuestro derecho penal interno esta tendencia se ha materializado por ejemplo en el D.L. 1307¹⁶, que entre otras modificaciones estableció que para casos de “criminalidad organizada” la duración de la prisión preventiva durará hasta treinta y seis meses, pudiendo ser prolongada por doce meses adicionales. Esta desmedida duración de una medida excepcional como lo es la prisión preventiva mereció una llamada de atención por parte de la CIDH mediante el Informe sobre Medidas Dirigidas a Reducir el Uso de la Prisión Preventiva en las Américas en julio del 2017.

Es un hecho que en nuestro sistema procesal se va consolidando “un derecho penal que en nombre de la seguridad frente a los nuevos riesgos, los derechos humanos y la seguridad ciudadana, se expande para cubrir nuevos delitos, penalizar con más severidad los existentes, crear agravantes, flexibilizar los criterios de imputación, ampliar la intervención policial, entre otras consecuencias que se pueden considerar un incremento de la dureza del derecho penal” (Sotomayor y Tamayo, citado por Prado Saldarriaga, 2016, p. 35); precisamente bajo

¹⁶ Decreto Legislativo Que Modifica El Código Procesal Penal Para Dotar De Medidas De Eficacia A La Persecución Y Sanción De Los Delitos De Corrupción De Funcionarios Y De Criminalidad Organizada.

dicha corriente de flexibilización de derechos fundamentales -so pretexto de efectividad del sistema penal- tiene la obligación de cumplir su rol garantista de los derechos fundamentales; es importante la eficacia del sistema procesal penal sobre la criminalidad, pero no por ello puede dejarse de lado garantías constitucionales de un Estado de Derecho Constitucional, y esta sólo será posible de lograrse con un control judicial adecuado por parte del juez de investigación preparatoria.

Es importante diferenciar las *garantías constitucionales* previstas en el Título V de la Constitución Política, las cuales no son las mismas garantías jurisdiccionales que defiende el juez de investigación preparatoria, éstas últimas se activan frente a agresiones que se dan en el marco de una investigación de un delito, es decir, dentro de un proceso penal; mientras que las primeras se refieren a “figuras o instituciones de estricto carácter procesal que sirven para la defensa inmediata de determinados valores o principios que el texto constitucional consagra” (García, 1989, p. 14), que para el caso de Perú se refieren al hábeas corpus, acción de amparo, hábeas data, acción de inconstitucionalidad, la acción popular y la acción de cumplimiento; tales *garantías constitucionales* tienen un desarrollo legislativo en la Ley N°28237 Código Procesal Constitucional.

El Código Procesal Penal tiene una perspectiva de defensa de los derechos fundamentales desde la Constitución Política, “preserva un núcleo duro de principios que permite que los culpables respondan ante la ley de modo civilizado y que los inocentes, pese a las deficiencias del sistema, puedan hallar una justa absolución” (Caro Coria, 2006, p. 1045); no comprender dicho núcleo duro constitucional conlleva a tener que recurrir a otros mecanismos extraprocesales (proceso constitucional), lo cual significa un fracaso en la aplicación de la norma procesal penal.

2. El Control Judicial: Límite y No Suplantación del Principio Acusatorio

Resulta importante aclarar que cuando se dice que el Ministerio Público es *defensor de la legalidad*, no quiere decir que nadie más que él vele por la ley, pues ello significaría afirmar que el órgano jurisdiccional no tiene injerencia con la ley y por ende con un Estado Constitucional de Derecho durante la investigación, ello es incorrecto, lo que sucede es que los ámbitos de intervención tienen ámbitos de actuación diferentes.

El Ministerio Público es una creación artificial que sirve para hacer posible el proceso, manteniendo el esquema básico de éste, y de ahí que se le convierta en parte acusadora que debe actuar conforme al principio de legalidad” (Montero, 1997, p. 50). Puesto que vela por el interés general de la sociedad hace que sea parcial, cobrando mayor sentido que sea parte en el proceso, resulta más claro si revisamos la nomenclatura anglosajona al anunciar los procesos refiriéndose al Ministerio Público como “*la sociedad vs...*”.

Caso muy distinto al Poder Judicial, que no basa sus decisiones en lo que cree que será mejor para el interés de la sociedad; contrariamente “la función jurisdiccional no interviene en casos generales en función de intereses generales, sino en casos particulares y, más concretamente individuales” (Ferrajoli, 1995, p. 545).

Nuestro Estado Constitucional de Derecho tiene el deber de brindar justicia hacia sus ciudadanos, pero siempre resguardando los derechos fundamentales, para tal fin divide sus funciones estatales, “esa es la razón básica por la cual se procura que el éxito de la persecución penal estatal dependa de la labor que deben cumplir el ministerio público y la policía, mientras que los jueces y los tribunales tienen por misión evitar que ello se logre a cualquier precio, esto es, son responsables por el respeto hacia los derechos humanos durante la persecución penal y durante la ejecución penal” (Maier, 2011, pp. 445-446).

Esta función de resguardar los derechos fundamentales durante la investigación preparatoria no significa intromisión con la función de persecutor del delito del Ministerio Público; el juez de investigación preparatoria no ordena actos de investigación, lo que hace es controlar que tales actos de investigación se desarrollen con respeto a los derechos fundamentales del imputado. “El juez de garantías cumple así, en la investigación preparatoria, una función de *control*, que no busca definir o determinar la labor del fiscal, sino más bien cautelar que dicho rol se ejerza respecto los derechos fundamentales del imputado y las garantías que asisten a la víctima” (Oré Guardia, en Del Rio Labarthe, 2010, p. 48).

Naturalmente si algún acto de investigación lesiona un derecho fundamental injustificadamente puede ordenar su nulidad, desaprobar actos de búsqueda de prueba, excluir prueba, pero todo esto bajo una premisa: “garantizar los derechos fundamentales del imputado”, mientras que el Ministerio Público actúa bajo otra premisa: “indagar no sólo las

circunstancias que permitan comprobar la imputación, sino también las que sirvan para eximir o atenuar la responsabilidad del imputado” (artículo 61.2 del Código Procesal Penal), como quiera que se mantiene el *principio de objetividad*, lo cierto es que realiza una labor de averiguación de la verdad.

Es cierto que por medio del numeral 5 del artículo 337 del Código Procesal Penal del 2004 el juez puede llegar a ordenar actos de investigación; ello no significa una suplantación de las funciones de conducción de la investigación, sino una manifestación del control judicial, pues se fundamenta en garantizar el derecho de defensa del imputado; ésta norma requiere que previamente éste acto de investigación se solicite al Ministerio Público, y solo en caso de rechazarse se acude al juez, quien evalúa su utilidad y pertinencia; como se advierte el juez no actúa de oficio, sino a instancia de parte, y la misma se realiza bajo la lógica de garantizar el derecho de defensa del imputado. Distinta a las actuaciones del Ministerio Público, que no requieren permisión judicial y actúa bajo la lógica de averiguación de la verdad.

“En virtud al principio acusatorio se reconoce nítidamente la separación de funciones para el desarrollo del proceso penal: al Ministerio Público le corresponde la función requirente, la función persecutoria del delito, por ello es titular del ejercicio de la acción penal pública y de la carga de la prueba” (Cubas, 2015, p. 35), ninguna de estas funciones o características se han delegado al juez de la investigación preparatoria durante la investigación del delito, no se le permite de oficio promover la investigación o poner en marcha el proceso penal, el principio *ne procedat iudex ex officio* capta esa necesidad de la acusación y prohíbe de iniciar la instrucción al juez.

El principio acusatorio exige una actividad promotora de un órgano extraño al jurisdiccional como requisito para iniciar el proceso, consistente en el acto inicial de ejercicio de la acción penal (Claria, 1998, pp. 241-242)”; por tanto, el principio acusatorio no se resquebraja cuando el juez de investigación preparatoria realiza actos de control sobre los actos de investigación del Ministerio Público; la óptica del principio acusatorio no prevé espacio para el juez durante la investigación del delito, mediante el mismo se delega la persecución del delito y el ejercicio de la acción penal al Ministerio Público, con ello posibilita que sea el órgano jurisdiccional quien decida la habilitación del proceso -etapa intermedia- y posterior juzgamiento.

El sustento de intervención judicial durante la investigación del delito obedece a su posición de garante de los derechos fundamentales, por lo mismo constituye un límite a las actuaciones del Ministerio Público; de ninguna forma significa suplantación de actuaciones ni mucho menos interferencia con el Principio Acusatorio, pues éste al ser un principio constitucional debe ejercerse en armonía con los demás principios y derechos fundamentales constitucionalizados.

3. Dos Momentos de la Investigación Preparatoria ¿Uno sin Control Judicial y otro con Control Judicial?

El Código Procesal Penal integra la fase de investigación preparatoria con las *diligencias preliminares* y la *formalización de la investigación preparatoria*; la consecuencia de ésta última sub categoría es la comunicación formal al juez de la investigación preparatoria sobre la existencia de la investigación por determinado delito en contra de determinada persona (artículo 336 numeral 3 del Código Procesal Penal), y por otro lado, pierde el Ministerio Público la facultad de archivar la investigación sin intervención judicial (artículo 339 numeral 2 del Código Procesal Penal); precisamente por estas dos últimas consecuencias se podría fundamentar que el *control judicial* respecto de la investigación preparatoria solo se realiza una vez que la misma es debidamente formalizada; sin embargo, dicha perspectiva es suficiente.

En la medida que exista alguna posibilidad de afectar algún derecho fundamental en mérito a una investigación penal, estará siempre presente un *control judicial* a cargo del juez de investigación preparatoria; dicho control nos indica que los derechos fundamentales no son absolutos, pueden ser objeto de limitaciones, siempre y cuando se cumplan algunos presupuestos, los cuales son valorados por el órgano jurisdiccional.

La sentencia 207/1996 del 16 de diciembre de 1996 emitida por la Sala Primera del Tribunal Constitucional Español ha desarrollado cuatro requisitos indispensables para afectar un derecho fundamental, estos son: a) un fin constitucionalmente legítimo, b) principio de legalidad, c) jurisdiccionalidad, d) motivación de resolución judicial y, e) principio de proporcionalidad; como se advierte la *jurisdiccional* es una valla necesaria, nuestro Código Procesal Penal no deja afectación de un derecho fundamental sin control judicial, ya sea para

confirmar o rechazar la legitimidad de un acto lesivo, o para otorgar *permisión* o *denegar* su futura lesión.

Debe tenerse presente que cuando se dice que los actos de investigación realizados por el Ministerio Público no tienen carácter jurisdiccional no quiere decir que sobre los mismos no pese un control jurisdiccional; es decir, el acto de investigación realizado por el Ministerio Público no tienen carácter jurisdiccional, pero el acto de control del órgano jurisdiccional sobre la investigación del Ministerio Público sí posee dicha característica en función de protección de derechos fundamentales; son dos perspectivas distintas que no deben ser confundidas.

El Código Procesal Penal prevé un abanico extenso de derechos fundamentales que pueden ser trastocados aun durante las diligencias preliminares, pues su finalidad ciertamente es *realizar actos urgentes o inaplazables* para la investigación del delito; características de urgencia e inaplazable que muchos de los supuestos de *búsqueda de pruebas y restricción de derechos* comparten, incluso desde sus presupuestos generales como en el artículo 203 numeral 3 al permitir la restricción de derechos fundamentales en supuestos de *urgencia o peligro en la demora*.

En los casos específicos del Código Procesal Penal tenemos el numeral 3 del artículo 211 sobre examen corporal del imputado (urgencia y peligro en la demora); el numeral 1 del artículo 214 sobre allanamiento (peligro inminente); numeral 2 del artículo 218 sobre exhibición e incautación de bienes (peligro inminente); numeral 1 del artículo 235 sobre el levantamiento del secreto bancario y de reserva tributaria (necesidad); los demás actos de investigación que si bien señalan otros presupuestos como *proporcionalidad, necesidad, flagrancia, razonabilidad* pueden ser ordenados durante las diligencias preliminares y por ende siempre con la participación del juez de la investigación preparatoria, ya sea previa o posteriormente a la ejecución de la medida. Situación distinta a las *medidas de coerción procesal*, cuya regla general de su imposición (salvo excepciones de ley) es la emisión previa de la disposición de formalización de investigación preparatoria (artículo 338 numeral 4 del Código Procesal Penal).

Es importante señalar que la intervención judicial en las diligencias preliminares no se ve limitada a los supuestos de *búsqueda de pruebas y restricción de derechos*, sino que por

mandato legal las actuaciones del Ministerio Público y/o Policía Nacional del Perú pueden ser objeto de control desde el inicio de las primeras diligencias de investigación hasta la culminación del proceso mediante la vía de la tutela de derechos -artículo 71 numeral 1 del Código Procesal Penal- respecto a lesiones que no tengan una vía propia de corrección; los actos que pueden ser objeto de protección son los relativos al derecho de defensa previstos en el numeral 2 del artículo 71 de la norma procesal penal, lo cual no significa que sea una lista cerrada, sino que se habilita la intervención judicial frente al incumplimiento de tales disposiciones y/o cuando se es objeto de medidas limitativas de derechos indebidos o de requerimiento ilegales.

El que la investigación preparatoria se divida en dos momentos, uno referido a las diligencias preliminares y otro con la emisión de la disposición de formalización de investigación preparatoria no obedece al control judicial de los derechos fundamentales que pueda hacerse sobre la misma; la norma nos provee algunas razones para distinguirlas, así respecto su finalidad tenemos que en las diligencias preliminares es la de realizar actos urgentes o inaplazables destinados a determinar si han tenido lugar los hechos objeto de conocimiento y su delictuosidad, así como asegurar los elementos materiales de su comisión, individualizar a las personas involucradas, incluyendo a los agraviados (artículo 330 numeral 2 del Código Procesal Penal); mientras que la formalización de la investigación preparatoria busca reunir los elementos de convicción, de cargo y de descargo, que permitan al fiscal decidir si formula o no acusación (artículo 231 numeral 1 del Código Procesal Penal).

Sin embargo, si analizamos tales finalidades veremos que la emisión de la disposición de formalización no impide que se realicen diligencias que debieron hacerse inicialmente, ni que las ya hechas se amplíen; consecuentemente dicha distinción normativa no termina por distinguir ambas sub fases.

Las distinciones más significativas que podemos encontrar entre la investigación preliminar y la formalización de investigación preparatoria están en primer término la *individualización* del imputado, requisito ineludible para poder judicializar la investigación conforme al artículo 336 numeral 2 literal a) del Código Procesal Penal. En segundo lugar, una vez formalizada la investigación el *fiscal perderá la facultad de archivar la investigación sin intervención judicial* de acuerdo al artículo 339 numeral 2 del Código acotado; este

mandato habilita al juez de la investigación preparatoria a promover el ejercicio de la acción penal al desaprobado el sobreseimiento (archivo) requerido por el fiscal.

Esta última facultad legal entra en colisión directa con el *principio acusatorio* y con la titularidad del ejercicio de la acción penal que la Constitución Política delega al Ministerio Público, se actuaría con coherencia constitucional si el archivo (sobreseimiento) decidido por el Ministerio Público, una vez dispuesta la formalización de la investigación preparatoria, pudiera ser objeto de otro recurso de elevación de actuados para ser resuelto de manera directa por el fiscal superior, siendo éste quien decida confirmar el archivo, ordenar otras diligencias o remitir los actuados a otro fiscal provincial para que requiera acusación. Este control judicial no se encuentra referido a la protección de derechos fundamentales del imputado, sino más bien a un control sobre la renuncia del ejercicio de la acción penal del Ministerio Público.

Por tanto, el control judicial durante la investigación preparatoria no se supedita a que se formalice la investigación preparatoria, ergo no existe un momento sin control judicial, una postura contraria significaría ser incoherente con el deber de garante de derechos fundamentales del juez de la investigación preparatoria, y además optar por una interpretación inconstitucional al contravenir el artículo 44 de la Constitución Política que ordena como parte de los deberes primordiales del Estado garantizar la plena vigencia de los derechos humanos. Allí donde se practique un acto de investigación que requiera afectar derechos fundamentales se tendrá intervención del juez de investigación preparatoria, sea ésta en diligencias preliminares o con formalización de investigación.

4. El Juez de Investigación Preparatoria como Garante de los Derechos Fundamentales

Una figura central del proceso es el poderío del Juez, su importancia es tal que de no existir no podríamos concebir un Estado de Derecho, es el único capaz de producir resultados de las decisiones que toma, ya sea condenando o absolviendo, estas decisiones constituyen en su momento la cosa juzgada; es una clara personalización del *Ius Puniendi* del Estado, acentuando aquello que le es posible hacer al juez y que resulta imposible hacer a todos los que no lo son. “El poder de los jueces es, pues, un aspecto de la «realidad» del Derecho que

es ineliminable de cualquier análisis y que a nadie le puede pasar inadvertido” (Aguiló, 2012, p. 161).

Gimeno Sendra enseña que el juez dentro del proceso penal tiene varios tipos de potestades; la potestad ordenatoria, mediante la cual llama a las partes y terceros al proceso, se trata de actos de impulso procesal; la potestad de instrumentación o documentación, que otorga a actos de investigación la calidad de prueba; la potestad decisoria, referida a una resolución con calidad de cosa juzgada; y la potestad de ejecución, para llevar adelante el sentido de la sentencia (Gimeno Sendra, 2004, pp. 31-32).

Sin embargo, el Código Proceso Penal del 2004 trae consigo una novedosa e importante figura judicial: los *jueces de investigación preparatoria*, son jueces que no juzgan, no emiten sentencia -al menos no durante la investigación preparatoria; ¿Quiere decir entonces que no tiene función jurisdiccional? No, conforme al artículo 16 numeral 4 del Código Procesal Penal cuentan con potestad jurisdiccional, distinto es que dicha potestad no esté encaminada a resolver la inocencia o culpabilidad del imputado; sino más bien, cautelar sus derechos fundamentales durante la investigación.

Cuando se hace mención al control judicial de la investigación preparatoria se alude a un control sustancial de derechos fundamentales, de ese modo cumple “una característica esencial de la jurisdicción, desde su visión actual, está representada por su misión de resguardar los derechos humanos” (Maier, 2011, p. 445).

Éste control no se puede dejar en manos del Ministerio Público; el artículo 154 numeral 4 de la Constitución Política otorga al Ministerio Público la facultad *conducir* desde su inicio la investigación del delito; y si bien también tiene asignado el deber de *defender la legalidad*, su posición de cara al proceso penal -acreditar los hechos delictivos e identificar a los autores de su comisión- le imposibilita ejercer un control sustancial de garantías y derechos fundamentales, es inevitable que “va generar necesariamente la afectación de algunos derechos de los procesados, derechos que la ley magna consagra como fundamentales” (Rodríguez, Ugaz, Gamero y Schönbohm, 2012, p. 27).

“Schünemann considera que en la modernización del proceso penal, asignar la investigación al MP es una elección mucho más acertada que el mantenimiento de la figura del Juez de Instrucción, toda vez que a éste se le puede objetar que reúne, en una

misma persona, la función de conducir las investigaciones y de decidir sobre la afectación de derechos fundamentales, careciendo así de una distancia valorativa necesaria respecto de sus propias investigaciones, para estar en capacidad de efectuar una ponderación entre el fin de investigar y la gravedad con que el derecho fundamental en cuestión será afectado” (Del Rio Labarthe, 2010, p.35).

Distancia valorativa que tampoco cuenta el Ministerio Público respecto a sus actos de investigación; no es posible suponer que la parte que investiga el delito y que requiere restringir derechos fundamentales del sospechoso, pueda a su vez identificar actos lesivos de su propio proceder, y aún más, ejercer actos de autocontrol; la parte afectada con una medida limitativa de derechos no podría buscar tutela al mismo ente -Ministerio Público- que ocasionó el agravio, sería una incompatibilidad funcional dentro del proceso penal.

La parte afectada debe poder acudir a una figura lo suficientemente imparcial e independiente que pueda reparar el acto lesivo; es decir ejecutar actos de control cuando se requiera restringir derechos fundamentales sin que ello implique arrogarse funciones de dirección de investigación, nuestro sistema procesal penal encarga esa función al juez de investigación preparatoria, la razón de su participación durante la investigación preparatoria es la de “controlar la legalidad de las actuaciones del Ministerio Público y la de salvaguarda de los derechos fundamentales” (Gimeno Sendra, en San Martín, 2007, pp. 95).

El Ministerio Público, aunque titular de la acción penal, no deja de ser un sujeto procesal dentro de la investigación, incluso en una etapa prejudicial, “el CPP no implicaba un mero cambio cosmético de la legislación procesal, sino que se trataba de un verdadero cambio de modelo procesal que requería que el órgano jurisdiccional, que era quien menos cambios funcionales iba a tener, pudiera cautelar el desempeño adecuado de los demás sujetos procesales” (Iberico Castañeda, 2017, p. 36); por lo tanto, realizado el control jurisdiccional el Ministerio Público se encuentra sometido a su decisión, debiendo de reconducir sus actuaciones conforme a los cánones impuestos judicialmente.

Todos los actos de control que realiza el juez de investigación preparatoria tienen relación directa con restricciones de derechos fundamentales, por ello su legitimidad tiene respaldo Constitucional, el bloque normativo de protección de derechos fundamentales a cargo del juez es extenso, en primer término podemos citar el artículo 146.1 de la Carta Magna, que

establece que los magistrados judiciales sólo están sometidos a la Constitución y a la ley; teniendo presente ello, es un mandato imperativo constitucional que el Estado garantice la protección de los derechos humanos de acuerdo al artículo 44 de la Constitución Política; si bien es cierto esta defensa de derechos corresponde a todo el aparato estatal, en lo concerniente al proceso penal, dicha función de protección solo puede ser efectiva encomendándose a los jueces.

Cabe preguntarnos ¿El juez de investigación preparatoria, apunta a realizar un control efectivo de derechos fundamentales desde la ley o desde la Constitución? Para ello podemos tomar como referencia dos momentos de control o de corrección, el primero referido a la limitación de derechos fundamentales practicada por el Ministerio Público en casos que por la urgencia no se pueda esperar obtener permiso judicial, como por ejemplo en la búsqueda de pruebas en los casos del artículo 203 numeral 03, incautación de documentos en el artículo 225 numeral 5, reexamen de intervención de las telecomunicaciones en el artículo 231 numeral 5, entre otros del Código Procesal Penal.

En todos estos supuestos se actúa unilateralmente, y aunque dichas normas prevén como requisitos de ejecución la observancia a los principios proporcionalidad y necesidad, lo cierto es que una vez ejecutadas son sometidos a un procedimiento de confirmación (control) ante el juez de investigación preparatoria, quien puede aprobar la medida (la lesión al derecho fundamental es justificada), o desaprobala (la lesión al derecho fundamental es injustificada).

El segundo momento de control es uno de verificación previa, casos que también podemos encontrarlos en la *búsqueda de pruebas y restricción de derechos, y medidas de coerción procesal*, supuestos en los cuales el Ministerio Público no puede limitar derechos fundamentales sin que previamente el juzgado de investigación preparatoria examine la proporcionalidad y necesidad de la medida, por lo general existe un debate previo entre el Ministerio Público y la defensa del afectado -con excepción de la *detención preliminar judicial* cuyo pedido y resolución se tramitan en *inaudita parte*-; de considerarse que la medida limitativa de derechos se encuentra justificada se otorga concesión para lesionarlos, caso contrario se deniega el permiso.

Ambas instituciones tienen un rasgo en común y tal vez el más importante, por medio de ellas se otorga al Estado la concesión de lesionar derechos fundamentales del imputado que van desde el derecho a la intimidad hasta la libertad ambulatoria, claro está con una finalidad inmediata distinta, pues mientras la *búsqueda de pruebas y restricción de derechos* tiene por objeto el esclarecimiento de los hechos por medio de la búsqueda de la prueba, las *medidas de coerción procesal* busca asegurar una tutela jurisdiccional efectiva con la presencia del imputado, “unas serán medidas instrumentales restrictivas de derechos y otras medidas provisionales con función cautelar, aseguradora de la prueba o tuitiva-coercitiva” (San Martín, 2012, p. 314).

Tomando el antecedente del Título Preliminar del Código Procesal Penal podemos encontrar los artículos VI respecto a la legalidad de las medidas limitativas de derechos, y el artículo VIII sobre la legitimidad de la prueba; ambos preceptos normativos tienen una alta carga de protección de derechos fundamentales, permitiendo su lesión tan solo en casos excepcionales con intervención judicial, mediante resolución motivada y respeto al principio de proporcionalidad; además advierten que cualquier prueba obtenida directa o indirectamente con violación a los derechos fundamentales no tendrá efecto legal.

Esta valoración privilegiada de los derechos fundamentales en el Código Procesal Penal del 2004 significa que la misma ley establece un mandato de sujeción especial respecto al examen constitucional del asunto materia de control por el juez de la investigación preparatoria; en ese sentido, en primer lugar, el juez debe realizar un control efectivo de los derechos fundamentales desde la Constitución, acto seguido interpreta y aplica la ley. Con ello se afirma que, para nuestra norma procesal penal, lo fundamental son “los controles que se instauran para evitar la utilización arbitraria del poder público, consistente en el avasallamiento de la persona y de sus derechos fundamentales” (San Martín, 2012, p. 209).

¿Puede un juez que luego va a evaluar los resultados de la investigación ser, primero, garante de los derechos del investigado? Nuestro Código Procesal Penal ha querido mantener un control jurisdiccional durante todo el proceso penal, y dado que se compone de tres etapas de naturaleza distinta lo coherente hubiera sido designar un juez distinto para cada etapa; sin embargo, se ha encargado al juez de la investigación preparatoria realizar un control jurisdiccional sobre dos de ellas; en tal contexto, el enfoque jurídico con el que el juez se

aproxime al conocimiento de la causa, es central para el correcto desenvolvimiento de su labor. No se trata, pues, una actitud subjetiva y personal del juez, sino de un auténtico marco conceptual que le sirva de base para desarrollar su función jurisdiccional, es decir, del enfoque de protección de derechos que el juez debe tener frente a la labor del Ministerio Público durante la investigación.

Afirmar la legitimidad constitucional de la potestad judicial de control sobre los actos de investigación del Ministerio Público, solo tiene sentido en la medida de que dicho control se ejerza como garantía jurídica efectiva de los derechos fundamentales del investigado. Ello implica la necesidad de un cambio de giro en el modo de razonamiento del juez durante la investigación, su análisis jurídico no puede satisfacerse con la aplicación mecánica de la normatividad procesal (de rango legal), pues su poder no es autoritativo o juridificante, sino de garantía constitucional; es decir, no es un juez creado como requisito autoritativo previo para la labor fiscal (la autonomía constitucional del Ministerio Público impide una lectura de este talante), ni menos se trata de un juez cuya participación se reduzca a validar automáticamente los actos de investigación del Ministerio Público, cuando éste exprese la necesidad de los mismos para su investigación (pues ello reduciría la labor judicial a la condición de mesa de partes del fiscal); no se desestima los alcances de la ley procesal penal, sino que su interpretación por el juez de la investigación preparatoria debe estar directamente subordinada a los fines que la Constitución prevé para el proceso penal.

Atienza (2013) afirma que “una nueva concepción del derecho (y el fenómeno del constitucionalismo en cuanto tal) supone una mayor demanda de justificación, de argumentación, en el derecho: tanto en términos cuantitativos como cualitativos” (p. 29); en ese mismo sentido Ferrajoli (2004) expone: “La incorporación de los derechos fundamentales en el nivel constitucional, cambian la relación entre el juez y la ley, y asignan a la jurisdicción una función de garantía del ciudadano frente a las violaciones de cualquier nivel de la legalidad por parte de los poderes públicos” (p. 26).

Ese es el cambio de paradigma que enfrenta el juez durante la investigación del delito; la vinculación de este no se sujeta únicamente al texto de la ley, sino también, a los principios que las fundamentan, que para el caso del proceso penal tiene una dualidad, por un lado, normas tendientes a proteger a la población de amenazas contra su seguridad, pero también

están las que garantizan la vigencia de los derechos fundamentales. En ese sentido, la búsqueda de la verdad y evitar la impunidad son finalidades del proceso, pero las mismas se consiguen en coherencia con el respeto de derechos fundamentales, si tales necesitan ser restringidos deben pasar por una necesaria evaluación judicial.

Esta evaluación judicial no se centra en cuestiones procesales abstractas, sino en aspectos concretos; el Ministerio Público es quien propone un acto de investigación que lesiona un derecho fundamental, a efectos obtener éxito en su investigación, y le toca al juez analizar esa propuesta desde de una óptica de ponderación; por un lado el Ministerio Público pone en la balanza la averiguación del delito y sus responsables, la seguridad de la población y evitar impunidad, y del otro lado el juez pone en la balanza la defensa de los derechos fundamentales, pondera los deberes del Estado para determinar si la lesión requerida por el Ministerio Público es idónea, necesaria y proporcional; esta ponderación se realiza desde una óptica constitucional, no se trata ya de realizar interpretaciones literales y descontextualizadas de la norma, sino de las razones que las justifican.

Para la defensa de los derechos fundamentales el uso de la subsunción de las leyes es indispensable pero no suficiente, se requiere además una ponderación basada en derechos fundamentales; en ese sentido, las decisiones que tome el juez deben ir más allá de aplicar un correcto silogismo normativo, sino que deben ser justificadas constitucionalmente.

Ese es el cambio de enfoque que requiere el juez para desempeñarse en la investigación, para imponer sus decisiones al Ministerio Público pese a ser éste el director de la investigación; “hoy en día el reto fundamental de los derechos no se encuentra en su establecimiento sino en los modos efectivos en que pueden ser garantizados. (Carbonell, 2001, p. 190)”; en nuestro proceso penal, y concretamente en la investigación del delito, todo asunto que concierne alguna limitación y/o lesión de un derecho fundamental se remite a la valoración del juez. Ese sentido, si el Ministerio Público, de cara a su posicionamiento en la investigación, se encuentra propenso a lesionar derechos fundamentales, el Juez, en esa misma investigación, es el garante de la defensa de esos derechos fundamentales.

Este cambio de paradigma tiene plena eficacia práctica. Esto lo podemos corroborar en los casos concretos planteados en el capítulo I como falencias de control judicial durante la investigación. Así, podemos afirmar que -en el primer caso- si la Constitución Política prevé,

en el artículo 139 numeral 14, el ejercicio del derecho de defensa en cualquier estado del proceso, resulta contrario a ese fin no exigir una motivación suficiente para restringir derechos fundamentales a espaldas del afectado, lectura que constantemente se da al artículo 203 numeral 2 del Código Procesal Penal; la misma cambia si el juez realiza un control mirando en primer lugar la Constitución Política -derecho de defensa-, para luego interpretar el texto de la ley -restricción de derechos inaudita parte-; ¿No se optimiza el derecho de defensa si se requiere al Ministerio Público motivar la necesidad de restringir derechos fundamentales a espaldas del afectado?

Respecto al plazo razonable -segundo caso-, de la lectura literal del artículo 343 numeral 1 del Código Procesal Penal se desprende que compete al Fiscal dar por concluida la investigación preparatoria; si damos prevalencia formal a este mandato normativo, podemos deducir que aun cuando se constate una dilación indebida del plazo de investigación ésta solo puede ser concluida por su propio agresor, razonamiento que deviene de un control formal bajo la subsunción de la ley; sin embargo, si el juez aplicase un control sustancial bajo la ponderación, daría cuenta que la Constitución Política prevé el derecho al debido proceso, y como derecho implícito el plazo razonable. Por tanto, puede -debe- corregir el acto atentatorio al derecho fundamental dando fin a la investigación luego de constatarse una dilación indebida. ¿Acaso no se optimiza el derecho al plazo razonable al concluir una investigación cuya duración ya resulta indebida?

Con relación a la certeza de imputación en la prisión preventiva -tercer caso- se ha sustentado que el control de tipicidad solo puede realizarse en una audiencia de improcedencia de acción conforme el artículo 6 numeral 1 literal b del Código Procesal Penal, nuevamente se trata de un control formal basado en la literalidad de la norma. La Constitución Política prevé el principio de legalidad en el artículo 2 numeral 24 literal d, este derecho fundamental es una pauta vinculante para interpretar el prepuesto de “graves y fundados elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito” ¿No se garantiza el principio de legalidad al requerir una apariencia delictiva sobre los hechos que se imputan como graves y fundados en la audiencia de prisión preventiva? Esa lógica argumentativa procede de un control sustancial.

Por último, sobre los derechos a ser reclamados vía tutela de derechos -cuarto caso-, se ha interpretado en base al artículo 71 numerales 2 y 4 del Código Procesal Penal que solo puede acudirse vía tutela de derechos cuando se está ante una lesión a los derechos enlistados en la norma citada, por tanto, cualquier reclamo de algún derecho no enlistado deberá ser rechazado liminarmente. Lectura formal que resulta manifiestamente inconstitucional, precisamente el respaldo constitucional que tiene el juez durante la investigación del delito descansa en el deber del estado de garantizar la defensa de los derechos fundamentales de acuerdo al artículo 44 de la Constitución Política; no se está incitando un abuso de derecho, sino que resulta ilegítimo que el juez evada examinar agresiones a derechos fundamentales no enlistados, pues ello significaría evadir su función de garante ¿Si el juez no pudiera cumplir esa única función, que juez sería?

La legitimidad constitucional del juez para controlar los actos de investigación del Ministerio Público descansan en la constitucionalización de derechos fundamentales y las garantías de su cumplimiento; éste respaldo constitucional legitima el control del juez durante la investigación del delito, y representa un parámetro al principio acusatorio; ello le significa al juez realizar un control desde la constitución para interpretar la ley conforme a los fines constitucionales; por tanto, no se trata tan solo de un asunto teórico, el cambio de enfoque jurisdiccional se trasluce en las decisiones cotidianas, por un lado, requiriendo mayor justificación al Ministerio Público al momento de requerir restricciones de derechos fundamentales, y, por otro lado, otorgando seguridad jurídica al imputado de que sus derechos se encuentran garantizados por un juez; Ferrajoli con mucho acierto ha descrito que los “Derechos y Garantías son la Ley del Más Débil”, y, en el momento del proceso penal -especialmente en la investigación- el más débil es el imputado; he ahí la trascendencia del juez durante la investigación.

Conclusiones

Primera

La fuente de legitimación jurisdiccional durante la etapa de investigación es la constitucionalización de los derechos fundamentales, su defensa requiere de actos concretos que solo pueden ser realizados por el juez, esta legitimación forma parte del bloque de constitucionalidad previsto en el artículo 44 y 138 de la Constitución Política y, demás normas de carácter supranacional sobre derechos fundamentales que son vinculantes para nuestro ordenamiento jurídico interno. El juez en la investigación, una vez requerida su actuación, ejerce un control jurisdiccional sobre los actos del Ministerio Público pudiendo declararlos inválidos si atentan injustificadamente los derechos fundamentales. El principio acusatorio, y por ende el estatus de director de la investigación del Ministerio Público, no se superpone a los actos de control judicial de derechos fundamentales, encuentra aquí su única restricción, un límite. Un Estado Constitucional de Derecho no solo se caracteriza por la constitucionalización de derechos fundamentales, sino también por su defensa mediante garantías, que para el caso en concreto del proceso penal y durante la etapa de investigación, se ejercen por el juez.

Segunda

Ser garante de los derechos fundamentales le significa al juez un cambio de paradigma de sus decisiones, deja de lado el control formal (legal) para realizar un control sustancial (constitucional); resuelve el caso en concreto efectuando una primera mirada a la constitución para luego poder interpretar el texto legal de acuerdo a los fines constitucionales; por tanto, no solo utiliza una herramienta de subsunción normativa, sino que al tratar restricciones de derechos fundamentales pondera los requerimientos del Ministerio Público y sus deberes

constitucionales de persecución del delito, para con los deberes del Estado de garantizar los derechos fundamentales. Esta ponderación constitucional es inevitable, nace precisamente de la constitucionalización de los derechos fundamentales.

Tercera

El proceso penal bajo el principio acusatorio no da espacio a la actuación del juez en la investigación del delito; el Ministerio Público por mandato del artículo 159 numeral 4 de la Constitución Política dirige la investigación, aun cuando el juez cuenta con jurisdiccionalidad ésta es *sui generis*, no tiene facultad decisoria sobre el fondo del proceso (no determina culpabilidad o inocencia), no busca la verdad (no es un juez instructor), su actuación se encuentra supeditada a requerimiento de las partes (principio de rogación), principalmente a la actuación del Ministerio Público; características que muchas veces -de acuerdo a la casuística analizada- conlleva a asimilar su intervención como un acto formal de mera validación de los actos del Ministerio Público; o, a preponderar la función de averiguación del delito sobre la función de control judicial. Sin embargo, ello no limita el control judicial, pues el respaldo de su legitimidad descansa en la constitucionalización de derechos fundamentales, su defensa es la finalidad de su intervención, no requiere mayor respaldo y/o legitimidad que ese.

Cuarta

Aun cuando el Ministerio Público ostente el título de defensor de la legalidad, su posicionamiento de cara al proceso lo hace propenso a lesionar derechos fundamentales, consecuentemente tratar de defenderlos mediante actos de autocorrección es una tarea inviable; la auto regulación o autocorrección no solo atenta el bloque normativo supranacional que exige intervención judicial cuando se trata de lesiones a derechos fundamentales, sino que representa una incompatibilidad funcional del Ministerio Público; por esa razón, garantizar la defensa de derechos fundamentales debe delegarse a un ente distinto al que investiga el delito, que en el caso de nuestra legislación es un ente jurisdiccional.

Quinta:

La casuística devela falencias en la actuación del Juez de Investigación Preparatoria durante la investigación del delito, así como la falta de comprensión de su intervención; casos como la autorización inaudita parte de los actos limitativos de derechos, el control de plazos de la investigación, certeza de imputación en la prisión preventiva o tutela de derechos son algunas de las manifestaciones en las que el juez deja de ejercer control sobre actos que lesionan derechos fundamentales, evidenciando una superposición de los actos de investigación del Ministerio Público sobre los actos de control del juez, muchas veces basado en el principio acusatorio; se relega la defensa de derechos fundamentales como una función residual frente a los fines de averiguación del delito; todo ello por no situar al juez en su papel de garante de los derechos fundamentales durante la investigación.

Sexta:

Las garantías secundarias -o también garantías jurisdiccionales- desarrolladas por el Constitucionalismo Garantista son un aporte dogmático que viabiliza los actos de control jurisdiccional de derechos fundamentales; estas garantías son concebidas como técnicas normativas de anulación de actos lesivos, cuya actuación recae sobre la función judicial. El Código Procesal Penal del 2004 contiene un cúmulo importante de normas que cumplen dichas características durante la investigación del delito, esta conexión teórica-normativa es una herramienta útil para fundamentar la necesaria intromisión del juez sobre el control de las actuaciones del Ministerio Público. Su uso teórico no solo genera una mayor comprensión de la función judicial de protección de los derechos fundamentales, sino que también asiste a la mejor resolución de los casos concretos que se presenten ante el juez durante la investigación.

Referencias Bibliográficas

- Aguiló Regla, J. (2007). Positivismo y postpositivismo: dos paradigmas jurídicos en pocas palabras. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 0(30), pp. 665-675. Consulta: 03 de mayo del 2020. DOI: <https://doi.org/10.14198/DOXA2007.30.55>.
- Aguiló Regla, J. (2009). Imparcialidad y concepciones del derecho. *Novos Estudos Jurídicos*. 2012, 17(2): 161-172- Consulta: 30 de marzo del 2020. DOI: 10.14210/nej.v17n2.p161-172.
- Alexy, R. (2015). *Teoría de la Argumentación Jurídica*. Lima, Perú: Editorial Palestra.
- Ambos, K. (2010). *Fundamentos y Ensayos Críticos de Derecho Penal y Procesal Penal*. Lima, Perú. Palestra Editores.
- Atienza, M. (2011). Dos versiones del constitucionalismo. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 0(34), pp. 73-88. Consulta: 06 de mayo del 2020. DOI: <https://doi.org/10.14198/DOXA2011.34.04>
- Atienza, M. (2012). *El Derecho como Argumentación*. Barcelona, España: Editorial Ariel.
- Atienza, M. (2013). *El Sentido del Derecho*. Barcelona, España: Editorial Ariel.
- Atienza, M. (2013). *Curso de Argumentación Jurídica*. Madrid, España: Editorial Trotta.
- Azabache, C., Cubas, V., y Urquiza, J. (2004). Mesa redonda: El Nuevo Código Procesal Penal en el Sistema de Administración de Justicia Peruano. *Derecho & Sociedad*, 0(23), 242-252. Consulta: 11 de marzo del 2020. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechosociedad/article/view/16885>.
- Cáceres, R. (2015). La Cesación de la Prisión Preventiva. En J. Castillo (Ed.), *Prisión Preventiva* (pp. 235-252). Lima, Perú: Instituto Pacífico.
- Cadena, H. (2020). *El criterio preponderante para configurar el peligro procesal de la prisión preventiva: a propósito del subprincipio de necesidad*. [Tesis de Maestría, Pontificia Universidad Católica del Perú].

- http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/17709/CADENA_TINUCO_HUSSEIN%20%281%29.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Cafferata Nores, J. (2000). *Proceso penal y derechos humanos*. Buenos Aires, Argentina: Editores del Puerto S.R.L.
- Calamandrei, P. (1996). *Proceso y Democracia*. Buenos Aires, Argentina: Ediciones jurídicas Europa-America. Consulta 01 de febrero del 2021. Recuperado de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4245/11.pdf>.
- Carbonell, M. (2001). Los Derechos Fundamentales en la Constitución Mexicana: Una Propuesta de Reforma. *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*. 0(14), 181-193. Consulta 13 de marzo del 2021. Recuperado de <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcww7s6>.
- Carnelutti, F. (1994). *Cuestiones sobre el proceso penal*. Buenos Aires, Argentina: Librería El Foro.
- Caro Coria, D. (2006). Las garantías constitucionales del proceso penal. En Jan Woischnik (Ed.), *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2006* (pp. 1027-1045). Montevideo, Uruguay: KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG E. V. Consulta 06 de marzo del 2021. Recuperado de https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=871a16c7-57d7-7755-f0be-a36421a780e3&groupId=271408.
- Clariá, J. A. (1998). *Derecho Procesal Penal Tomo I*. Buenos Aires, Argentina. Rubinzal-Culzoni Editores.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (31 de marzo del 2020). *La CIDH urge a los Estados a garantizar la salud y la integridad de las personas privadas de libertad y sus familias frente a la pandemia del COVID-19*. <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/066.asp>.
- Cubas Villanueva, V. (2015). *El nuevo proceso penal peruano. Teoría y práctica de su implementación*. Lima, Perú: Palestra.
- Del Rio Labarthe, G. (2010). *La Etapa Intermedia en el Nuevo Proceso Penal Acusatorio*. Lima, Perú: Ara Editores.

- Espinosa-Saldaña, E. (2016). El Tribunal Constitucional y la potestad excepcional de declarar la nulidad de sus propias decisiones. *Revista Peruana de Derecho Constitucional Cosa Juzgada Constitucional*. 0(9), 23-58. Consulta: 23 de marzo del 2020. Recuperado de https://www.tc.gob.pe/wp-content/uploads/2018/10/revista_peruana_der_consti_9-1.pdf.
- Ferrajoli, L. (1995) *Derecho y Razón - Teoría del Garantismo Penal*. Madrid, España: Editorial Trotta.
- Ferrajoli, L. (2004). *Derechos y Garantías. La ley del Más Débil*. Madrid, España: Editorial Trotta.
- Ferrajoli, L. (2011). Constitucionalismo Principialista y Constitucionalismo Garantista. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 0(34), pp. 15-53. Consulta: 06 de mayo del 2020. DOI: <https://doi.org/10.14198/DOXA2011.34.02>.
- Ferrajoli, L. (2011). *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*. Madrid, España: Editorial Trotta.
- Ferrajoli, L., & Ruiz Manero, J. (2011). Un diálogo sobre principios constitucionales. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 0(34), pp. 363-377. Consulta: 08 de mayo del 2020. DOI: <https://doi.org/10.14198/DOXA2011.34.20>.
- García Belaunde, D. (1989). Notas sobre las garantías constitucionales en el Perú. *Revista Instituto Iberoamericano de Derechos Humanos*, 0(10), pp. 13-17. Consulta 18 de enero del 2021. Recuperado de <https://www.corteidh.or.cr/tablas/R06858-1.pdf>.
- Gracia Martín, Luis. (2005). Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado “Derecho penal del enemigo”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea)*, 0(07), pp. 02:1-02:43. Consulta 04 de mayo del 2021. Recuperado de: <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-02.pdf>.
- Gimeno Sendra, Vicente. (2004). *Introducción al Derecho Procesal Penal*. Madrid, España: Editorial Colex.
- Higa, C. (2013). El derecho a la Presunción de Inocencia desde un punto de vista constitucional. *Derecho & Sociedad*, 0(40), pp. 113-120. Consulta: 17 de septiembre del 2020. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/12793/13350>.

- Horvitz, M.I. y López, J. (2002). *Derecho Procesal Penal Chileno Tomo II*. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile. Consulta: 02 de mayo del 2020. Recuperado de <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/ad4c488043eb791199c4db4684c6236a/Lecturas+Parte+5.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=ad4c488043eb791199c4db4684c6236a>.
- Iberico Castañeda, Luis. (2017). *La Etapa Intermedia*. Lima, Perú. Pacífico Editores SAC.
- Instituto Nacional Penitenciario (2020). *Población Penal Intramuros por Situación Jurídica y Género según Oficina Regional*. Consulta: 23 de marzo del 2020. Recuperado de <https://www.inpe.gob.pe/estad%C3%ADstica1.html>
- Landa, C. (2006). Bases Constitucionales del Nuevo Código Procesal Penal Peruano. *Revista Institucional AMAG*, 0(7), 143-154. Consulta: 05 de marzo del 2020. Recuperado de https://sistemas.amag.edu.pe/publicaciones/revistas_institu/revista7.pdf.
- Landa, C. (2017). *Los derechos fundamentales*. Lima, Perú: Fondo Editorial de la Pontificia universidad Católica del Perú.
- Ledesma, M. (2014) *Estudios Críticos de Derecho Procesal Civil y Arbitraje Tomo II*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- Maier, J. (1993). El ministerio público: ¿un adolescente? En J.B. Maier (Ed.), *El Ministerio Público en el Proceso Penal* (pp. 17-36). Buenos Aires, Argentina. AD-HOC.
- Maier, J. (2011). *Derecho Procesal Penal Tomo II Parte General Sujetos Procesales*. Buenos Aires, Argentina. Editores del Puerto.
- Mendoza Ayma, C. (2012). *La necesidad de una imputación concreta en la construcción de un proceso penal cognitivo*. Lima, Perú: San Bernardo Libros Jurídicos.
- Miranda Estrampes, M. (1997). *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*. Barcelona, España. J.M. Boch.
- Miranda Estrampes, M. (2010). La Prueba Ilícita: La regla de exclusión probatoria y sus excepciones. *Revista Catalana de Seguret At Pública*, 0(22), 131-151. Consulta: 16 de enero del 2021. Recuperado de <https://www.raco.cat/index.php/RCSP/article/view/194215>.
- Montero Aroca, J. (1997). *Principios del proceso penal, una explicación basada en la razón*. Valencia, España: Tirant Lo Blanch.

- Montero Aroca, J. (2006). El principio acusatorio entendido como eslogan político. *IUS ET VERITAS*, 16(33), 208-219. Consulta: 04 de mayo del 2020. Recuperado a partir de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12352>.
- Montero Aroca, J., Gómez Colomer, J., Montón Redondo, A., Barona Vilar, S. (2001). *Derecho Jurisdiccional III Proceso Penal*. Valencia, España: Tirant Lo Blanch.
- Neyra Flores, J. (2007). Principio Acusatorio en El Nuevo Código Procesal Penal. *Revista Vox Juris*, 0(15), 129–188. Consulta: 04 de agosto del 2020. Recuperado de <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=fua&AN=31613467&lang=es&site=eds-live&scope=site>.
- Oré Guardia, A. (1994). El Código Procesal Penal de 1991. *Derecho & Sociedad*, 8(9), 118-124. Consulta: 10 de marzo del 2020. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechosociedad/article/view/14292>.
- Parra Quijano, J. (2007). *Manual de Derecho Probatorio*. Bogotá, Colombia. Librería Ediciones del Profesional Ltda.
- Picó I Junoy, J. (2012). El problema del efecto psicológico de la prueba ilícita. *Iuris: Actualidad y práctica del derecho*, 0(171), 35-37. Consulta: 15 de enero del 2021. Recuperado de <https://itemsweb.esade.edu/research/ipdp/171Probatica.pdf>.
- Prado Saldarriaga, V. (1990). Constitución, derecho y principios penales. *Derecho PUCP*, (43-44), 265-281. Consulta: 06 de marzo del 2021, recuperado de <https://doi.org/10.18800/derechopucp.199001.008>.
- Prado Saldarriaga, V. (2016). *Criminalidad Organizada Parte Especial*. Lima, Perú: Instituto Pacífico.
- Reyna Alfaro, L. (2015). *Manual de Derecho Procesal Penal*. Lima, Perú: Pacífico Editores.
- Rodríguez Hurtado, M., Ugaz Zegarra, A., Gamero Calero, L. y Schönbohm, H. (2012). *Manual de la Investigación Preparatoria del Proceso Penal Común*. Lima, Perú: Ediciones Nova Print S.A.C.
- Ross, A. (2006). *Sobre el Derecho y la Justicia*. Buenos Aires, Argentina: Eudeba.
- Roxin, C. (2000). *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires, Argentina: Editores del Puerto SRL.

- Salinas, R. (2014). *La etapa intermedia y resoluciones judiciales según el código procesal penal del 2004*. Lima, Perú: Editorial Grijley.
- San Martín Castro, César E. (2007). Acerca de la Función del Juez en la Investigación Preparatoria. *Revista Boliviana de Derecho*, (4), 81-112. Consulta 28 de diciembre de 2020. Recuperado de: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=427539904005>
- San Martín, C. (2012). *Estudios de Derecho Procesal Penal*. Lima, Perú: Grijley.
- San Martín, C. (2015). *Derecho Procesal Penal Lecciones*. Lima, Perú: INPECCP y CENALES.
- San Martín, C. (2020). *Derecho Procesal Penal Lecciones*. Lima, Perú: INPECCP y CENALES.
- Schlüchter, E. (1999). *Derecho Procesal Penal*. Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- Taruffo, M. (2008). *La prueba, Artículos y Conferencias*. Santiago de Chile. Editorial Metropolitana.
- Taruffo, M. (2018). La Verdad y Prueba dentro el Proceso. En Academia Plurinacional de Estudios Constitucionales (Ed.), *La teoría de la prueba*. (pp. 11-36). Sucre, Bolivia. Edición Especial del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia.
- Zamora-Acevedo, M. (2014). La búsqueda de la verdad en el proceso penal. *Acta Académica*. 0(54). 147-186. Consulta: 20 de septiembre del 2020. Recuperado de <http://revista.uaca.ac.cr/index.php/actas/article/view/100/82>.