

LA NECESIDAD DE UNIFORMIZAR CRITERIOS EN LA APLICACIÓN DEL CODIGO PROCESAL PENAL, DOS CASOS: LA TRANSCRIPCIÓN DE LAS AUDIENCIAS ORALES Y EL PROCEDIMIENTO DE CONFIRMACIÓN DE INCAUTACIÓN

Fray Tomás de Torquemada

SUMARIO

I. INTRODUCCION. II. IDEAS PRELIMINARES: LA NECESIDAD DE UNA REFORMA EN EL ENFOQUE DE LA CAPACITACIÓN EN EL CODIGO PROCESAL PENAL. III. LA ORALIDAD DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES EN EL MARCO DEL CODIGO PROCESAL PENAL. 3.1 La noción de *escrituralidad* versus la oralidad en el nuevo sistema. 3.2 Interpretación evolutiva de la constitución. Hacia una solución creativa de las discrepancias en la interpretación: ¿Porqué grabar es diferente a escribir? IV. LA CONFIRMACIÓN DE INCAUTACION Y LA BUSQUEDA DE PRUEBAS: UN EJEMPLO DE LA FALTA DE UNIDAD DE CRITERIOS. 4.1 Finalidad de la incautación de bienes. 4.2 Autorización judicial para la incautación: *ex ante* y *ex post*. 4.3 Teoría de la causa probable. 4.4 El Plazo para la confirmación de la incautación. 4.5 La interpretación de la Sala Penal de Apelaciones de Arequipa. 4.6 Incautación y decomiso. Diferencias. 4.7 El decomiso de drogas y otras sustancias prohibidas. V. CONCLUSIONES. VI. BIBLIOGRAFIA

"Para que el mal triunfe, solo se necesita que los hombres buenos no hagan nada."
Edmund Burke

NOTA: Todas las referencias normativas hechas en el presente artículo se deben entender referidas al Código Procesal Penal (Decreto Legislativo 957) salvo que se especifique lo contrario.

I. INTRODUCCION

Cuando se dispuso la entrada en vigencia progresiva del Código Procesal Penal en el Perú, no solo se inició el proceso de aplicar una nueva norma, si no la instauración de todo un nuevo sistema, con filosofía y estructura muy diferente al sistema predecesor. Entre los resultados esperados de este nuevo sistema procesal penal se tiene una mayor celeridad en los procesos, la protección de los derechos fundamentales de todos los sujetos procesales intervinientes, la lucha contra la delincuencia y la predictibilidad de las resoluciones judiciales como garantía de transparente administración de justicia.

Hoy en día es visible cómo cada Corte Superior aplica su propio criterio en materia de interpretación de la norma procesal a medida que va entrando en vigencia la norma, en algunos casos reflejando la idiosincrasia de cada región y el liderazgo de sus magistrados, en mayor o menor grado receptivos a la reforma, pero en todos los casos como consecuencia de una evidente falta de capacitación integral, compleja y especializada.

En este orden de ideas, en la primera parte de este trabajo se hace un breve análisis preliminar de los defectos a nivel de capacitación que a su vez generan la ausencia

de predictibilidad de las resoluciones judiciales y en la segunda parte un estudio breve de dos casos que demuestran como en temas muy específicos, las diferentes cortes del país, incluyendo la Corte Suprema, encuentran soluciones distintas y en algunos casos antagónicas a determinados problemas de índole procesal.

Finalmente, se ha hablado mucho en los últimos tiempos acerca de que el código genera impunidad, al extremo de proponer una serie de reformas normativas a éste; sin embargo si esta idea llega a calar, se corre el riesgo de que el Poder Legislativo modifique diversos artículos de la norma hasta hacer desaparecer su espíritu garantista. Lo cierto es que es muy probable que la raíz de este problema sea la pobre capacitación de los jueces, fiscales y Policía Nacional. La impunidad de la que se habla, usualmente se inicia en diligencias preliminares con una actividad de investigación y recolección de evidencia de muy pobre calidad, lo que se mantiene durante la etapa de investigación, contribuyendo a cimentar estas deficiencias la falta de criterios unánimes por parte de la magistratura para la insoslayable defensa de los derechos fundamentales de los involucrados en un proceso penal. Ninguna modificación en el Código logrará revertir este hecho si no se empieza primero por una verdadera y profunda capacitación a nivel nacional.

II. IDEAS PRELIMINARES: LA PREDICTIBILIDAD EN MATERIA DE RESOLUCIONES JUDICIALES Y LA NECESIDAD DE UNA REFORMA EN EL ENFOQUE DE LA CAPACITACIÓN EN EL CODIGO PROCESAL PENAL

Uno de los principales problemas en la actual administración de justicia en todas las materias, es la falta de predictibilidad de las resoluciones judiciales. En el caso del Código Procesal Penal vigente en gran parte del país, esto se evidencia más cuando se publican resoluciones judiciales provenientes de distintos distritos judiciales con soluciones divergentes respecto a un mismo tema.

Tal vez uno de los mayores costos sociales para el proceso de implementación sea el que genera la falta de capacitación. Los jueces y fiscales no preparados incurrirán en el dictado de resoluciones que amparan la arbitrariedad o actuarán diligencias que vulneran derechos fundamentales. Un defensor no capacitado no podrá garantizar al imputado (culpable o no) la mejor defensa posible en el marco de sus derechos constitucionales.

Se ha observado lamentablemente que en muchas capacitaciones, el propio ponente se encarga de advertir que el Código está lleno de errores, en lugar de proponer soluciones o interpretaciones que más bien corrijan los defectos legislativos y fortalezcan el sistema.

De otro lado se ha visto permanentemente la exagerada importancia que se le ha dado a las simulaciones de audiencias, en detrimento del necesario estudio de la dogmática procesal. Ejemplo de ello es uno de los casos a tratarse en este trabajo y que demuestra el casi inexistente conocimiento en nuestro medio de la teoría de la causa probable, teoría fundamental para aplicar cualquier medida restrictiva de derechos que permita la búsqueda de pruebas en el proceso penal. Este desconocimiento (que debió ser despejado mediante las capacitaciones) ha generado al momento de la aplicación del Código distintas y encontradas posiciones interpretativas de la norma por parte de fiscales y defensores así como de los propios magistrados.

De igual manera la falta de capacitación ha permitido que existan dudas respecto al manejo de los audios y la aplicación del principio de oralidad en el desarrollo del proceso penal. Esto a su vez ha permitido que la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República haya dictado la Casación 061-2009-La Libertad que a todas luces debilita el modelo respecto a la oralidad.

Así como estos hay muchos otros casos, por lo que resulta difícil que tanto jueces como fiscales asuman con valentía la necesidad de controlar la legalidad de las pruebas, la defensa irrestricta de la presunción de inocencia y condenar todo procedimiento arbitrario o lesivo a los derechos fundamentales de las personas, en particular del investigado o imputado; así como la defensa de los principios fundamentales del Código como son la oralidad, publicidad y contradicción.

Abona a lo argumentado la poca capacitación que se brinda a la Policía Nacional. Se ha incurrido en el error de capacitar a la policía (en las contadas oportunidades que se ha hecho) exclusivamente en temas de derecho procesal, invitándolos a seminarios y foros dirigidos a jueces, fiscales y abogados. Se cree erróneamente que es suficiente que la policía conozca los principios básicos del sistema garantista y algunos artículos de la norma. Lamentablemente la realidad nos ha demostrado que no es así. La Policía Nacional, y en tanto no haya una adecuada especialización institucional, necesita capacitación específica en criminalística, métodos de recojo y

resguardo de evidencia, métodos de interrogatorio, pautas claras y concisas de mecanismos para la obtención de pruebas evitando prácticas arbitrarias o ilegales que generen en el futuro que estas pruebas no puedan ser utilizadas en juicio.

Estas fallas en el sistema hacen peligrar su implementación, sobre todo cuando llegue el momento de aplicar el Código Procesal Penal en los distritos judiciales de Lima. Es previsible que los errores, divergencias interpretativas y la poca predictibilidad de las resoluciones judiciales se vean multiplicados enormemente ante el previsible número de causas que se producirán en estos distritos judiciales, con la consecuente percepción de la población de que el Código contiene fallas, cuando, conforme la experiencia de quienes estamos involucrados con el modelo, estas fallas son humanas y surgen debido a la incorrecta aplicación del modelo por falta de preparación y capacitación. El análisis que se presenta a continuación procura demostrar esto y adicionalmente aportar con elementos que permitan desarrollar el modelo penal en beneficio del sistema de administración de justicia.

III. LA ORALIDAD DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES EN EL MARCO DEL CODIGO PROCESAL PENAL

Con fecha cinco de marzo del año dos mil diez, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República expidió resolución en la casación Nro. 61-2009-La Libertad, donde en líneas generales se dispone que en las actas de audiencias llevadas conforme las reglas del Código Procesal Penal se haga la transcripción íntegra de las resoluciones que se dictan en estas, ello como consecuencia de una defectuosa elevación de autos por parte de la Sala de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de la Libertad.

La referida resolución y su lapidaria parte resolutive se producen aparentemente porque al elevar los autos se cometieron graves omisiones como no remitir los audios, a su vez las actas no se encontraban suscritas por los magistrados de la Sala de Apelaciones y en el caso de la resolución dictada por el Juez de Investigación Preparatoria, este declaró infundadas las excepciones de manera escueta sin colocar por lo menos la causal por la cual así fueron declaradas.

Si bien es cierto que en estricto no es obligatorio remitir los audios, ya que esto no está regulado expresamente en ningún dispositivo del código ni de los reglamentos correspondientes, resulta una cuestión de sentido común, y adicionalmente de

interpretación evolutiva de la norma: Si el audio es parte del expediente, y el mandato del artículo 430.5 del Código dispone elevar los actuados, se entiende que deben remitirse también los audios producidos a lo largo del proceso, o cuando menos los que van a ser materia de análisis.

Es importante indicar que la omisión en particular no fue de los magistrados de la Sala Penal de Apelaciones de La Libertad, puesto que como establece el Reglamento del Expediente Judicial bajo las normas del Código Procesal Penal aprobado por Resolución Administrativa 096-2006-CE-PJ en su artículo 35, las grabaciones están a cargo de la unidad de custodia de grabaciones y expedientes de cada corte, y más adelante en el artículo 36.4 precisa que es función de esta unidad *“prestar los CD's de audiencia y expedientes judiciales a los Jueces y auxiliares jurisdiccionales cuando les sean requeridos”* por lo que la resolución en análisis debió haber impuesto en todo caso sanciones administrativas a esta unidad.

Sin ánimo de justificar la omisión de los encargados de la unidad de custodia de grabaciones y expedientes de la Corte Superior de Justicia de la Libertad, es posible afirmar que la persona a cargo de preparar el expediente para su remisión olvidó que en Lima aún no está vigente el Código y por tanto no está integrada al sistema informático que contiene el expediente digital que incluye a los audios. Cabe resaltar aquí un visible error en el diseño y aplicación del sistema procesal: Si una de las ventajas que acompañan a la código es la implementación de un sistema informático integrado que evita el traslado físico de los CD's con el registro de las audiencias, era evidente que los procesos necesariamente tendrían que pasar en algún momento por la Corte Suprema en vía de casación, por lo que desde un inicio debió integrarse a las Salas Penales Supremas con este sistema informático.

Precisado lo anterior y entrando en materia, de la lectura de la casación 061-2009 aparece que no se llegó a resolver el fondo del recurso ya que las omisiones fueron advertidas en la calificación de admisibilidad de este. Así la Sala Penal Permanente decide, como consecuencia de ellas, imponer a la Sala Penal de Apelaciones de La Libertad y adicionalmente a todas las salas y juzgados penales del país la obligación de transcribir el íntegro de las resoluciones dictadas en audiencia.

El primer efecto, negativo por cierto, de esta resolución es su potencial capacidad de desalentar o desincentivar la oralidad y la inmediación en el proceso penal, ya que el Juez al momento de tener la facultad de escoger entre dictar una resolución en

audiencia de forma oral o diferirla para emitirla por escrito, y al saber que está obligado a transcribir los fundamentos, probablemente optará por diferir el dictado de la resolución a fin de evitar una doble labor.

Otro efecto podría ser la pérdida de calidad de las resoluciones, ya que al tener que resumirlas para poder lograr su transcripción rápida, se perdería toda posibilidad de explotar la oralidad como un mecanismo apropiado para una mejor elaboración de resoluciones. También existe la posibilidad de que el magistrado opte por recurrir al formato preparado previamente vulnerando directamente los principios del código al llevar una resolución pre elaborada convirtiendo la participación de las partes en audiencia en una formalidad puramente simbólica.

La Sala Penal Permanente en su disposición cuestiona el mecanismo de la transcripción de sólo la parte resolutive, por cuanto al no contener el acta los fundamentos, no se puede saber si lo resuelto guarda relación con estos. Si se observa con atención, la transcripción de la resolución completa no resuelve el problema señalado por la Sala Penal Permanente, debido a que la lectura y revisión de la motivación escrita del magistrado no garantiza que ésta esté vinculada con la fundamentación expuesta en audiencia por las partes procesales, lo que conlleva a que necesariamente tendría que escucharse el audio a fin de revisar si lo resuelto es coherente con lo expuesto por estas partes; en caso contrario la transcripción tendría que contener también lo expuesto por ellas, obligando por tanto no solo a la transcripción completa de la resolución si no a una transcripción literal de toda la audiencia.

En esta hipótesis, siendo que deberían transcribirse los audios de las audiencias llevadas a cabo al amparo del nuevo ordenamiento procesal penal, ¿Cómo debe considerarse el fuerte impacto que se produciría en la implementación y puesta en marcha del sistema procesal? De ser así se afectaría gravemente el presupuesto que consume la implementación del Código, pues se requerirá (tardíamente) de uno mayor, con las dificultades que ello implica, para contratar personal adicional que se dedique exclusivamente a la transcripción de los audios, restándole eficiencia al modelo o caso contrario se produciría un innecesario retraso en el trámite de los expedientes al obligar al personal jurisdiccional y jueces a adicionar horas de trabajo a sus labores para la transcripción de resoluciones e intervenciones de las partes.

3.1 La noción de *escrituralidad* versus la oralidad en el nuevo sistema

Respecto a la oralidad de las resoluciones judiciales, conforme a la interpretación que aparece en el considerando quinto de la casación en análisis, en el sentido de la transcripción íntegra de ellas en el acta, es necesario señalar que esta discusión ha sido superada por el Tribunal Constitucional mediante la resolución expedida en el expediente 02937-2009-PHC/TC, fundamento 5, recogiendo la tesis de la interpretación evolutiva del artículo 139 inciso 5 de la Constitución, cuando al referirse al audio de la audiencia señala:

“En conclusión, no se ha acreditado la vulneración del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, ni de ningún otro derecho invocado, toda vez que la Primera Sala de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de la Libertad ha cumplido con las exigencias del artículo 139, inciso 5, de la Constitución Política, al haber motivado la resolución cuestionada en forma razonada y suficiente.”

La Sala Penal Permanente indica también como fundamento que es necesario que las resoluciones estén transcritas de manera que se pueda garantizar su registro y archivo. En ese sentido cabe afirmar que el registro informático es mucho más eficiente que el papel en cuanto a archivo, control, orden y registro. Analicemos:

- a) El papel contra la creencia de la mayoría de la gente, es mucho más susceptible al medio ambiente que los archivos informáticos. El costo de almacenar papel y preservarlo es altísimo comparado al de la conservación de archivos informáticos, los que mediante un eficiente sistema de copias de seguridad, suelen ser más seguros, ocupando menos espacio y colaborando con las políticas ambientales de ahorro de papel e insumos químicos de la tinta. Adicionalmente la organización de archivos informáticos es menos costosa y más fácil que los archivos de papel. Su acceso es más rápido y por tanto su uso más eficiente.
- b) De otro lado si el objetivo es legitimar las resoluciones judiciales mediante la crítica jurídica y social de éstas, entonces ¿Por qué mantener la fotocopia como práctica cuando es mucho más viable y barato para la población en general acceder a los audios de las audiencias desde un determinado portal institucional vía internet? Se economiza también el papel, tinta y los sobrecostos de la fotocopia, así la sociedad puede acceder a cada una de las incidencias de una audiencia como si estuviese asistiendo a ella, con todos sus bemoles, discusiones y argumentaciones, en lugar de la fría lectura de un acta.

Finalmente, la Sala Penal Permanente invoca el artículo 27 apartado 2 del Reglamento General de Audiencias bajo las normas del Código Procesal Penal, que indica: “Si el Juez resuelve en el acto de audiencia, se consignará completamente el contenido de su decisión y los sujetos procesales intervinientes se tendrán por notificados en el mismo acto.” De acuerdo a la Sala Suprema esta norma debe interpretarse en el sentido que toda la resolución deba consignarse en el acta, sin embargo se puede ver que el apartado del reglamento alude solamente a la parte resolutive de la resolución, mas no a la parte considerativa o fundamentos. Curiosamente prueba de ello es la propia resolución en análisis, léase luego del considerando sexto, con negritas y centrada la palabra **DECISION** previa a la parte resolutive, siguiendo luego la expresión “Por estos fundamentos” de lo que se puede afirmar categóricamente y por la propia redacción de la casación 61-2009-La Libertad, que el artículo 27 apartado 2 del Reglamento General de Audiencias se refiere a la parte resolutive de cada auto o sentencia según corresponda.

3.2 Interpretación evolutiva de la constitución. Hacia una solución creativa de las discrepancias en la interpretación: ¿Porqué grabar es diferente a escribir?

Como se sabe, un notable aunque no mayoritario sector de la magistratura sostiene que la no transcripción de audiencia o por lo menos del íntegro de la resolución atenta contra la constitución por cuanto el registro o grabación del audio de la resolución no cumple con el mandato de resolución motivada escrita.

A este respecto, es necesario dar una breve mirada al pasado: En 1881, Thomas A. Edison, crea un aparato capaz de convertir la energía acústica en energía mecánica al que denomina fonógrafo. Las ondas eran registradas en cilindros de cera, mediante la creación de surcos con una aguja. Este procedimiento recibe el nombre de “grabado” debido a su similitud con el procedimiento de tallar o grabar en piedra, madera o metal. El equivalente de la palabra “grabar” en inglés es el término “record”. Posteriormente la grabación magnética es patentada en 1900 por el danés Valdemar Poulsen quien mediante el Telegráfico registra los sonidos en un hilo de metal magnetizado por un electroimán.

Más adelante aparecen los discos de vinilo con el mismo principio creado por Edison, mediante surcos. Aparecen también las cintas magnetofónicas con la grabación de sonido por medio de diferentes niveles de imantación en una cinta. En ambos casos se sigue utilizando el término “record” o “grabar”. Más tarde las

primeras computadoras aparecidas en los años cincuenta del siglo XX, utilizan también cintas electromagnéticas similares a las magnetofónicas para grabar datos en sistema numérico decimal. La información era procesada por medio de tarjetas de cartón perforadas, cuyos datos eran luego registrados en la cinta y viceversa.

Luego y a fines de los setentas y principio de los ochentas con la aparición del Betamax y el sistema VHS, se utiliza el mismo término para el registro de imágenes en cintas de video. El registro de audio y video en cintas magnéticas de la época tienen en común que usan una tecnología similar a la de sus sistemas predecesores, la que es bastante básica como se ha descrito y es llamada hoy **analógica**; mediante la cual los cabezales de los aparatos mediante un sistema sencillo de reproducción decodifican lo almacenado en los dispositivos correspondientes.

Los avances tecnológicos en informática permiten posteriormente la creación de discos duros y flexibles capaces de almacenar datos en formato electrónico y ya no mecánico. Este sistema es posible gracias a la utilización del sistema binario, así los programadores estando conscientes que al usar este sistema no podía usarse el término convencional *"record"* optan por el uso más apropiado de la palabra *"write"* para el registro de datos informáticos cuya traducción al español es *"escribir"*. Esto es porque el sistema binario finalmente no es otra cosa que otro sistema de escritura como lo fue en la antigüedad la escritura cuneiforme de los sumerios, los jeroglíficos egipcios o como son más recientemente la taquigrafía y el sistema Braille.

En España y en algunos países de Latinoamérica, se tradujo correctamente el término *"write"* y actualmente se hace referencia al proceso de almacenamiento de datos como el de *"leer y escribir datos en el disco duro"* por ejemplo. En el Perú no ocurrió así, y tal vez por el hecho, como ya se ha indicado, de que las primeras computadoras tenían como mecanismo de almacenamiento de datos las cintas de cassette o magnetofónicas se asimiló el término *"grabar"* en lugar del correcto *"escribir"*. Luego al aparecer los ya obsoletos discos flexibles (floppy disk) la jerga informática continuó usando el referido término *"grabar"* hasta la fecha, indistintamente del término correcto *"escribir"*.

Hoy en día el sistema **digital** que usamos a diferencia del analógico registra valores electrónicos positivos o negativos en los medios de almacenamiento de datos (Discos duros, CD's o unidades de memoria flash conocidas como USB o pen drive). Los valores eléctricos de positivo son equivalentes a uno (1) y los de negativo a cero

(0), que son los dos únicos posibles valores en el sistema numérico binario. El microprocesador del computador codifica o decodifica los datos ordinarios que nosotros conocemos y los convierte en última instancia a unos y ceros (positivos o negativos), así una película de alta resolución o una sinfonía completa en términos de registro informático son una serie enorme de unos y ceros.

Así, y en este orden de ideas, cuando se almacena en el computador por ejemplo el audio de una sentencia, se está *escribiendo* en el disco o CD la información binaria codificada, en otras palabras la resolución dictada (y su motivación) están siendo *escritas* en el medio de almacenamiento de datos, en estricto cumplimiento del mandato constitucional. Recordemos que la Constitución no dice: “*Motivación escrita en papel de las resoluciones judiciales [...]*” sino dice: “*Motivación escrita de las resoluciones judiciales [...]*”

En conclusión, este breve repaso histórico no es otra cosa que una afirmación y confirmación en los términos más claros posibles que la interpretación evolutiva de la constitución no hace otra cosa que recoger hechos de la realidad histórica y de los avances tecnológicos ante los cuales no podemos cerrar los ojos, estando obligados más bien a recogerlos y utilizarlos en beneficio de la compleja tarea de administrar justicia.

IV. LA CONFIRMACION DE INCAUTACION Y LA BUSQUEDA DE PRUEBAS: UN EJEMPLO DE LA FALTA DE UNIDAD DE CRITERIOS.

4.1 Finalidad de la incautación de bienes

El Código Procesal Penal establece como uno de los procedimientos para la búsqueda de pruebas la incautación de bienes, conforme el artículo 218 y siguientes, norma que se encuentra ubicado en el Subcapítulo I (La Exhibición e Incautación de Bienes), Capítulo VI (La Exhibición Forzada y la Incautación) del Título III (La búsqueda de pruebas y restricción de derechos) - Sección II (La Prueba) del Libro Segundo (La Actividad Procesal).

La incautación es en primer lugar una medida restrictiva de derechos. Pero ¿cuál es el derecho que se restringe y para qué? Así como la orden de allanamiento de domicilio restringe el derecho constitucional a la inviolabilidad de domicilio, en la incautación se restringe el derecho a la propiedad privada, que es también un derecho fundamental. Ante la presunta comisión de un delito, el Estado, por medio

de la ponderación a fin de evitar arbitrariedades, autoriza la restricción de estos derechos a fin de lograr un objetivo superior que es la búsqueda de pruebas que permitan destruir la presunción de inocencia que le asiste al investigado.

Como se puede ver, la finalidad primaria no es el apoderamiento del Estado de los bienes incautados de la presunta comisión de un delito, ni sacarlos del tráfico. Si bien en algunos casos los bienes serán retenidos e incluso destruidos para evitar la comisión de otros delitos o la consumación del que se viene investigando, esa no es la función primordial, si no la obtención de pruebas de la comisión de un ilícito.

4.2 Autorización judicial para la incautación: *ex ante* y *ex post*.

La incautación de bienes, como todas las medidas restrictivas de derechos para la búsqueda de pruebas, de acuerdo a nuestro ordenamiento tiene dos posibles momentos para su autorización, uno *ex ante* y otro *ex post*. Es *ex ante* en los casos en los que no existe flagrancia o no haya peligro en la demora. Se podrá solicitar al Juez dicte la medida de incautación fundamentando las razones por las que esta es necesaria. Este requerimiento no puede ser arbitrario ni basarse en corazonadas, deben existir fundadas razones por las cuales resulte necesaria la medida, siendo que en algunos casos se solicitará más de una de ellas, ya sea incautación, allanamiento de domicilio, registro personal u otras.

Se debe dejar claro que la regla general debe ser la autorización de incautación *ex ante* y la excepción la *ex post* (confirmación) y esta sólo cuando concurren los requisitos de la flagrancia o el peligro en la demora, puesto que tal como prescribe el artículo 218, la incautación puede hacerse por el Fiscal o la Policía sin necesidad de orden judicial sólo si existe uno de estos requisitos, luego y conforme establece el punto dos del artículo precitado el Fiscal requerirá al Juez de Investigación Preparatoria la correspondiente resolución confirmatoria.

4.3 Teoría de la causa probable

Las medidas señaladas no son nuevas, ya existían en el ordenamiento procesal penal anterior, pero no contaban con las garantías que se exigen ahora, lo que permitía que en muchos casos fueran dictadas y ejecutadas arbitrariamente. Por ello al momento de dictar la resolución que autoriza o confirma una medida de incautación de bienes, el Juez deberá verificar la existencia de una causa probable a fin de eliminar cualquier indicio o señal de arbitrariedad en la ejecución de la medida.

En ese sentido todavía falta mucho en la doctrina peruana para construir una apropiada teoría de la causa probable para el dictado de medidas restrictivas de derechos. En el sistema norteamericano por ejemplo, la incautación de bienes requiere que se haya probado previamente que los bienes proceden de actividades ilícitas. El desarrollo de esta teoría tiene un largo arraigo en los Estados Unidos, empero por las barreras del idioma poco se ha estudiado en nuestro medio, sin embargo una mirada a la jurisprudencia de Puerto Rico nos puede dar luces del desarrollo de la teoría de la causa probable: Así por ejemplo se ha establecido que la mera comisión de una infracción menor de tránsito no autoriza a la policía a registrar un vehículo de motor sin mandato judicial para tales efectos. Pueblo vs. De Jesús Franqui, 96 D.P.R. 643 (1968) o que la garantía constitucional contra allanamientos y registros ilegales no cubre la incautación de una evidencia que es abandonada o arrojada a un campo abierto, como lo es la vía pública. Pueblo vs. Del Valle, 83 D.P.R. 457 (1961); Pueblo v. González Charón, 83 D.P.R. 450 (1961).

Se sabe que la evidencia obtenida por medio de la incautación podría ser desechada si se verifica que ha sido obtenida mediante violación de derechos fundamentales. Si la incautación no es confirmada la evidencia obtenida por este mecanismo no podrá ser admitida al momento del control de acusación. Esta inadmisibilidad de la prueba se denomina en la jurisprudencia americana como regla de exclusión, estrechamente ligada a los mecanismos de obtención de prueba, entre ellos la incautación. Resulta interesante e ilustrativa la fundamentación hallada en la jurisprudencia de Puerto Rico y que aparece de la siguiente manera:

"Al referirnos a la 'regla de exclusión', contenida en la Sección 10 del Artículo II de nuestra Constitución, expresamos en Toll vs. Adorno Medina, 92 JTS 49, Opinión y Sentencia del 29 de abril de 1992, en lo pertinente, que: 'Podemos decir que la regla de exclusión encarna tres propósitos insitos en el Art. II, Sec. 10. Primero, disuadir y desalentar a los funcionarios del orden público de que violen la protección constitucional ("deterrence"). Se reconoce que este elemento disuasivo realmente es el más fundamental. Segundo, integridad judicial. Los tribunales no deben ser cómplices de actos de desobediencia a la Constitución y admitir evidencia ilegalmente obtenida. Y tercero, impedir que el gobierno se beneficie de sus propios actos ilícitos; de otra manera la ciudadanía perdería confianza en el gobierno.' Además, y como señala el Profesor Ernesto Chiesa, la 'regla de exclusión' se extiende a 'evidencia derivativa' que ha sido obtenida como 'fruto' de evidencia primaria que ha sido obtenida ilegalmente, esto es, '...a otra evidencia cuyo origen está vinculado estrechamente a la evidencia obtenida originalmente en violación de la protección constitucional'. Como resulta obvio, estamos hablando de la llamada doctrina 'del fruto del árbol ponzoñoso'." Jurisprudencia del

4.4 El Plazo para la confirmación de la incautación

La confirmación de la incautación tiene como fin revestir de legalidad a la evidencia obtenida por este medio y evitar arbitrariedades. Es un mecanismo de control de legalidad como indica el ordenamiento procesal penal colombiano y además, como ya se dijo, es excepcional. La consecuencia de la inobservancia del requisito de la confirmación es necesariamente la inadmisibilidad de la prueba o evidencia, es decir su exclusión del proceso. En otros sistemas más exigentes, como el chileno, no se contempla la confirmación, tal como fluye del texto del artículo 9 del Código Procesal Penal chileno, Título I de Principios Básicos equivalente a nuestro Título Preliminar:

“Autorización judicial previa. Toda actuación del procedimiento que privare al imputado o a un tercero del ejercicio de los derechos que la Constitución asegura, o lo restringiere o perturbare, requerirá de autorización judicial previa. En consecuencia, cuando una diligencia de investigación pudiere producir alguno de tales efectos, el fiscal deberá solicitar previamente autorización al juez de garantía.”

En el caso peruano, si bien el artículo 218.2 no establece un plazo para presentar el requerimiento de la confirmación de la incautación, esta norma debe ser concordada en primer lugar con el artículo 203.3, que establece los preceptos generales y presupuestos para todas las medidas restrictivas de derechos, entre ellas por supuesto la de incautación de bienes. Esta norma indica textualmente que el requerimiento de confirmación de incautación deberá ser puesto en conocimiento del Juez inmediatamente.

Este término de inmediatez es reiterado en el artículo 316, donde adicionalmente se menciona que el Juez de la Investigación Preparatoria emitirá la resolución que corresponda sin trámite alguno y en el plazo de dos días, concordante con el plazo dispuesto en el artículo 203.3 del Código.

El problema en la aplicación de la norma es: ¿A cuánto tiempo debe traducirse en la práctica el término *inmediatamente*? A fin de resolver esta duda debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 204.1, respecto a la impugnación de las resoluciones que conceden o confirman medidas restrictivas de derechos. Como se puede apreciar de su lectura el plazo para impugnarlas es de tres días **de ejecutada la medida**, de lo que se desprende prístinamente que entre la fecha que se ejecutó la medida, el requerimiento fiscal de confirmación, la resolución de confirmación y la

notificación de esta última no deben transcurrir más de dos días en el mejor de los casos y tres en el peor, ya que el afectado también necesita de un plazo razonable para poder preparar su recurso impugnatorio de estimarlo conveniente.

De mejor redacción es el artículo 241 referido a la inmovilización de bienes muebles, que concede expresamente el plazo de veinticuatro horas para solicitar al Juez la correspondiente resolución confirmatoria.

Como dato referencial el Código de Procedimiento Penal Colombiano (Ley 906 del 2004), en su artículo 84 establece que al plazo de confirmación o revisión de legalidad de lo actuado es de treinta y seis horas:

“Artículo 84. Trámite en la incautación u ocupación de bienes con fines de comiso. Dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes a la incautación u ocupación de bienes o recursos con fines de comiso, efectuadas por orden del Fiscal General de la Nación o su delegado, o por acción de la Policía Judicial en los eventos señalados en este código, el fiscal comparecerá ante el juez de control de garantías para que realice la audiencia de revisión de la legalidad sobre lo actuado.”

Como se ve, este breve análisis debería zanjar toda discusión, el Fiscal a fin de cumplir estos plazos debe de presentar su requerimiento el mismo día que ejecuta la medida de incautación preferentemente y a más tardar al día siguiente.

4.5 La interpretación de la Sala Penal de Apelaciones de Arequipa

En el sentido propuesto en este trabajo se han pronunciado diversos órganos jurisdiccionales, así el Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria de Trujillo en el expediente 2091-2008 declara inadmisibles la confirmación de incautación de armas por extemporánea, al no haberse solicitado inmediatamente. Igualmente la Sala de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Moquegua en el expediente 2009-00256-25-2001-JR.PE.1 desaprobó la incautación de billetes falsificados al haberse presentado el requerimiento cinco días después de haberse producido la incautación. Del mismo criterio es la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema conforme aparece del expediente de Casación N° 01-2008-La Libertad, al determinar que la incautación de arma de fuego carece de eficacia probatoria al no haberse solicitado la resolución confirmatoria al Juez de la Investigación Preparatoria, afectando así la garantía constitucional del debido proceso.

En interpretación distinta, la Sala de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa en el expediente N° 2009-03890-25-0401-JR-PE-3, donde al conocer en

apelación la resolución dictada por Juez de la Investigación Preparatoria que declaró improcedente el requerimiento de confirmación de mercadería de contrabando y vehículo instrumento del delito, por haberse solicitado veinte días después de los hechos; declaró fundada la apelación y revocó la recurrida bajo el argumento de que la demora en la petición de confirmación puede dar lugar a alguna responsabilidad administrativa en sede fiscal, pero que la extemporaneidad de la petición no está sujeta al efecto de la cancelación de la incautación, dado que los artículos 219 y 316 del Código no señalan plazo de caducidad ni efecto preclusivo expreso. Cabe resaltar que la resolución no hace ninguna mención a la teoría de la causa probable.

Adviértase algo sumamente importante que al parecer ha escapado de la vista de casi todos: Si el artículo 204 establece que el plazo para apelar es de tres días de ejecutada la medida, ¿cómo es que se concedió la apelación al Fiscal si este recurso fue solicitado por lo menos veinte días después de ejecutada la medida? La apelación también debió declararse inadmisibile por extemporánea, pudiendo haber recurrido el Fiscal en queja ante el superior donde seguramente se habría confirmado la extemporaneidad del recurso impugnatorio. Lo mismo sucede en el caso de la resolución expedida por la Sala de Apelaciones de Moquegua, donde a pesar de haberse resuelto conforme a los criterios propuestos, también se concedió la apelación al afectado luego de por lo menos cinco días de ejecutada la medida. Estos son casos donde en cada proceso cuatro magistrados del Poder Judicial omiten la aplicación de una norma de observancia obligatoria: En primer lugar el Juez de la Investigación Preparatoria al conceder el recurso de apelación en contra del mandato del artículo 204, de la misma manera los tres miembros de la Sala de Apelaciones obvian también la norma pudiendo haber declarado inadmisibile el recurso conforme lo dispuesto por el artículo 420.2. En el caso de Arequipa la norma es nuevamente obviada al no considerarla al momento de resolver el fondo de la impugnación. Aparentemente todos usaron (erróneamente) el artículo 414.1.c del Código para calcular el plazo de la apelación a pesar de existir norma especial.

Si la Sala de Apelaciones de Arequipa hubiera tomado en cuenta el plazo previsto por el artículo 204, hubiera podido también concordar esta norma con lo dispuesto en el artículo 144.1, que establece que vencidos los plazos (en este caso el de impugnación) caduca el derecho a hacer lo que debió o pudo hacer, por lo tanto es errónea la decisión de la Sala al indicar que no existe señalamiento de plazo de caducidad expreso. Es evidentemente errónea también la resolución al indicar que

en todo caso la responsabilidad por la demora es solo administrativa, dado que no solo se produce una demora del Ministerio Público que hace que el Fiscal a cargo de la investigación pueda ser pasible de una sanción disciplinaria, sino que también se afecta el derecho al debido proceso, ya que en la práctica se priva al afectado a interponer recurso de apelación si la resolución de confirmación se expide luego del plazo que este tiene para impugnarla, esto es más allá de los tres días de ejecutada.

4.6 Incautación y decomiso. Diferencias

Los términos incautación y decomiso gramaticalmente son sinónimos, sin embargo procesalmente se utilizan de manera diferente. Así la incautación se puede entender como un procedimiento por el cual se afecta temporalmente la posesión – que es uno de los poderes inherentes al derecho de propiedad – de una persona respecto a un bien, con la finalidad de apartar estos bienes para ser utilizados luego como evidencia de la comisión de un ilícito en un eventual juicio y para impedir que el ilícito se cometa o se siga cometiendo.

En cambio el decomiso normalmente es definitivo y su uso más ordinario se encuentra en materia administrativa, ejemplo de ello son los decomisos que realizan las aduanas del país o los controles sanitarios del Ministerio de Agricultura, donde se destruyen los frutos contaminados luego del decomiso sin que esto acarree responsabilidad penal del propietario, de ello se desprende que no necesariamente un bien decomisado es evidencia de un delito.

En nuestro ordenamiento penal, cuando sobre el mismo bien concurren las dos categorías en análisis, se requiere primero la incautación y luego se determina el decomiso. Así lo establece claramente la última parte del artículo 102 del Código Penal, refiriéndose a bienes provenientes de un delito que son decomisados:

“El Juez podrá disponer en todos los casos, con carácter previo, la medida de incautación, debiendo además proceder conforme a lo previsto en otras normas especiales.” (subrayado agregado).

El artículo 103 del Código Penal señala asimismo que el Juez tiene la facultad de disponer el decomiso, siendo la oportunidad para ello es cuando se evalúa la pena a imponerse por el delito y la reparación civil correspondiente, lo que se desprende la ubicación de los artículos 102 y 103 del Código Penal: Título VI: De la reparación civil y consecuencias accesorias. Capítulo II: Consecuencias accesorias.

Confirma el análisis previo, lo prescrito por los artículos 547.1; 547.4; 549.1, 318.4 y 217 del Código Procesal Penal, en el sentido de que el decomiso es una consecuencia accesoria de la reparación civil impuesta por el Juez Penal a la culminación de un proceso regular con sentencia condenatoria.

Para finalizar, resulta clarificador lo establecido por el Reglamento Modelo sobre delitos de lavado relacionados con el tráfico ilícito de drogas, y otros delitos graves de la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de drogas - CICAD, en sus artículos 4 y 5:

“Artículo 4: MEDIDAS CAUTELARES SOBRE LOS BIENES, PRODUCTOS O INSTRUMENTOS: Conforme a derecho, el tribunal o la autoridad competente dictará, en cualquier momento, sin notificación ni audiencia previas, una orden de incautación o embargo preventivo, o cualquier otra medida cautelar encaminada a preservar la disponibilidad de los bienes, productos o instrumentos relacionados con el lavado de activos o actividades delictivas graves, para su eventual decomiso.”

*“Artículo 5: DECOMISO DE BIENES, PRODUCTOS O INSTRUMENTOS
1. Cuando una persona sea condenada por un delito de lavado de activos u otro incluido en la definición de actividades delictivas graves el tribunal ordenará que los bienes, productos o instrumentos relacionados con ese delito sean decomisados y se disponga de ellos conforme a derecho.”*

De esto se desprende claramente que incautación y decomiso son distintos conforme se ha explicado, diferencia que debe ser cuidadosamente tomada en cuenta a la hora de resolver los requerimientos de confirmación de incautación del Ministerio Público.

4.7 El decomiso de drogas y otras sustancias prohibidas

Una preocupación atendible de muchos fiscales es el destino de los bienes cuya incautación no se ha confirmado, en particular en el caso de Tráfico Ilícito de Drogas. En este caso toma particular relevancia lo que se ha venido analizando en los apartados previos. De acuerdo a nuestro ordenamiento especial en materia de tráfico ilícito de drogas o estupefacientes, sobre ellos concurren los dos supuestos: Se incautan y luego se decomisan. La finalidad de la incautación entonces será la obtención de evidencia y obsérvese atentamente que el estupefaciente incautado es una evidencia especial. Normalmente la droga incautada (ya sea un kilo o una tonelada) no será llevada a la Sala de Juzgamiento para presentarla como evidencia. Las pruebas a actuarse en juicio serán las actas de incautación y los exámenes químicos practicados en la sustancia incautada que prueben su composición y grado de pureza. También se evaluará en juicio el hecho de que lo

incautado haya estado sujeto a una adecuada cadena de custodia hasta la toma de muestras correspondiente.

Al momento de la confirmación de incautación (siempre que se solicite dentro del plazo) el Juez de Investigación Preparatoria verificará la legalidad de la intervención que dio como resultado la incautación y si en ese procedimiento ha existido causa probable y no se han vulnerado derechos fundamentales del afectado con la medida.

En la hipótesis de que no se confirme la medida, se perderá la calidad de evidencia del acta de incautación y, adicionalmente como consecuencia de la aplicación de la teoría del fruto del árbol prohibido, los peritajes y otros exámenes derivados de la intervención.

Sin embargo, incluso desaprobándose la incautación, el decomiso seguirá su curso, en primer lugar al ser lo decomisado intrínsecamente materia del delito y segundo al estar regulado el decomiso por normas especiales, procediendo seguramente a su almacenamiento y posterior incineración. Resulta impensable siquiera la posibilidad de devolver los estupefacientes incautados al procesado.

Este mismo criterio se puede utilizar respecto a la incautación de especies maderables protegidas, mercadería producto de contrabando o piratería y otros.

Finalmente debe recordarse que en estos delicados casos el Juez de Investigación Preparatoria, al ejercer control de legalidad sobre las incautaciones cumple un deber impuesto por la norma y en resguardo del espíritu garantista del Código. Así lo ha reconocido la Corte Constitucional colombiana en la Sentencia C-479/07. Demanda de Inconstitucionalidad. Luis Gonzaga Vélez Osorio y Olga Lucía Bernal García del trece de junio de dos mil siete:

“[...] del análisis sistemático de la Ley 906 de 2004, en armonía con los presupuestos y límites constitucionales, se desprende claramente la regulación de las circunstancias, motivos y condiciones en que la captura del indiciado puede ordenarse por el Juez de control de garantías, instituido – no debe olvidarse – como el principal garante de los derechos fundamentales de los indiciados, imputados, acusados o condenados en el proceso penal [...]” (subrayado agregado)

Criterios como este deben ser claramente asimilados en nuestro ordenamiento procesal, a fin de resguardar la filosofía del nuevo modelo procesal penal y evitar cualquier vulneración a los derechos fundamentales garantizados por el Estado en un sistema constitucional de derecho, principio básico que cualquier sociedad democrática que se precie de serlo debe defender irrestrictamente.

V. CONCLUSIONES

1. Resulta imprescindible reformular el sistema de capacitaciones para la implementación del Código Procesal Penal a fin de no favorecer en demasía la simulación de audiencias en perjuicio de la teoría que es necesaria para la elaboración de resoluciones coherentes con los principios del modelo procesal.
2. Resoluciones como la casación 61-2009-La Libertad, en caso de aplicarse vulneran el espíritu de oralidad del Nuevo Código Procesal Penal, desalentando y desincentivando la resolución oral en audiencia por parte de los Magistrados del Poder Judicial. A nuestro entender es viable apartarse de dicho precedente en virtud a la interpretación evolutiva de la Constitución.
3. Se insiste en una interpretación literal de la Constitución, generando en la magistratura y la sociedad desconcierto en cuanto a la armonía que debe existir en las actuaciones del Poder Judicial respecto al modelo procesal. Adicionalmente no se considera la interpretación evolutiva de la Constitución, e incluso usando la interpretación literal se puede concluir que las decisiones judiciales se encuentran *escritas* en los medios electromagnéticos, ya que la escritura no es un concepto vinculado solo al papel.
4. Las capacitaciones deben incidir en la promoción y difusión de doctrina especializada como la teoría de la causa probable, así como orientar y explicar los fines de cada una de las instituciones que contempla el Código Procesal Penal y su aplicación dentro del marco del sistema garantista.
5. Como parte de la capacitación se debe promover la realización de encuentros de jueces penales, tanto colegiados, unipersonales y de investigación preparatoria a fin de unificar criterios y desarrollar teorías, y elevar las conclusiones a la Corte Suprema de la República. Se sugiere que los ponentes en estos eventos sean designados entre los propios jueces convocados.
6. Finalmente, y en vista de la probable entrada en vigencia del Código Procesal Penal en los distritos de Lima en octubre del año 2013, se sugiere que a fin de evitar un periodo de ensayo donde el modelo puede desprestigiarse o causar impunidad; paralelamente a las capacitaciones se debe designar un grupo de Jueces de Investigación Preparatoria y Unipersonales de provincias donde ya se ha implementado el Código a fin de que se hagan cargo temporalmente de

los correspondientes Juzgado de Lima. Los Jueces de Lima designados permanentemente deberán participar en este proceso mediante una pasantía local especial hasta que hayan adoptado e internalizado las competencias y habilidades que exige el modelo. Luego de lo cual los Jueces temporales regresará a sus Juzgados de origen. Este periodo no tendría que ser mayor a tres meses, dado que con la carga procesal de la capital, en este periodo se producirá material suficiente para poder generar una jurisprudencia más o menos coherente con el modelo que pueda servir de base para una futura predictibilidad de resoluciones judiciales en materia procesal penal.

VI. BIBLIOGRAFIA

1. AVELLA FRANCO, Pedro Oriol. Estructura del proceso penal acusatorio. Fiscalía General de la Nación. Escuela de Estudios e Investigaciones Criminalísticas y Ciencias Forenses. Bogotá. 2007.
2. CACERES J., Roberto E. y IPARRAGUIRRE N., Ronald D. Código Procesal Penal Comentado. Jurista Editores E.I.R.L. Lima. 2008.
3. CAFFERATA NORES, José I. Garantía y Sistema Constitucional. Materiales de Estudio AMAG.
4. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sección de sentencias 2007. <http://www.corteconstitucional.gov.co> - Revisado el 15 de octubre del 2010.
5. ERICK C, Daniel; C. DENIS MEE, Mark H. Clark (1998). «2,3 y 4». En Wiley-IEEE. Los Primeros 100 años de la Grabadora Magnética. IEEE Press. Extraído de: http://www.google.com/books?id=7WrCSCqMk5gC&printsec=front_cover&hl=es. - Revisado el 10 de octubre del 2010.
6. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE PUERTO RICO. <http://www.lexjuris.com> - Revisado el 16 de octubre del 2010.
7. LA RAMA JUDICIAL DE PUERTO RICO. Registros e incautaciones; interceptación de comunicaciones telefónicas; mandamientos. <http://www.ramajudicial.pr/leyes/constitucion/articulo2-10.htm> - Revisado el 17 de octubre del 2010.
8. MULLER SOLON, Hugo. CONFIRMACION JUDICIAL DE LAS ACTAS DE INCAUTACION EN LA INVESTIGACION CRIMINAL (Nuevo Sistema Penal Acusatorio). Blog: <http://defensordelaseguridadciudadana.blogspot.com> - Revisado el 12 de octubre del 2010.
9. REVISTA LA LEY PENAL. <http://www.laley.es> - Revisado el 18 de octubre del 2010.
10. TABOADA PILCO, Giammpol. Jurisprudencias y Buenas Prácticas en el Nuevo Código Procesal Penal. Editorial Reforma. Lima. 2009.