



UNIVERSIDAD
PRIVADA
DEL NORTE

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

CARRERA DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

“CRITERIOS JURÍDICOS QUE DEBEN UTILIZARSE PARA DEFINIR EL TÉRMINO IRREPRODUCIBLE COMO CARACTERÍSTICA DE LA PRUEBA PRECONSTITUIDA EN LAS ACTAS DE CONSTATAción FISCAL Y POLICIAL EN LA INVESTIGACIÓN PRELIMINAR O PREPARATORIA”

Tesis para optar el título profesional de:

Abogada.

Autora:

Karla Haydeé Ruiz Bendezú

Asesor:

Mg. Cs. Juan Carlos Tello Villanueva.

Cajamarca – Perú

2016

APROBACIÓN DE LA TESIS

El asesor y los miembros del jurado evaluador asignados, **APRUEBAN** la tesis desarrollada por la Bachiller **Karla Haydeé Ruiz Bendezú**, denominada:

**“CRITERIOS JURÍDICOS QUE DEBEN UTILIZARSE PARA DEFINIR EL
TÉRMINO IRREPRODUCIBLE COMO CARACTERÍSTICA DE LA PRUEBA
PRECONSTITUIDA EN LAS ACTAS DE CONSTATAción FISCAL Y POLICIAL
EN LA INVESTIGACIÓN PRELIMINAR O PREPARATORIA”**

Abog. Juan Carlos Tello Villanueva
ASESOR

Abog. Edgar Alfredo Rebaza Vargas
**JURADO
PRESIDENTE**

Abog. Germán Dávila Gabriel
JURADO

Abog. César Alberto Soto Sánchez
JURADO

DEDICATORIA

A mis padres: Arturo y Haydée
ejemplo de constancia que
guían mis pasos.

A Sofía, mi hija cuya ternura inspira mi existir.

LA AUTORA.

AGRADECIMIENTO

Agradezco de manera especial a mi asesor Mg. Cs. Juan Carlos Tello Villanueva, por su apoyo para hacer posible esta investigación.

ÍNDICE DE CONTENIDOS

ÍNDICE DE CONTENIDOS

Contenido

APROBACIÓN DE TESIS	ii
DEDICATORIA	iii
AGRADECIMIENTO	iv
ÍNDICE DE CONTENIDOS	v
ÍNDICE DE TABLAS	viii
ÍNDICE DE FIGURAS	ix
RESUMEN	x
ABSTRACT	xi
CAPÍTULO 1. INTRODUCCIÓN	12
1.1 REALIDAD PROBLEMÁTICA	12
1.2 FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	14
1.3 JUSTIFICACIÓN	14
1.4 LIMITACIONES	15
1.5 OBJETIVOS	16
1.5.1 OBJETIVOS GENERALES	16
1.5.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS	16
CAPÍTULO 2. MARCO TEÓRICO	16
a) ANTECEDENTES	16
b) BASES TEÓRICAS	23
2.1 EL DERECHO A LA PRUEBA	24
2.2 LA PRUEBA PRECONSTITUIDA	25
2.3 IMPORTANCIA DE LA PRUEBA PRECONSTITUIDA	27
2.4 DIFERENCIAS ENTRE PRUEBA ANTICIPADA Y PRUEBA PRECONSTITUIDA	27
2.5 CARACTERÍSTICAS DE LA PRUEBA PRECONSTITUIDA EN EL PROCESO PENAL A PARTIR DE LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL Y NACIONAL	29
2.5.1 CARACTERÍSTICAS DE LA PRUEBA PRECONSTITUIDA EN EL PROCESO PENAL A PARTIR DE LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL	29
2.5.2 CARACTERÍSTICAS DE LA PRUEBA PRECONSTITUIDA EN EL PROCESO PENAL A PARTIR DE LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA NACIONAL	30

2.6 REQUISITOS Y SUPUESTOS DE LA PRUEBA PRECONSTITUIDA EN EL PROCESO PENAL A PARTIR DE LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL Y NACIONAL	33
2.6.1 REQUISITOS DE LA PRUEBA PRECONSTITUIDA EN EL PROCESO PENAL A PARTIR DE LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL	33
2.6.2 REQUISITOS DE LA PRUEBA PRECONSTITUIDA EN EL PROCESO PENAL A PARTIR DE LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA NACIONAL	35
2.6.3 CADENA DE CUSTODIA	36
2.6.4 SUPUESTOS DE PRUEBA PRECONSTITUIDA EN EL PROCESO PENAL A NIVEL INTERNACIONAL	42
2.6.5 SUPUESTOS DE PRUEBA PRECONSTITUIDA EN EL PROCESO PENAL A NIVEL NACIONAL	45
2.7 DILIGENCIAS DE INVESTIGACIÓN	48
2.7.1 ALLANAMIENTO	49
2.7.2 INCAUTACIÓN	52
2.7.3 INSPECCIONES OCULARES	52
2.7.4 LEVANTAMIENTO DEL CADÁVER	55
2.7.5 NECROPSIA	56
2.8 ACTAS DE CONSTATACIÓN FISCAL Y POLICIAL	57
2.9 REQUISITOS LEGALES DE ACUERDO AL TIPO DE DELITO QUE ORIENTAN LAS DILIGENCIAS A REALIZAR, LAS MISMAS QUE SERÁN PLASMADAS EN ACTAS PRECONSTITUIDAS Y QUE SERVIRÁN PARA DETERMINAR LA CARACTERÍSTICA DE IRREPRODUCIBLE DE LA PRUEBA PRECONSTITUIDA	59
2.9.1 PROCEDIMIENTOS GENERALES EN LA INVESTIGACIÓN DEL DELITO	59
2.9.2 PROCEDIMIENTOS ESPECIALES PARA LA INVESTIGACIÓN DE LOS DELITOS	63
2.9.2.1 PROCEDIMIENTOS ESPECIALES PARA LA INVESTIGACIÓN DE LOS DELITOS DE HOMICIDIO	63
2.9.2.2 PROCEDIMIENTOS ESPECIALES PARA LA INVESTIGACIÓN DEL	

DELITO DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS	67
2.9.2.3 PROCEDIMIENTOS ESPECIALES PARA LA INVESTIGACIÓN DE LOS DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO	69
2.10 POSICIONES DOCTRINARIAS EN RELACIÓN AL MOMENTO EN QUE SE PRECONSTITUYE LA FUENTE DE PRUEBA	71
2.10.1 LAS FUENTES DE PRUEBA SE PRECONSTITUYEN DURANTE LA INVESTIGACIÓN PRELIMINAR	72
2.10.2 LAS FUENTES DE PRUEBA SE PRECONSTITUYEN EN LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA FORMALIZADA	73
2.10.3 POSICIÓN ASUMIDA	74
2.11 DEFINICIÓN DE TÉRMINOS BÁSICOS	75
c) HIPÓTESIS	76
CAPÍTULO 3. METODOLOGÍA	77
3.1 OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES	77
3.2 DISEÑO DE INVESTIGACIÓN	78
3.3 UNIDAD DE ESTUDIO	78
3.4 POBLACIÓN	78
3.5 MUESTRA	78
3.6 TÉCNICAS, INSTRUMENTOS Y PROCEDIMIENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS	78
3.6.1 PROCEDIMIENTOS	80
3.7 MÉTODOS, INSTRUMENTOS Y PROCEDIMIENTOS DE ANÁLISIS DE DATOS	81
CAPÍTULO 4. RESULTADOS	82
4.1 RESPECTO A LA HIPÓTESIS 1	82
4.2 RESPECTO A LA HIPÓTESIS 2	83
CAPÍTULO 5 DISCUSIÓN	85
CONCLUSIONES	87
RECOMENDACIONES	89
REFERENCIAS	90
ANEXOS	92

ÍNDICE DE TABLAS

CUADROS	PÁGINAS
1. Cuadro N° 01: Diferencias entre la prueba anticipada y prueba preconstituida.....	28
2. Cuadro N° 02: Formato de cadena de custodia.....	39
3. Cuadro N° 03: Operacionalización de variables	77
4. Cuadro N° 04: Técnicas, instrumentos y procedimientos de recolección de datos	78

ÍNDICE DE FIGURAS

Para el desarrollo de la presente tesis no se han utilizado figuras.

RESUMEN

La prueba preconstituida no tiene un tratamiento pormenorizado en nuestro Código Procesal Penal, situación que puede conllevar a una dificultad al momento de interpretar o definir la característica de irreproducible.

En tal sentido, en la presente tesis, analizamos el caso específico de las actas de constatación fiscal y policial, a partir de lo cual consideramos importante establecer los criterios jurídicos que deben ser utilizados para definir la precitada característica y evitar contradicciones, es decir que orienten al Juez a catalogar si determinada diligencia y su acta respectiva, reúne la característica de irreproducible de la prueba preconstituida, con ello se pretende lograr mayor seguridad jurídica.

Por ello, planteamos que se deben tomar en cuenta los siguientes criterios: **Temporalidad de la actuación de la diligencia**, en el caso específico de las actas de constatación fiscal o policial, es urgente que se realice la diligencia de constatación y que se levante el acta respectiva, porque se corre el riesgo de que el escenario sea cambiado, es decir se considera que urge la inmediatez temporal de dicha diligencia; otro criterio es la **naturaleza de la diligencia y del delito**, es decir de acuerdo a cada tipo de delito se realizarán diferentes diligencias. Estas diligencias implican un determinado tipo de acta, si esta acta tiene la característica de urgente por lo irreproducible, se debe levantar lo antes posible

ABSTRACT

The pre-constituted evidence does not have a detailed treatment in our Criminal Procedure Code, a situation that can lead to difficulty in interpreting or defining characteristic irreproducible.

In this regard, in this thesis, we analyze the specific case of the minutes of prosecutor and police finding, from which we consider important to establish the legal criteria to be used to define the feature aforementioned and avoid contradictions, that is to guide Judge to catalog if certain diligence and respective record, meets irreproducible feature of the pre-constituted evidence, thus is intended to achieve greater legal certainty.

Therefore, we propose to be taken into account the following criteria: **Timeliness of the performance of diligence**, in the specific case of the Proceedings of Attorney or police finding, it is urgent that the diligence of finding was made and that the minuted respectively, because the risk that the scenario is changed, it is considered that urges the temporal immediacy of this diligence run; another criterion is **the nature of the diligence and the crime**, ie according to each different type of crime proceedings will be conducted. These measures imply a certain type of record, if this act has the characteristic irreproducible so urgent, should be lifted as soon as possible

CAPÍTULO 1. INTRODUCCIÓN

1.1. Realidad problemática

Teniendo en consideración que todas las fuentes de prueba necesitan ser aseguradas y conservadas para ser incorporadas en el juicio oral y que sólo ahí tendrán la calidad de pruebas, conforme lo establece el artículo 393.1º del Código Procesal Penal. Caso distinto de la prueba anticipada y a la prueba preconstituida, a las cuales el artículo 325º del Código Procesal Penal otorga el carácter de actos de prueba.

Siendo ambas excepciones a la regla general de que la prueba en el proceso penal, sólo es la practicada en el juicio oral, ya que estas fuentes de prueba por su naturaleza son de imposible reproducción, es decir *“no podrán estar disponibles para su práctica en el juicio y que solamente es posible incorporarlas mediante su lectura para su ulterior debate”* (Talavera Elguera, 2009, pág. 65).

La presente tesis hace referencia a la prueba preconstituida, que si bien no tiene un tratamiento pormenorizado de la misma, existe un artículo en la que se hace mención, siendo éste el artículo 425º.2 del Código Procesal Penal, que señala a las pruebas (entre ellas la prueba preconstituida) que deberá tener en cuenta la Sala Penal Superior para resolver el recurso de apelación de sentencia.

Por lo que se puede afirmar que no se encuentra expresamente regulada en nuestra normativa procesal penal, pero puede deducirse del artículo 383.1º, literal e) *“las actas levantadas por la Policía, el Fiscal o el Juez de la investigación preparatoria que contienen diligencias objetivas e irreproducibles actuadas conforme a lo previsto en el Código procesal Penal o a la ley, siendo estas actas: Las de detención, reconocimiento, registro, inspección, revisión, pesaje, hallazgo, incautación, allanamiento, entre otras”*

A su vez en el artículo 383.1º, literales b, c del Código Procesal Penal advertimos diversos actos que podrían también generar prueba preconstituida a través de la actividad policial, como son la denuncia, la prueba documental, o de informes, y las certificaciones o constataciones, así como los informes o dictámenes periciales actuadas con el debido emplazamiento de las partes siempre que el perito no hubiese podido concurrir a juicio por fallecimiento, enfermedad, ausencia del lugar de su residencia, desconocimiento de su paradero o por causas independientes de la voluntad de las partes.

Asimismo se puede deducir a partir del artículo 201 -A del Código Procesal Penal, que le asigna la calidad de pericia institucional extraprocesal a los informes técnicos especializados fuera del proceso penal por la Contraloría General de la República, es decir le reconocen el carácter de prueba preconstituida a los informes técnicos de la contraloría, en concordancia con el artículo 15º, literal f) de la ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República.

Además, aunque no lo dice expresamente, se puede deducir de la última parte del artículo 325º del Código Procesal Penal, que tiene carácter de actos probatorios para la sentencia, las actuaciones objetivas e irreproducibles que se dan a través de la lectura en el juicio oral.

Es decir, existe falta de regulación jurídica autónoma sobre la prueba preconstituida en nuestro Código Procesal Penal, que genera imprecisiones respecto a las características de este tipo de prueba, específicamente la característica de irreproducible, los supuestos que comprende y a los requisitos que debe cumplir para su validación. Caso contrario de la prueba anticipada que está debidamente regulada en el Título IV del Código Procesal Penal, específicamente en los artículos 242º, 243º, 244º, 245º y 246º respectivamente.

Escenario que conlleva a la dificultad en el tratamiento de la prueba preconstituida en el Código Procesal Penal, pudiendo ocasionar con ello contradicciones en el momento de interpretar si determinada diligencia y su acta respectiva, reúne la característica de irreproducible de la prueba preconstituida lo que puede generar inseguridad jurídica¹.

Es en la etapa de juzgamiento, que muchas de las actas fiscales y policiales de constatación a pesar que pueden haber cumplido con la cadena de custodia, con los requisitos legales y con la característica de objetividad no podrán ser incorporadas al juicio y catalogadas como prueba preconstituida porque no existen criterios jurídicos que orienten al Juez catalogar si determinada acta fiscal o policial de constatación cumple con la característica de irreproducible de la prueba preconstituida, conllevando a que todo Juez

¹ A manera de ejemplo, tenemos: Copia del audio de la audiencia del juicio oral del Exp. N° 1555-2010 del Segundo Juzgado Penal Unipersonal de Cajamarca en la que la posición del Juez es contraria a la del Fiscal en el juicio oral, en relación al cumplimiento de la característica de irreproducible de la prueba preconstituida en el acta de constatación fiscal.

El Fiscal sostiene que el acta de constatación fiscal cumple con la característica de irreproducible de la prueba preconstituida, sin proporcionar fundamento alguno, sólo se limita a indicar que ha sido adquirida antes de que la operación sea judicializada, en cambio el Juez sostiene que el Acta de Inspección practica por el Ministerio Público, en fase de diligencias preliminares, en el lugar donde se produjo la sustracción de la cámara no es prueba preconstituida *“porque no podríamos aceptar que ese escenario, que ese lugar de los hechos, va a cambiar, porque razón no va a cambiar, porque se trata de una inspección realizada en un bien inmueble”* indicando que no cumple con la característica de irreproducible, porque el bien sigue siendo el mismo, no cambia, indicando que si fuera irreproducible, esto es que no podría practicarse en otro momento, porque de exigirse en otro momento, se perdería la evidencia.

pueda dudar al calificarla como prueba preconstituida al acta de constatación fiscal o policial.

En este contexto, nos formulamos la siguiente pregunta de investigación:

1.2 Formulación del problema

¿Cuáles son los criterios jurídicos que deben utilizarse para definir el término irreproducible como característica de la prueba preconstituida en las actas de constatación fiscal y policial en la investigación preliminar o preparatoria?

1.3 Justificación

Como justificación teórica, dentro de una sociedad democrática como la nuestra, es tan importante que se sancione al responsable de la comisión de un delito, como el hecho que la comprobación de la responsabilidad penal o la ausencia de ésta, se realice en forma justa que respete los derechos fundamentales del imputado (Vega Regalado, 2004, pág. 1).

Las Diligencias Preliminares son importantes para el éxito de la investigación, puesto que en ella se van a realizar las primeras diligencias frente a la sospecha de la comisión de un delito (Salas Beteta, 2011). En ese sentido se recibirán las primeras declaraciones, se practicarán las primeras actuaciones investigatorias, es decir se darán los primeros pasos de la investigación. Por ello y teniendo en cuenta que dicha investigación se encuentra a cargo del Ministerio Público, el éxito de dicha etapa dependerá en gran medida de la actuación fiscal y policial dentro de ella.

A nivel policial, esta facultad de investigación se desprende claramente del art. 166º de la Constitución, pues allí se le atribuye la potestad de "prevenir, investigar y combatir la delincuencia".

Sin embargo, junto a esta facultad investigadora también se le faculta excepcionalmente asumir una función aseguradora del cuerpo del delito, así como a acreditar su preexistencia mediante los pertinentes actos de constancia (las actas policiales de incautación, inmovilización, de intervención, etc.), las cuales tienen el valor de pruebas preconstituidas al igual que a todas aquellas diligencias que, como las fotografías, croquis, resultados de las pruebas alcoholométricas, etc., se limiten a reflejar fielmente determinados datos o elementos fácticos de la realidad externa que tienen que ser asegurados urgentemente en

el momento de la intervención policial, caso contrario, dicha evidencia corre el riesgo de que se pierda, y el delito no pueda ser probado y su autor quede impune.

Sin embargo en el momento de la valoración por parte de los jueces de determinadas actas, estos no concuerdan en la admisibilidad o inadmisibilidad de las mismas, porque no existen criterios que definan la característica de irreproducible de la prueba preconstituida, estos criterios jurídicos no han sido desarrollados por la jurisprudencia ni por la doctrina, es a partir de esta situación, en la que se pretende aportar con el desarrollo teórico de dichos criterios para lograr la uniformidad en la valoración de las actas de constatación fiscal y policial.

Como justificación aplicativa o práctica, las Diligencias Preliminares durante la investigación penal, cumple una función especial, en la medida de que en esta etapa radica la necesidad estatal de perseguir la conducta delictuosa del delincuente, mediante la valoración de la prueba preconstituida, la cual engloba el conocimiento de las primeras declaraciones, el recojo de los primeros elementos probatorios y el aseguramiento de los mismos, las primeras medidas coercitivas o cautelares, etc.; y finalmente decidir si existen elementos probatorios suficientes para continuar con la investigación preparatoria.

Siendo por ello importante determinar criterios jurídicos que guíen a los Jueces en el momento de interpretar si determinada diligencia cumple con la característica de irreproducible de toda prueba preconstituida y así lograr la tan ansiada seguridad jurídica.

1.4. Limitaciones

La presente tesis tiene como limitación la inexistencia de información de los criterios jurídicos que deben utilizarse para definir el término irreproducible como característica de la prueba preconstituida en otros países.

Sin embargo a partir del análisis jurisprudencial internacional y doctrinal peruano, obtenido de investigaciones indirectas sobre el tema a tratar que comprenden las diferencias entre prueba anticipada y preconstituida, así como las características y supuestos de la prueba preconstituida, y por último el valor y la eficacia probatoria de las diligencias policiales en el proceso penal que pueden derivarse en prueba preconstituida. Se ha logrado determinar los criterios jurídicos que deben utilizarse para definir el término irreproducible.

1.5. Objetivos

1.5.1. Objetivo general

Determinar los criterios jurídicos que deben utilizarse para definir el término irreproducible como característica de la prueba preconstituida en las actas de constatación fiscal y policial en la investigación preliminar o preparatoria.

1.5.2 Objetivos específicos

- Explicar cada una de las características de la prueba preconstituida en el proceso penal a partir de la doctrina y jurisprudencia internacional y nacional.
- Explicar los requisitos y supuestos de la prueba preconstituida en el proceso penal a partir de la doctrina y jurisprudencia.
- Explicar los requisitos legales de acuerdo al tipo de delito que orientaran las diligencias a realizar, las mismas que serán plasmadas en actas preconstituidas.
- Explicar las posiciones doctrinarias en relación al momento en que se preconstituye las fuentes de prueba, que servirán como sustento para asumir una posición

CAPÍTULO 2. MARCO TEÓRICO

a) Antecedentes

Habiendo revisado la literatura, se ha determinado que no existen investigaciones directas sobre el tema a tratar pero si investigaciones indirectas, como son:

- **El artículo de investigación presentado a la comunidad académica como requisito para la obtención de su Grado Doctoral, denominado “Las diligencias policiales como supuesto de prueba preconstituida y su incorporación al proceso”, cuyo autor es Albert Gonzales Jimenez, Doctor en Derecho, licenciado en Criminología, investigador español, artículo publicado en Justicia: Revista de Derecho Procesal, ISSN 0211-7754, N° 2, 2014.**

El objeto de este trabajo se centra en el estudio del valor y eficacia probatoria de las diligencias policiales en el proceso penal.

Su metodología empleada es doctrinaria – en la que destaca la abundancia de tratados, monografías y artículos existentes; y jurisprudencial - cuyo principal problema ha sido sistematizar la evolución jurisprudencial.

Arribando a las siguientes conclusiones:

- El requerimiento de la policía de rapidez y eficacia; mientras que los fiscales y jueces precisan fuentes de prueba lícitas.
- La labor policial tiene que estar controlada y al menos la fiscalía debería estar al corriente de todas las investigaciones pendientes en los órganos policiales.
- Para que las diligencias de investigación puedan tener acceso al procedimiento deben darse condiciones mínimas, siendo el punto de partida para la determinación de su validez la conjugación de la intervención de la policía judicial, y el carácter aseguratorio de esta. Dichas condiciones deben ser:
 - ✓ El acto de investigación que se quiere realizar haya observado las garantías necesarias para la defensa.
 - ✓ La cadena de custodia que deberá estar documentada y ser citados los participantes de la misma.
 - ✓ Se deberá justificar el carácter irrepetible de dicha diligencia.
 - ✓ Se cumplirá con los principios de contradicción e inmediación, que implica que las partes podrán intervenir durante la práctica de la diligencia. Asimismo, y los agentes de policía que la presenciaron comparecerán como testigos, sometándose a dicha contradicción.
- **El artículo de investigación, titulado: “La prueba preconstituida de la policía judicial”, del Doctor Vicente Gimeno Sendra, jurista español, catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Nacional de Educación a distancia y**

magistrados emérito del Tribunal Constitucional (UNED). En la revista Catalana de seguretat pública, mayo 2010.

Cuyo objeto es dar a conocer y describir las actuaciones efectuadas por las diferentes autoridades, de las cuales pueden derivarse pruebas preconstituidas. De esta manera se especifica su contenido, la regulación y validez, y como estas prácticas quedan recogidas en la jurisprudencia española.

Su metodología se basa principalmente en un análisis legal y jurisprudencial español.

Cuyas conclusiones son:

- La prueba preconstituida puede sistematizarse del siguiente modo:
 - ✓ Prueba preconstituida de las diligencias policiales de prevención:
 - Los métodos alcoholímetros.
 - Grabaciones de video vigilancia
 - Análisis sobre estupefacientes.
 - Las inspecciones corporales.
 - ✓ Prueba preconstituida de la policía judicial con control judicial:
 - Circulación y entrega vigilada de drogas.
 - Escuchas telefónicas.
 - intervenciones de los datos electrónicos de tráfico.
 - Gestión de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN.
 - ✓ Prueba preconstituida del juez de instrucción:
 - La recogida y conservación del cuerpo del delito.
 - El reconocimiento judicial.
 - Las inspecciones e intervenciones corporales.
 - La entrada y registro.
 - La intervención de las comunicaciones
- La doctrina constitucional relativa al valor probatorio del atestado policial se resume en los siguientes extremos:

- ✓ Sólo puede concederse al atestado valor de auténtico elemento probatorio, si es reiterado y ratificado en el juicio oral, normalmente mediante la declaración testifical de los agentes de policía firmantes del mismo.
 - ✓ El atestado tiene virtualidad probatoria propia cuando contenga datos objetivos y verificables, pues hay partes del atestado, como pueden ser las actas de constancia, los croquis, planos, huellas, fotografías, que sin estar dentro del perímetro de prueba preconstituida o anticipada, pueden ser utilizados como elementos de juicio coadyuvantes, siempre que sean introducidos al juicio oral como prueba documental a fin de posibilitar su efectiva contradicción por las partes.
- **El artículo de investigación, titulado: “La prueba anticipada y prueba preconstituida”, del Doctor Ángel Fernando Ugaz Zegarra, profesor de la Academia de la Magistratura peruana, asociado del Estudio Larriou&Larriou Abogados. En la enciclopedia jurídica, titulada: “Nuevo Código Procesal Penal Comentado- Volumen 2”, 2014.**

Artículo en el que comparte lo afirmado por San Martín Castro, cuando por la fugacidad de los hechos no sea posible su reproducción en el juicio oral, deviene necesario que el Juez Penal, en tanto sea el titular de la investigación, el Fiscal o incluso la Policía Judicial, procedan al aseguramiento de la prueba, bien practicándola directamente bajo la intermediación del Juez Penal (...) o bien asegurando las fuentes de prueba para poder trasladarlas en su día al órgano jurisdiccional de enjuiciamiento. En ese sentido debido a la irrepitibilidad originaria, como advierte Climet Duran, se procura al máximo su preconstitución probatoria tratando de que las garantías procesales padezcan lo menos posible. Reproduciéndose en el juicio oral mediante las declaraciones de quienes intervinieron en ella o mediante la lectura del acta levantada con motivo de su realización.

Su metodología principal es a través del análisis jurisprudencial español y doctrinal peruano.

Cuyas conclusiones son:

- ✓ La justificación de la anticipación probatoria y confusión terminológica con prueba preconstituida, al no haber desarrollado un apartado especial para el tratamiento detallado de la prueba preconstituida en el Código Procesal peruano.
- ✓ El tratamiento de la prueba anticipada y de la prueba preconstituida a partir de sus requisitos en base al fallo del Tribunal Constitucional de España, 141/2001 del 18 de junio, como son: **material** (caracterizado por su fugacidad y que no puede ser reproducido en el juicio oral), **subjetivo** (que sean intervenidas por la única autoridad dotada de la suficiente independencia para generar actos de prueba: el Juez de Instrucción), **objetivo** (que se garantice la contradicción), **formal** (que el régimen de ejecución de la prueba sumarial sea el mismo que el del juicio oral).

De aquel fallo se derivaron los requisitos de la prueba preconstituida, que según San Martín Castro son: La irrepitibilidad del hecho en el juicio oral (que verse sobre hechos que por su fugacidad no puedan ser reproducidas en el juicio oral), luego la intervención judicial (sin perjuicio de que por especiales razones de urgencia también esté habilitada la policía judicial), y la posibilidad de contradicción.

Sin embargo la doctrina considera que en determinados casos no es exigible una contradicción efectiva, como son en las diligencias de allanamiento, incautación, inspecciones oculares preliminares, levantamiento de cadáver, y otras similares. En las que sólo se exige las garantías de actuación previstas en la constitución y la ley, son los casos de la prueba preconstituida.

Asimismo el autor Ugaz, refuerza los mencionados requisitos en base al último párrafo del artículo 325º del Código Procesal Penal. *“Para los efectos de la sentencia tienen carácter de actos de prueba las pruebas anticipadas (...) y las actuaciones **objetivas e irreproducibles** cuya lectura en el juicio oral autoriza este código”*

- ✓ Coincide con la opinión de Ortells Ramos, en que los informes policiales no constituyen fuentes de prueba, pero algunas de las actas levantadas

durante la investigación si pueden ser consideradas pruebas, siempre que cumplan con los requisitos de las pruebas preconstituidas.

- ✓ Se reconoce que si bien la prueba anticipada comparte ciertas características comunes con la prueba preconstituida, como la de ser medio de aseguramiento de la prueba ante su irrepitibilidad, y el hecho de que ambas ingresan al juicio oral a través de la lectura de documentos no son lo mismo, planteando diferencias sustanciales entre ambas figuras.
- **El artículo de investigación, titulado: “La prueba preconstituida” del Doctor en Derecho y Ciencia Política, Pedro Angulo Arana, profesor de Derecho Procesal Penal de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y en la Academia de la Magistratura. En la enciclopedia jurídica, titulada: “Nuevo Código Procesal Penal Comentado- Volumen 2”, 2014.**

Artículo en el plantea una serie de requisitos para la existencia y valoración de la prueba preconstituida, así como la diferenciación con la prueba anticipada. Pero no sin antes sostener que dichos planteamientos los ha realizado en base a la jurisprudencia y doctrina, ya que el tratamiento de la prueba preconstituida en nuestro país resulta excesivamente escueto; en verdad casi dejado a la futura jurisprudencia, pues se le menciona únicamente en una norma del Código adjetivo (Artículo 425º, numeral 2), dicho vacío deja la existencia de poca seguridad respecto a los límites, fundamento, regularidad y funcionamiento de dicha prueba

Cuyas conclusiones son:

- ✓ La adopción de la prueba preconstituida, entre nosotros, aparentemente ha ocurrido a partir del conocimiento de los desarrollos jurisprudenciales y de los trabajos teórico doctrinarios efectuados en España, donde en la etapa de la investigación del delito actúa todavía un Juez de Instrucción, al cual teóricamente se le considera independiente e imparcial
- ✓ Aceptar que sólo por el objetivo de combatir el delito se hace necesario valorar la prueba preconstituida tendría una orientación irremediamente persecutoria, y por ende, tal fundamento resultaría inquisitivo. Por el contrario la búsqueda de la verdad y la realización de la justicia, como

fundamento de la prueba preconstituida, constituyen argumentos teleológicos y axiológicos intrínsecos al proceso penal

- ✓ El aseguramiento de fuentes de prueba o el recojo o actuaciones de diligencias en la etapa preprocesal, significa el registro de actos absolutamente objetivos, que no resultan, en principio, oponibles a una persona en concreto, pues tampoco existen hechos imputados y además lo único que podría reprochárseles sería defectos por descuido o falta de pericia, fallas, errores, etc. Ciertamente que los perjudicados con la actuación podrían aducir falsedad, ante tales argumentos se tendrá que producir el debate, y el Juez o Colegiado compulsar los dichos y afirmaciones, por ende el deber del magistrado será estudiar debidamente lo discutido, para descubrir lo veraz y convincente.

- ✓ En el artículo II, numeral 1 del Título Preliminar del Código Procesal Penal, encontramos el derrotero de la legitimidad de la prueba preconstituida, pues en tal norma se explica que, para vulnerar el principio de presunción de inocencia, se requiere suficiente actividad probatoria de cargo, obtenida y actuada con las debidas garantías procesales.
Ello quiere decir, que la prueba preconstituida no es inválida por el hecho de que no sea actuada en el juicio oral con las garantías propias de aquel, sino que para la validez de tales pruebas preconstituidas nos deberemos remitir a su obtención y las garantías correspondientes, así como a su posterior validación en juicio oral.

- ✓ Otro derrotero lo ofrece el artículo VIII del Título Preliminar, que se refiere a la legitimidad de la prueba, sosteniéndose en su primer inciso, que todo medio de prueba será valorado si ha sido obtenido e incorporado por un procedimiento constitucionalmente legítimo, y como sanción, por el contrario, se aprecia la carencia de valor de las pruebas obtenidas mediando la violación del contenido esencial de los derechos fundamentales.

- ✓ La prueba preconstituida presenta una serie de requisitos o condiciones que presentándose en conjunto, determinan la existencia y valoración de la prueba preconstituida, tales como: intervención policial urgente, registro o

documentación irreplicable, regularidad de la actuación del personal policial, reproducción fiel de los hechos y/o actuados, oralización.

- ✓ El artículo 383.1º, literales b, c, e del Código Procesal Penal advertimos diversos actos que podrían generar prueba preconstituida a través de la actividad policial.
- ✓ Un caso particular de prueba preconstituida sobreviniente sería el caso del informe pericial, cuyo autor no puede concurrir al juicio por fallecimiento, enfermedad o ausencia por motivos desconocidos. Se trata en tal caso de una prueba preconstituida excepcional que tiene origen en la etapa de investigación preparatoria, que originalmente no era irreproducible y que por ello no se constituyó como prueba anticipada y para darle validez final como prueba preconstituida se debe oralizar.

b) Bases teóricas

Teniendo en cuenta que las diligencias de investigación policial durante la investigación preliminar se constituyen en fuentes de prueba de carácter irreplicable, las mismas que carecen de valor probatorio hasta su incorporación en el juicio oral.

Para que puedan ser valorados los elementos probatorios que de estas diligencias pudiesen derivarse deben incorporarse al juicio mediante un medio aceptable en derecho: por ejemplo la declaración testifical de los agentes intervinientes debidamente practicada en juicio con las garantías de contradicción e intermediación (González Jiménez, 2014)

Así como también deberán cumplir con otros requisitos, como la irrepitibilidad, el ser asegurado en una cadena de custodia, el respeto irrestricto a las garantías individuales y a la licitud en la obtención de la prueba (Gonzales Jiménez, 2014 y Jiménez Herrera, 2010), y también el levantamiento del acta respectivo (Gonzales Jiménez, 2014).

Es decir las diligencias policiales como medios de investigación, poseen una serie de requisitos que deberán dar cumplimiento la policía con la debida orientación y calificación de los fiscales durante la investigación preliminar, siendo el caso que para la transmutación a medio de prueba, requieren ser incorporados al juicio oral con el cumplimiento de una serie de requisitos ya desarrollados en las líneas anteriores, sólo así se podrá incorporar la prueba preconstituida al juicio oral.

Ya en el juicio oral esta diligencia policial como supuesto de prueba preconstituida deberá ser valorada por el Juez en la etapa de juzgamiento, en base a la Sistemas de Valoración de la Prueba en la forma de libre convicción o sana crítica, en la que el Juez forma su convicción sobre la base de pruebas, el juez tiene el deber de comprobación, pero en la valoración entra a juzgar su conciencia.

Y teniendo en cuenta el fundamento del penalista **Cristhian Salas Beteta** quien **sostiene que la Teoría de la Prueba se encuentra relacionada con la Teoría del conocimiento**, que nos habla de la consecución de la verdad filosófica, porque con la prueba se busca lograr convencer al juzgador acerca de lo debatido.

Desde el punto de vista filosófico, la verdad se describe con respecto al conocimiento, en el caso de la prueba judicial, esta debe basarse en la **verdad filosófica**²: es decir para que pueda aceptarse que alguien conoce, no basta que sus afirmaciones tengan correspondencia con la verdad. No se alcanza con la creencia (deben creer que esa afirmación es verdadera) ni tampoco con la verdad (la afirmación que el sujeto considera verdadera debe ser efectivamente verdadera) para que pueda hablarse legítimamente de conocimiento deben existir pruebas que legitimen o fundamenten la creencia en una determinada verdad.

Trasladada al contexto de nuestra investigación el Juez debe decidir si admite o no determinada fuente de prueba como prueba preconstituida en base a su característica de irreproducible, no debe basarse en su libre opinión del Juez, su opinión no se ha transformado en conocimiento, para que haya conocimiento deben existir pruebas que legitimen o fundamenten la creencia en una determinada verdad, es decir deben tener buenas razones para creer en la verdad de una afirmación.

2.1. El derecho a la prueba

El nuevo proceso penal acusatorio ha significado la constitucionalización del proceso y la prueba en definitiva constituye el pilar de mayor relevancia porque sólo con ella se va a poder enervar la presunción de inocencia del ciudadano sometido al proceso.

El derecho a la prueba goza de protección constitucional, pues se trata de un derecho implícito en el derecho al debido proceso, contemplado en el artículo 139^o.3 de la

² adaptado de Chalmers Alan. Que es esa cosa llamada ciencia. Madrid, 1982, p.78. Obtenido de seroca.no_ip.info/instituciones/757/aique_epistemologia-2015.pdf

Constitución. El derecho a la prueba también ha sido consagrado en el Código Procesal Penal, en su artículo IX del Título Preliminar, en el que señala que toda persona tiene derecho a intervenir, en plena igualdad, en la actividad probatoria; y en las condiciones previstas por la ley, a utilizar los medios de prueba pertinentes.

Pero la interpretación de este artículo no debe darse en forma restrictiva, tal como lo indica Bustamante Alarcón, sino por el contrario ampliamente, en la medida en que el concepto de actividad probatoria comprende no solo la aportación de los medios de prueba, sino además la admisión, recepción y valoración de la prueba, pero tampoco bastaría con que los medios de prueba sean practicados y valorados, sino también que forme parte de este contenido constitucional el que toda persona tenga derecho a asegurar y conservar las fuentes de prueba.

Conforme lo establece la Sentencia del Tribunal Constitucional Nº 6712-2005-HC/TC, que ha señalado que el derecho a la prueba comprende entre otros elementos, el derecho a que se asegure la producción o conservación de la prueba, a partir de la actuación anticipada de los medios probatorios. Se debe tener en cuenta que en nuestro país los procesos son de larga duración y que muchas de nuestras fuentes de prueba se caracterizan por su fugacidad, motivo por el cual es de suma importancia su adecuada conservación, y así estén disponibles para su actuación en el momento oportuno del debate.

Es decir el derecho a la prueba: Es un derecho complejo que está integrado 1) por el derecho a ofrecer los medios probatorios destinados a acreditar la existencia o inexistencia de los hechos que son objeto concreto de prueba; 2) el derecho a que se admitan los medios probatorios así ofrecidos; 3) el derecho a que se actúen adecuadamente los medios probatorios admitidos y los que han sido incorporados de oficio por el juzgador; 4) el derecho a que se asegure la producción o conservación de la prueba a través de la actuación anticipada y adecuada de los medios probatorios; y, 5) el derecho a que se valoren en forma adecuada y motivada los medios de prueba que han sido actuados y que han ingresado al proceso o procedimiento. (Bustamante Alarcón, 2001, págs. 102-103)

2.2 La prueba preconstituida

Los actos de indagación o averiguación sólo pueden desarrollarse durante la etapa de investigación y los actos de prueba se concentran en el juicio oral, salvo los supuestos de prueba anticipada y prueba preconstituida. (Salas Beteta, 2011, pág. 260)

Siendo considerada la prueba preconstituida como aquella practicada antes del inicio formal del proceso penal o en la propia fase de investigación, observando las garantías constitucionales y las prescripciones legales, con la finalidad de asegurar o mantener la disponibilidad de las fuentes de prueba. En la prueba preconstituida, la no disponibilidad puede ser tanto conocida de antemano como sobrevenir al momento en que se llevó a cabo la pre-constitución (Talavera Elguera, 2009, pág. 72).

La prueba preconstituida es aquella que preexiste al proceso penal, que es anterior a la actividad prejurisdiccional; pero de suma utilidad para alcanzar al Juzgador elementos probatorios, sobre *thema probandum* y que se actúa directamente en el juicio oral, bajo principios fundamentales. (Sánchez Velarde, 2004, pág. 662)

Para poder conceptuar a la prueba preconstituida, es importante tener en cuenta lo afirmado por San Martín Castro, Cuando por la fugacidad de los hechos no sea posible su reproducción en el ulterior juicio oral, deviene necesario que el Juez Penal, sea el titular de la investigación, el Fiscal o, incluso la policía judicial, procedan al aseguramiento de la prueba, bien practicándola directamente bajo la intermediación del Juez Penal (...) o bien asegurando las fuentes de prueba para poder trasladarlas en su día al órgano jurisdiccional de enjuiciamiento. (San Martín, 2003, págs. 797-798)

Lo que se preconstituye son las fuentes de prueba. La práctica de un medio de prueba solo es posible, y solo tiene sentido, dentro del juicio oral, de manera que no se puede pre-constituir el medio de prueba desde el momento en que su existencia no tiene sentido fuera de dicha fase procesal. Recordemos que el medio de prueba es el instrumento, el conjunto de operaciones o actuaciones necesarias para que una fuente de prueba ingrese al juicio oral y tome cuerpo en él. La fuente de prueba debe ser incorporada al debate bajo las condiciones de intermediación, oralidad, contradicción y publicidad. La incorporación de la prueba preconstituida en el juicio se produce mediante su lectura. Es el caso de las actas levantadas por la policía, el fiscal o el juez que contengan diligencias objetivas e irreproducibles actuadas conforme a lo previsto en el Nuevo Código Procesal Penal, tales como las actas de reconocimiento, registro, inspección, revisión, pesaje, hallazgo, incautación y allanamiento, entre otras, como se puede rescatar del art. 383° inciso 1 literal c)³ (Talavera Elguera, 2009, pág. 72).

³ Artículo 383° Lectura de la prueba documental.- 1. Sólo podrán ser incorporados al juicio para su lectura: c) Los informes o dictámenes periciales, así como las actas de examen y debate pericial actuadas con la concurrencia o el debido emplazamiento de las partes, siempre que el perito no hubiese podido concurrir al juicio por fallecimiento, enfermedad,

Se aprecia, en resumen, que la prueba preconstituida identifica tanto al recojo de elementos materiales, relacionados a la comisión de un ilícito como a las diligencias actuadas, por la autoridad encargada de investigar tales hechos, con anterioridad al inicio del proceso penal formal, las cuales se requiere que adquieran la calidad de prueba en razón de su virtud para dar a conocer la verdad de los hechos acontecidos. (Angulo Arana, 2014, pág. 1528)

2.3 Importancia de la prueba preconstituida⁴

La prueba preconstituida es una prueba documental, que puede practicar el juez de instrucción y su personal colaborador (policía judicial y Ministerio Fiscal) sobre hechos irrepetibles, que no pueden, a través de los medios de prueba ordinarios, ser trasladados al momento de realización de juicio oral. Por ello, **dicha prueba tiene un carácter aseguratorio de los indicios y fuentes de prueba**, que, bajo determinadas garantías formales, de entre las que destaca la de garantizar la «posibilidad de contradicción», posibilitan su introducción en el juicio oral, a través de la lectura de documentos (art. 730), como documentos públicos oficiales suficientes para fundar una sentencia de condena (Gimeno Sendra, 2010, págs. 2-4).

Es decir, la prueba preconstituida es importante porque va a permitir asegurar o mantener la disponibilidad de las fuentes de prueba, las mismas que se caracterizan por su fugacidad, pero deberán cumplir con determinados requisitos legales y garantías constitucionales.

De esta forma podrán realizar su delicada labor de asegurar las fuentes de prueba para poder trasladarlas en su día al juicio, y sirva para que el Juez valore esta para efectos de una sentencia.

2.4 Diferencias entre la prueba anticipada y prueba preconstituida

ausencia del lugar de su residencia, desconocimiento de su paradero o por causas independientes de la voluntad de las partes. También se darán lectura a los dictámenes producidos por comisión, exhorto o informe.

4 El Tribunal Constitucional Español 6 de junio de 2005 a través de la STC-148 hace mención que: Lo más importante de la prueba preconstituida es conservar los efectos del delito. Como las armas, instrumentos o efectos que puedan tener relación directa o indirecta con la presunta comisión de un delito; además de evidenciar la posible comisión de un delito. La Ley N° 27934 establece una serie de diligencias que están destinadas a conservar todos aquellos elementos que permitan demostrar la forma, el cómo se desarrolló el delito e incluso quiénes y cuántos pudieron participar en el hecho.

Hay que empezar aclarando que ambas son excepciones a la regla de que solo constituye prueba la practicada en el juicio, todas estas excepciones responden a un presupuesto común o genérico que son los llamados actos definitivos e irreproducibles o actos irreproducibles urgentes, en los que la urgencia deviene de la posibilidad que el acto se vuelva irreproducible para el juicio (Flores Espinal, 2009, pág. 1).

Basándonos en la Sentencia 56/2003, del 23 de enero, emitida por el Tribunal Supremo Español:

“En primer lugar, estimamos conveniente establecer una distinción entre lo que es prueba preconstituida y lo que constituye prueba anticipada. Prueba preconstituida es aquella de imposible reproducción en el juicio oral, ya que, por su característica (autopsia, análisis de laboratorio, inspección ocular en el momento del delito, levantamiento del cadáver), no es factible proceder a su reproducción íntegra en el momento del juicio oral y sólo a través del interrogatorio de los peritos o de su lectura, puede ser considerada por el órgano juzgador. Por el contrario, la prueba anticipada es aquella que se realiza en el momento de la investigación, que va a ser difícil su práctica en el momento del juicio oral (fundamentalmente declaraciones de testigos enfermos, cuya evolución es complicada, o de aquellas personas que por su falta de arraigo se considera que va a ser imposible localizarlas para prestar testimonio en el plenario, por su condición de extranjeras o presumirse difícil su localización”

CUADRO N° 01: DIFERENCIAS ENTRE LA PRUEBA ANTICIPADA Y PRUEBA PRECONSTITUIDA		
ASPECTOS	PRUEBA PRECONSTITUIDA	PRUEBA ANTICIPADA
ETAPA PROCESAL	Antes de la formalización de la investigación preparatoria.	Durante la investigación preparatoria o durante la etapa intermedia.
CONDICIONES PARA SU VALIDEZ	Depende de la corrección del procedimiento empleado.	Depende de la concurrencia de los principios de juicio oral en el procedimiento análogo preestablecido.
CRITERIO DE PRESENCIA JUDICIAL.	No es necesaria.	Es necesaria debido a la concurrencia del principio de inmediación.
EN RAZÓN DE LA PRESENCIA DE PARTE.	No se requiere porque en la etapa en la que se produce no existe aún partes procesales definidas.	Es necesaria la intervención de las partes debido a la concurrencia del principio de contradicción.
LA IRREPETIBILIDAD.	La irrepetibilidad es originaria.	La irrepetibilidad es derivada (porque inicialmente las pruebas podían actuarse en juicio, pero por eventos posteriores deben actuarse antes).
LA URGENCIA	Tiene por fin resguardar el material probatorio.	Es circunstancial, en función de un evento que posteriormente surja y ponga en peligro el material probatorio obtenido.
EJEMPLOS	Inspección ocular preliminar; necropsia; levantamiento de cadáver; pericia legal; peritaje de drogas; allanamientos.	-Peligro de muerte del testigo. -Peligro de muerte del perito.

(Ugaz Zegarra, 2013, pág. 23)

2.5 Características de la prueba preconstituida en el proceso penal a partir de la doctrina y jurisprudencia internacional y nacional

2.5.1 Características de la prueba preconstituida en el proceso penal a partir de la doctrina y jurisprudencia Internacional:

La jurisprudencia española ha reconocido dos características de la prueba preconstituida, basado en la Sentencia del Tribunal Constitucional Español 303/1991, de 25 de octubre, refiere que:

*“La jurisprudencia de este tribunal ha reconocido, aunque de forma excepcional, un cierto valor de prueba a determinadas actuaciones policiales, en las que concurre el doble requisito **de tener por objeto de mera constatación de datos objetivos y de ser irrepitibles, es decir de imposible reproducción en el juicio oral.** Cuando al dato de la objetividad de las actuaciones contenidas en el atestado se añade su irrepitibilidad, las actas policiales se convierten en prueba preconstituida, la cual ha de introducirse en el juicio oral como prueba documental que precisa ser leída en el acto del juicio a fin de posibilitar su efectiva contradicción por las partes. Así sucede, por ejemplo, con la recogida del cuerpo, los efectos son los instrumentos del delito, los croquis o fotografías levantadas sobre el terreno o la misma comprobación de la alcoholemia.*

*La aplicación de la anterior doctrina al contenido del acta nos revela que dicha diligencia policial participa de toda la naturaleza de la prueba preconstituida en todo lo referente al hecho del hallazgo de la droga en las dependencias policiales, pues esta circunstancia fáctica participa de todos los requisitos que han de concurrir en tales actos probatorios de intervención policial, cuales son, como se ha indicado, la urgencia, **la irrepitibilidad y la fiel reproducción de la realidad externa** en la que se concreta dicho hallazgo, cuya existencia, por lo demás, nunca ha sido negada por los acusados”*

La característica de objetiva de la prueba preconstituida, según Burgos Ladrón Guevara, se da en una de las tres clases de actuaciones de las diligencias policiales, siendo para el caso de nuestro interés, las Diligencias no reproducibles en juicio oral, como inspección, revisión, incautación, hallazgo, pesaje, allanamiento, etc. Estos son los denominados **“actos de constancia”**,

que se limitan a reflejar fielmente determinados datos o elementos fácticos de la realidad externa.

Para la Sentencia del Tribunal Supremo Español 1492/1997 del 28 de noviembre, un acto de constancia adquiere el carácter de prueba cuando existen razones de urgencia como recogida de elementos y efectos integrantes del cuerpo del delito, que justifiquen la intervención policial y que la actividad realizada no sea susceptible de repetición ante el Juez

2.5.2 Características de la prueba preconstituida en el proceso penal a partir de la doctrina y jurisprudencia nacional:

Está contemplado en el artículo 383º literal e) del Código Procesal Penal, la incorporación para el juicio oral para su lectura e) *Las actas levantadas por la Policía, el Fiscal o el Juez de la Investigación Preparatoria **que contienen diligencias objetivas e irreproducibles actuadas conforme a lo previsto en este Código o la Ley, tales como las actas de detención, reconocimiento, registro, inspección, revisión, pesaje, hallazgo, incautación y allanamiento, entre otras.***

Asimismo, el artículo 325º del Nuevo Código Procesal Penal establece que, para los efectos de la sentencia, **tienen carácter de acto de prueba, las actuaciones objetivas e irreproducibles**, cuya lectura en el juicio oral autoriza este Código.

Es decir la Prueba Preconstituida se caracteriza por ser objetiva e irreproducible.

Entendiéndose por **objetiva**, a los actos de prueba que se limitan a la fiel reproducción de datos o elementos fácticos de la realidad externa, sin considerar en lo absoluto la opinión que tenga sobre dicho elemento el encargado de levantar el acta correspondiente a nivel Policial, Fiscal o del Juez de Investigación Preparatoria. Estos elementos son las fuentes de prueba que las partes van a utilizar para sostener y demostrar sus respectivas hipótesis y pedir al Juez la apertura del juicio oral o si no es posible dictar el sobreseimiento.

Entiéndase por irreproducible, que no pueden ser reproducidas en el juicio oral. Esto es que no podría practicarse en otro momento, porque de hacerlo se perdería la evidencia.

Esto es que la prueba preconstituida es necesaria por cuanto recoge un hecho que jamás se volverá a repetir, y por tanto se practica atendiendo a la urgencia de resguardar la prueba. Por ejemplo, como el caso del pesaje de la droga encontrada. (Jiménez Herrera, 2010, pág. 304)

Guzmán Fluja, por su parte señala **que es preferible no utilizar el término repetible, no repetible, reproducible no reproducible o equivalentes.** (...) Porque implica que el acto del que se trata sea el mismo acto; y no se puede repetir o no repetir aquello que no es igual o que no es lo mismo. Las diligencias de investigación no pertenecen al juicio oral; son actos que nunca se harían en el juicio oral (no se cachea en un juicio oral, pero no porque el acto sea irrepetible, sino porque es inútil a los efectos del caso hacerlo en ese momento; no se interceptan comunicaciones durante el juicio oral; no se practica una pericia; no se realizan los actos técnicos necesarios, por ejemplo para la determinación de la composición de una sustancia, o para determinar si un arma produce la herida de tal o cual forma; no se traslada el perito con su laboratorio al juicio oral) Sin embargo todo esto debe relatarse y explicarse en él. (Guzmán Fluja, 2006, págs. 210-211)

No se entiende que practicar un medio de prueba sea reproducir o repetir una diligencia de investigación. El juicio oral no es una repetición de lo actuado en la investigación, salvo cuando se trata de determinadas diligencias de carácter irrepetible, en cuyo caso, en la oportunidad que corresponda, serán valoradas directamente por el juzgador.

Es preferible hablar de fuentes de prueba directamente disponibles o no disponibles en el momento del juicio oral. Este es un cambio de fondo, y no un cambio de mera terminología. Es de fondo porque atiende al resultado de los actos de investigación y no a las operaciones o sucesión de actividades que constituyen el acto en sí.

Si como consecuencia de una diligencia de entrada y registro, se encuentran y se recogen, también se aseguran, los elementos de prueba, es decir las fuentes de prueba, sucede que la medida instrumental ha cumplido su objetivo, no necesito repetirla ni reproducirla. Además, los elementos necesarios para la construcción del caso han sido encontrados (por ejemplo, la droga, los papeles, libros, documentos, etc) ahora lo que debe preocupar es si pueden llevar al juicio oral, por problemas de disponibilidad de la fuente de prueba, relacionada con su conservación y aseguramiento (...)

No existe, por lo tanto, un problema de repetibilidad o de reproducibilidad de actos, ya que los actos no son sino medios para adquirir conocimientos, datos e informaciones, que primero sirven a la propia investigación para definirla, orientarla, etc, y luego como fuentes de prueba al juicio oral para que se sometan a las reglas de éste, con el fin de convertirse en auténtica prueba. Para trasladarla; para introducir las fuentes de prueba, lo que necesito es que estén disponibles. (Talavera Elguera, 2009, págs. 71-72)

Para la legislación del Código del 2004, se consideró prueba preconstituida, aquellas actas que se refieren a actuaciones objetivas y de carácter irreproducible, Guzmán Fluja critica este criterio de irreproducible, respecto de ciertas fuentes de prueba, porque jamás se actúa en los juicios. Pero qué se actúa en los juicios, los testimonios, las declaraciones personales, exámenes de perito, pero las incautaciones, recojo de evidencias, pesquisas, rastros, huellas, nada de ello se hace en los juicios, se hace en la escena del delito, en el lugar donde se produjo la intervención del imputado.

Entonces la preconstitución sirve para que deje constancia que la evidencia se encontró en esas condiciones, en ese lugar, a una hora determinada y en poder de alguien. Y además sirve porque si no está disponible la evidencia, vamos a utilizar el acta, es como un certificado de seguridad, de que en caso se pierda algunos elementos, vamos a utilizar el acta.

2.6 Requisitos y supuestos de la prueba preconstituida en el proceso penal a partir de la doctrina y jurisprudencia internacional y nacional.

2.6.1 Requisitos de la prueba preconstituida en el proceso penal a partir de la doctrina y jurisprudencia internacional

- **Teniendo en cuenta la Sentencia del Tribunal Constitucional de España, 141/2001, del 18 de junio, los requisitos de la prueba sumarial anticipada y prueba preconstituida son:**

- ✓ **Material:** que verse sobre hechos que, por su fugacidad, no puedan ser reproducidos el día de la celebración del juicio oral.
- ✓ **Subjetivo:** Que sean intervenidos por la única autoridad dotada de la suficiente independencia para generar actos de prueba, como es el juez de instrucción, sin perjuicio de que, por especiales razones de urgencia, también esté habilitada la policía judicial para realizar determinadas diligencias de constancia y recoger y custodiar los elementos del cuerpo del delito.
- ✓ **Objetivo:** Que se garantice la contradicción, para lo cual siempre que sea factible, se le ha de permitir a la defensa la posibilidad de comparecer en la ejecución de dicha prueba sumarial, a fin de que pueda interrogar al testigo.
- ✓ **Formal:** Que el régimen de ejecución de la prueba sumarial sea el mismo que el del juicio oral.

Sobre esta sentencia Ángel Fernando Ugaz zegarra (Ugaz Zegarra A. F., 2014, pág. 850) comparte la opinión de San Martín Castro (San Martín, 2003, pág. 799), quien sostiene que de aquel fallo se pueden derivar los requisitos de la prueba preconstituida. El primero de ellos es la irrepitibilidad del hecho el juicio oral, luego la intervención judicial y la posibilidad de contradicción; ya que para la actuación de esta clase de pruebas, es necesaria la contradicción, con citación de las partes y plena intervención de ellas en su actuación.

Sin embargo, la doctrina considera que en determinados casos no es exigible una contradicción efectiva, como ocurre por ejemplo, en las diligencias de allanamiento, incautación, inspecciones oculares preliminares, levantamiento de cadáver y otras similares, en las que solo se exige las garantías de actuación previstas en la Constitución y la ley, son los casos de la prueba instructora preconstituida (San Martín, 2003, pág. 799)

- **Teniendo en cuenta la opinión del doctrinario español, Albert Gonzales Jiménez. Para que las diligencias de investigación puedan tener acceso al procedimiento deben darse condiciones mínimas, siendo el punto de partida para la determinación de su validez la conjugación de la intervención de la policía judicial, y el carácter aseguratorio de esta.** Dichas condiciones deben ser:

- ✓ El acto de investigación que se quiere realizar haya observado las garantías necesarias para la defensa, entre las cuales debe estar la posibilidad de intervención que establece la Ley de Criminología Española. No está demás que dicha intervención lo sea con la debida información y, por tanto, con conocimiento de las actuaciones, de no haber sido declaradas secretas.
- ✓ La cadena de custodia que deberá estar documentada y ser citados los participantes de la misma.
- ✓ Los documentos deben ser introducidos a instancia de las partes, siempre que no sea posible la práctica del acto de investigación por causas independientes de su voluntad. La petición de incorporación de las diligencias de investigación deberá estar motivada, dando cuenta las razones que llevan a solicitarla y las condiciones en las que fue obtenida y practicada esta. Asimismo se deberá justificar el carácter irreplicable de dicha diligencia.
- ✓ Se deberá proceder a la lectura, o en su caso a la reproducción video gráfica.
- ✓ Se cumplirá con los principios de contradicción e inmediación, que implica que las partes podrán intervenir durante la práctica de la diligencia. Asimismo, y los agentes de policía que la presenciaron comparecerán como testigos, sometiéndose a dicha contradicción.
(González Jiménez, 2014, págs. 541-543)

2.6.2 Requisitos de la prueba preconstituida en el proceso penal a partir de la doctrina y jurisprudencia nacional

- La prueba preconstituida presenta una serie de requisitos o condiciones que presentándose en conjunto, determinan la existencia y valoración de la prueba preconstituida, Según el doctrinario peruano Angulo Arana , tenemos:
 - ✓ Intervención policial urgente, el personal policial queda vinculado a actuar con inmediatez para que no pierda la prueba.
La urgencia se entiende que puede ser consustancial a la actuación de que se trate (caso de flagrancia) o sobrevenida (caso de la averiguación o diligencias iniciales) de cualquier modo, el personal policial queda vinculado a actuar con inmediatez para que no se pierda la prueba.
 - ✓ Registro o documentación irrepetible que puede ser natural o sobrevenido. Coincidiendo con Miranda Estrampes en que el acto realizado es definitivo y que las condiciones en que fueron recogidas, en su momento, no podrán ser reproducidas. **La condición de irrepetibilidad de lo recogido viene a ser el fundamento o justificación que hace razonable su caracterización como prueba.**
 - ✓ Regularidad de la actuación del personal policial, quien debe actuar observando las garantías que hacen regular la actuación y legítimo lo obtenido.
 - ✓ Reproducción fiel de los hechos y/o actuados, por cierto que la fidelidad de la representación podría ser objeto de debate, que ganaran los mejores y más coherentes fundamentos.
 - ✓ Oralización, se estima en el Código que el valor de la prueba preconstituida queda validada en su lectura durante el juicio oral. Respecto a ello, la doctrina reconoce el valor de la prueba preconstituida por sí misma, dentro de los límites de su actuación regular y la oraliza para someter a debate las observaciones. (Angulo Arana, 2014, págs. 1534-1535)

- **Según el doctrinario peruano, Jimenez Herrera, los requisitos de la Prueba Preconstituida, son:**

- ✓ Irrepetibilidad, de muy difícil o imposible reproducción en el juicio. Esto es la prueba preconstituida es necesaria por cuanto recoge un hecho que jamás se volverá repetir, y por tanto se practica atendiendo a la urgencia de resguardar la prueba. Por ejemplo como el caso del pesaje de la droga encontrada.
- ✓ Ser asegurado por organismo pertinente (en la cadena de custodia).
- ✓ No se requiere presencia del Juez ni del imputado o de su abogado. Esto es, no es necesario emplazamiento a las partes, puesto que se tratan de diligencias como inspecciones oculares preliminares, levantamiento del cadáver, necropsia, pericia médico legal y otras similares.
- ✓ Se deben observar el respeto irrestricto a las garantías individuales y a la licitud en la obtención de la prueba. Para su validez y legitimidad, la prueba preconstituida depende de la corrección del procedimiento empleado para su fijación.
- ✓ Levantamiento del acta respectiva.

2.6.3 Cadena de Custodia

Compartimos la opinión de Vicente Guzmán Fluja y De Diego Díez, quienes sostienen que en ocasiones las fuentes de prueba son inestables en el tiempo, es decir puede suceder que corresponda a su naturaleza la degradación paulatina hasta hacerla desaparecer o desnaturalizarla de tal modo que es imposible reconocerla en su estado original.

“Esto es problema claro de preconstitución de la fuente de prueba y los resultados que arroja su análisis (que se convierte a su vez también en fuente de prueba, en una cadena indiciaria) mientras la fuente de investigación – prueba subsista, se debe cumplir con el deber de custodia y conservación.

En otras ocasiones, lo que sucede es que la aplicación de la técnica conlleva al riesgo de alterar o modificar sustancialmente el objeto o sustancia peritado, que hasta el momento de su análisis ha debido, no obstante, ser custodiado y conservado en su estado original ” (Guzmán

Fluja, 2006, pág. 310 y 311). Por su parte De Diego Díez, manifiesta que, en el caso de las huellas dactilares, realizada la primera comprobación es muy improbable que las huellas puedan permanecer indelebles para ser examinadas de nuevo. A su vez según el artículo 479° de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se prevé la posibilidad de que el perito deba destruir o alterar el objeto sobre el que se produce la pericia, de tal manera que en tales casos, si es posible se deberá conservar una muestra para ulteriores análisis.

Es decir, las fuentes de prueba deben conservarse en el transcurso del tiempo hasta el juicio oral y el procedimiento que va a permitir dicho objetivo es la cadena de custodia, sustento para ser considerado como requisito de la prueba preconstituida, motivo por el cual se ha desarrollado al respecto.

Concepto de la Cadena de Custodia⁵

Es el procedimiento destinado a garantizar la individualización, seguridad y preservación de los elementos materiales y evidencias, recolectados de acuerdo a su naturaleza o incorporados en toda investigación de un hecho punible, destinados a garantizar su autenticidad, para los efectos del proceso. Las actas, formularios y embalajes forman parte de la cadena de custodia.

Es decir, a través de un sistema documentado estandarizado se garantiza las condiciones de individualización, seguridad y preservación de los elementos materiales y evidencias.

Importancia de la cadena de custodia

Coincidimos con Hugo Muller Solon, cuando indica que este material que se recoja a través de la cadena de custodia, es importante a efectos de acreditar los hechos delictivos materia de investigación, ya que garantiza *“que aquello que es incorporado al proceso es auténtico, esto quiere decir, que es exactamente lo mismo que fuera hallado y recogido en su oportunidad, que no ha sido expuesto a factores externos que pudieran*

⁵ Reglamento de cadena de custodia de elementos Materiales, Evidencias y Administración de Bienes Incautados. Aprobado por Resolución 729-2006-MP del 15 de junio 2006. Art. 7 Concepto.

alterarlo y por tanto le hagan perder su valor probatorio". (Muller Solón, 2007, pág. 115)

La cadena de custodia se encuentra contemplada en el artículo 220.5 del Nuevo Código Procesal Penal, señalándose como esencial finalidad, el garantizar la autenticidad de lo incautado.

Formato de cadena de custodia⁶

Los elementos materiales, evidencias y bienes incautados se registrarán en el formato de la cadena de custodia mediante una descripción minuciosa y detallada de los caracteres, medidas, peso, tamaño, color, especie, estado, entre otros datos del medio en el que se hallaron los elementos materiales y evidencias, de las técnicas utilizadas en el recojo y pericias que se dispongan, en el cual no se admiten enmendaduras. En caso que amerite una corrección, ésta se efectuará entre paréntesis, explicando los motivos que la generaron. Los bienes materiales y las evidencias recolectadas o incorporadas, deberán ser debidamente rotuladas y etiquetadas para su correcta identificación y seguridad e inalterabilidad.

⁶ Reglamento de Cadena de Custodia de Elementos Materiales, Evidencias y Administración de Bienes Incautados. Aprobado por Resolución 729-2006-MP del 15 de junio 2006. Art.11 Formato de cadena de custodia.

Código único de carpeta Fiscal

Distrito Judicial

Prioridad

CUADRO Nº 2: FORMATO A7

CADENA DE CUSTODIA (*)

FECHA D/M/A	HORA	NOMBRE COMPLETO DE QUIEN EMBALA BIENES	NOMBRE COMPLETO DEL 1RO QUE TRANSPORTA BIENES INCAUTADOS	DNI/ CPI	CARGO /INSTITUCIÓN	FIRMA

**REGISTRO DE CONTINUIDAD DE CUSTODIA DE ELEMENTOS MATERIALES,
EVIDENCIAS Y BIENES INCAUTADOS (*)**

FECHA D/M/A	HORA	NOMBRE COMPLETO DE QUIEN RECIBE BIENES INCAUTADOS	DNI / CPI	CARGO/ INSTITUCIÓN	CÓDIGO DE RECEPCIÓN	PROPÓSITO DEL TRASLADO	AUTORIDAD QUE AUTORIZA TRASLADO O DESTINO FINAL	FIRMA	OBSER VACIO NES

IMPORTANTE ESTE FORMATO DE CUSTODIA DEBE PERMANECER CON EL BIEN INCAUTADO

VERSIÓN 1-JUNIO 2006

Procedimiento de recolección, embalaje y traslado⁷

Los Fiscales observarán que se cumplan los siguientes lineamientos mínimos: Iniciar la colección de elementos materiales y evidencias con los objetos grandes y movibles, posteriormente se recolecta aquellos que requieren de un tratamiento o técnica especial, seleccionándolos y clasificándolos.

Utilizar embalajes apropiados de acuerdo a su naturaleza, etiquetándolos o rotulándolos para una rápida ubicación e identificación o precintándolos según el caso, consignándose como mínimo: ciudad de origen, autoridad que ordenó la remisión, forma de recojo de los bienes incautados, número de investigación o proceso, descripción (clase, cantidad, estado, color), fecha, hora, lugar donde se practicó la colección y la identificación del responsable.

Llenar el formato de cadena de custodia por duplicado, el cual no podrá tener modificaciones o alteraciones. Disponer las pericias, análisis, informes técnicos que se requieran para la investigación respecto a los elementos materiales y evidencias o una muestra de ellos. Tratándose de objetos de gran dimensión o volumen y según su naturaleza, designará al responsable del traslado, así como su destino de custodia, después que se practiquen las pericias respectivas.

Ordenar el traslado al Almacén de Elementos Materiales y Evidencias correspondiente, según su volumen, el que se efectuará con el formato de cadena de custodia. Al ser transportados, debe preservarse su integridad, manteniéndolos libres de todo riesgo o peligro de alteración, deterioro o destrucción.

⁷ Reglamento de Cadena de Custodia de Elementos Materiales, Evidencias y Administración de Bienes Incautados. Aprobado por Resolución 729-2006-MP del 15 de junio 2006. Art.13 Procedimiento de recolección, embalaje y traslado

Registro y custodia ⁸

Es el procedimiento que se desarrolla con el objeto de garantizar el ingreso, registro, almacenaje, administración y salida de los elementos materiales y evidencias.

En un plazo máximo de tres días calendarios de la intervención o recepción del informe policial, el Fiscal dispondrá el destino al Almacén, conforme a los siguientes lineamientos:

El personal asignado por el Fiscal o la autoridad policial, en delegación, recibe el mandato y el formato de cadena de custodia. Quien entrega y quien los recibe, verifica el estado de los mismos o sus embalajes, los cuales deben estar íntegros, sin presentar alteraciones. Los rótulos o etiquetas no deben mostrar enmendaduras.

Se registra en el formato de cadena de custodia el traslado y traspaso, fecha, hora, dejándose constancia de las observaciones pertinentes.

El responsable de la recepción en el laboratorio o del almacén recibe debidamente embalados los elementos materiales y evidencias, los revisa efectuando los registros necesarios en el formato de cadena de custodia y en el sistema de información manual o electrónico. Este, debe verificar los datos consignados y el responsable del traslado.

El responsable del almacén en los Distritos Judiciales se encargará de recibir el formato de la cadena de custodia por duplicado. Una copia se queda en poder de la Fiscalía o autoridad interviniente para que sea agregado a la carpeta fiscal, la otra permanecerá en custodia del Almacén, a fin de registrar las futuras diligencias que se practiquen. Toda actuación posterior que se genere se consignará en el formato de cadena de custodia y en el registro informático, cronológicamente.

El responsable del Almacén, después de su recepción conforme a los requisitos antes señalados, selecciona y ubica cada uno de los bienes, dependiendo de su naturaleza, clasificándolos atendiendo a su volumen,

⁸ Reglamento de Cadena de Custodia de Elementos Materiales, Evidencias y Administración de Bienes Incautados. Aprobado por Resolución 729-2006-MP del 15 de junio 2006. Art. 14 Registro y Custodia

cantidad, peso, clase de sustancia, riesgo que representa, valor y todas aquellas circunstancias que la experiencia aconseje para el adecuado almacenamiento, registrando en el sistema de información su ubicación dentro del almacén.

En caso que se aprecien alteraciones en los embalajes y rótulos o etiquetas, quien los advierta en el almacén lo comunicará inmediatamente al jefe inmediato y a la autoridad competente, dejando constancia escrita en el formato de cadena de custodia y si es posible, fijará mediante fotografía o filmación las alteraciones.

Quien entrega y quien recibe debe conocer las alteraciones advertidas. Para los efectos del cumplimiento de estas especificaciones, tratándose de elementos biológicos y químicos, serán almacenados en ambientes especialmente organizados, con el objeto de evitar su deterioro y la integridad física de los responsables.

El perito responsable o especialista a quien se le haya ordenado la realización de un análisis, examen pericial o informe técnico, consignará en el formato de cadena de custodia sucintamente las técnicas empleadas, identificándose.

2.6.4. Supuestos de prueba preconstituida en el proceso penal a nivel internacional

- **Según el doctrinario español, Burgos Ladrón de Guevara** (Guevara, 1996, pág. 156) **señala que existe tres clases de actuaciones entre las diligencias policiales:** a) Declaraciones o manifestaciones de los imputados o testigos o identificación en rueda, que tiene el valor de mera denuncia; b) Dictámenes o informes emitidos por los laboratorios científicos policiales, que pueden complementarse como prueba pericial si son ratificados en sede judicial, y c) Diligencias no reproducibles en juicio oral, como inspección, revisión, incautación, hallazgo, pesaje, allanamiento, etc. Estos son los denominados “actos de constancia”, que se limitan a reflejar fielmente determinados datos o elementos fácticos de la realidad externa.

Ángel Ugaz Zegarra reflexionando sobre el tema, señala que el inciso e) del artículo 383° del Código Procesal Penal peruano enumera algunos de estos

actos de constancia, cuando precisa que “Solo podrán ser incorporadas al juicio para su lectura: (...) e) las actas levantadas por la policía, el Fiscal o el Juez de Investigación Preparatoria que contiene diligencias objetivas e irreproducibles actuadas conforme a lo previsto en este código o la ley, tales como las actas de detención, reconocimiento, registro, inspección, revisión, pesaje, hallazgo, incautación y allanamiento, entre otras”. (Ugaz Zegarra A. F., 2014, pág. 852)

- **Según el doctrinario español, Vicente Gimeno Sendra, la prueba preconstituida, tiene los siguientes supuestos:** (Gimeno Sendra, 2010)

- ✓ **Prueba Preconstituida de las diligencias policiales de prevención:**

-Los métodos alcoholímetros, cabe entenderlos como los actos de prueba preconstituida, de carácter pericial, que se adoptan en el curso de una detención o privación momentánea de la libertad deambulatoria y que, a través de una medición en el aliento o mediante una intervención corporal del imputado, permiten determinar el grado de alcohol ingerido.

-Grabaciones de videovigilancia, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha otorgado naturaleza de prueba preconstituida a las cintas o soportes magnéticos, grabadas de oficio por la propia policía, siempre y cuando la grabación se efectúe en las vías o espacios públicos, debiendo requerir la autorización judicial, cuando se trate de captación clandestina de imágenes o sonidos en domicilios o lugares privados.

-Análisis sobre estupefacientes, la policía judicial está legitimada, por razones de urgencia, a intervenir la droga con carácter de preconstituida. Cuestión distinta son los análisis sobre estupefacientes, los cuales como regla general, ha de ordenar el Juez de Instrucción, quien remitirá tales sustancias al organismo oficial correspondiente.

-Las inspecciones corporales, cabe entender como el reconocimiento por un tercero del cuerpo humano, que no afecten al derecho a la intimidad del imputado.

No constituye una inspección corporal, ni acto que limite el derecho fundamental alguno, la recogida de la policía de material genético del imputado (heces, orina, pelos u uñas cortadas, saliva, colillas o esputos), ya que no conforman siquiera inspección corporal alguna, sino que nos encontramos ante meros actos de recogida por la policía de elementos del cuerpo del delito, que ante el peligro de desaparición, autorizan, dentro de las diligencias policiales de prevención.

Dentro de este supuesto encontramos a los exámenes radiológicos y mediante ecografía, así como a la diligencia del cacheo (que consiste en la inspección corporal que, previa privación momentánea a la libertad de un sospechoso y sin ser constitutiva de una detención policial, puede realizar la policía judicial)

✓ **Prueba Preconstituida de la policía judicial con control judicial:**

-La circulación y entrega vigilada de drogas y cuya única relación con la denuncia, consiste en incorporar una específica exención de la obligación de denunciar los delitos que tienen los órganos encargados de la persecución penal.

-Las intervenciones telefónicas, puede entenderse como todo acto de investigación, limitativo del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, por el Juez de Instrucción, en relación a un hecho punible de especial gravedad y en el curso de un procedimiento penal, decide mediante auto especialmente motivado que la policía judicial proceda al registro de las llamadas y/o a efectuar la grabación magnetofónica de las conversaciones telefónicas del imputado durante el tiempo imprescindible para poder preconstituir la prueba del hecho punible y la participación de su autor.

-Intervenciones de los datos electrónicos de tráfico.

-Gestión de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN.

✓ **Prueba preconstituida del juez de instrucción:**

-La recogida y conservación del cuerpo del delito.

-El reconocimiento judicial.

-Las inspecciones e intervenciones corporales.

- La entrada y registro.
- La intervención de las comunicaciones.

2.6.5 Supuestos de prueba preconstituida en el proceso penal a nivel nacional:

- **Según el doctrinario peruano, Pedro Angulo Arana, tenemos los siguientes supuestos:** (Angulo Arana, 2014, págs. 1536-1539)

En actuaciones en casos de flagrancia, pueden empezar a determinarse luego de un encuentro casual y sorpresivo para la misma policía. A partir de allí, puede darse una persecución, una aprehensión, devenir una detención y diversas diligencias y pericias que resultarán irreproducibles posteriormente.

En actuaciones en fase inicial, la fase inicial o preliminar no tiene como objeto fundamental el recojo de elementos probatorios, tal como si lo tiene la fase de investigación preparatoria, es decir en tal estadio inicial aparecen elementos relevantes que podrían perderse de no ser recogidos, la policía resulta obligada a resguardarlos. Y si tal hecho se realiza es por el valor que podría tener, posteriormente, para llegar al conocimiento de la verdad de lo acontecido.

En actuaciones de control, las actuaciones policiales que pueden afectar a varios ciudadanos, en su libre desenvolvimiento y quehaceres, deben realizarse conforme a los principios de objetividad, necesidad, inmediatez y proporcionalidad, en situaciones ex post. Las intervenciones policiales de este tipo pueden ser: Control de identidad policial y pesquisas.

En todos los casos mencionados, en que se debe registrar en actas la actuación en detalle, podrán surgir elementos de prueba o fuentes de prueba que requerirán protección y recojo, apreciándose que dichas acciones originarían prueba preconstituida y fuentes de prueba.

Grave peligro de perpetración del delito, la Constitución peruana, en su artículo 2º, numeral 9), trata al tema del muy grave peligro de perpetración

de un delito como la circunstancia excepcional, que faculta a limitar el derecho a la inviolabilidad del domicilio.

Por tal situación de hecho que desprende una lógica alarma, las diligencias que podrían devenir inmediatamente, aunque no necesariamente esperadas (actas de incautación, decomiso de objetos, fotografías y croquis, acta de levantamiento de cadáver, recojo de huellas digitales, etc) resulta lógico que adquieran la condición de fuentes de prueba o prueba preconstituida, según el caso.

- **Supuestos de prueba preconstituida según el doctrinario peruano, Juan Carlos Jimenez Herrera:**
 - ✓ Allanamiento.
 - ✓ Incautación.
 - ✓ Inspecciones oculares preliminares.
 - ✓ Levantamiento de cadáver, necropsia, pericia médico legal y otras similares. (Jiménez Herrera, 2010, pág. 305)
- **Supuesto de prueba preconstituida a partir del artículo 201 -A del Código Procesal Penal:**

Se puede deducir a partir del artículo 201-A, del Código Procesal Penal, que le asigna la calidad de pericia institucional extraprocesal a los informes técnicos especializados fuera del proceso penal por la Contraloría General de la República, es decir le reconocen el carácter de prueba preconstituida a los informes técnicos de la contraloría, en concordancia con el artículo 15º, literal f) de la ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República.

Es decir, la Contraloría General de la República en el ejercicio de sus atribuciones constitucionales contempladas en el artículo 82º de la Constitución Política del Perú, dispone de la acción de control a instituciones del Estado, y de hallarse indicios de la comisión de ilícitos penales o de responsabilidad civil y/o administrativa de los funcionarios o servidores auditados, emitirá un informe de control el cual tendrá la calidad de prueba preconstituida.

Compartimos el punto de vista del doctrinario Pablo Talavera Elguera, quien considera un error del legislador, el catalogar a los informes técnicos de la Contraloría como prueba preconstituida, ya que según su opinión no todo lo que está en el informe de Contraloría es prueba preconstituida, *“será prueba preconstituida respecto de los hallazgos, bienes, objetos y todo elemento de carácter objetivo que esté anexado al informe especial, mas no la opinión de los señores contralores, porque eso es de carácter informativo, ilustrativo y no constituye prueba”*⁹

Opinión que se ve reforzada con las reglas sobre valoración probatoria a partir de los criterios expuestos por la Corte Suprema, para valorar el mérito de un informe de control en sede judicial para deslindar responsabilidades de funcionarios y servidores públicos. Entre las que destacan:

El informe de control tiene eficacia valorativa por sí mismo, basados en las siguientes ejecutorias supremas:

*“La ley del Sistema Nacional de Control señala que los informes resultados de una acción de control constituyen prueba preconstituida, en consecuencia tienen eficacia valorativa”*¹⁰

*“El informe especial de Contraloría General de la República tiene el carácter de pericia institucional preprocesal y como tal debe valorarse, sin perjuicio de que adicionalmente acompaña la prueba instrumental que justifica sus conclusiones, por lo que en principio es apta para enervar la presunción constitucional de inocencia”*¹¹

En relación a estas Ejecutorias Supremas, coincidimos con la opinión de Juan Carlos Morón Urbina, quien indica que el informe es potencialmente apto para fundamentar la sentencia del Juez, pero para ello debe convencer al Juez de lo acertado de sus conclusiones y de lo adecuado del procedimiento seguido para su preparación. Para ello, el informe de control debe contar con fundamento probatorio suficiente, contener conclusiones claras, firmes y lógicas, de no

⁹ Taller de entrenamiento para el ejercicio de la función fiscal del 6 de enero del 2011. Ponente: Pablo Talavera Elguera, tema: Prueba anticipada y prueba preconstituida.

¹⁰ Ejecutoria Suprema del 30 MAY.03 emitida por la Sala Penal Transitoria recaída en el Expediente Recurso de Nulidad N° 1285-2002-LIMA

¹¹ Ejecutoria Suprema 7DIC05 recaída en el Expediente RN N° 3700-2005- Ucayali

existir otros medios probatorios que le resten eficacia y que dentro del proceso haya atravesado satisfactoriamente el debate contradictorio. (Morón Urbina, octubre 2011)

El informe de control no limita ni excluye la actuación de otras pruebas para comprobar los hechos del proceso, basados en la siguiente ejecutoria suprema:

“Los informes especiales de la Contraloría General de la República deben ser corroborados con un dictamen pericial contable completo, pues si bien es cierto la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control establece que se considera que los informes y/o dictámenes resultado de una acción de control emitidos por cualquier órgano del Sistema constituye prueba preconstituida para la iniciación de las acciones administrativas y/o legales que hubiera lugar, es cierto también que la ley no precisa que los indicados informes sean implicantes y excluyentes para los efectos de que sirvan como única prueba determinante para llegarse a alguna determinación”¹²

2.7 Diligencias de investigación¹³

El Fiscal tiene a su cargo la dirección y conducción de la investigación, el asume esta función al tener conocimiento de la noticia criminal y si lo considera necesario puede requerir la intervención policial o realizarlas por sí mismo. (Artículo 65.2º Código Procesal Penal).

Es decir, el Fiscal tiene a su cargo el plan de investigación, que es un conjunto de actividades que se desarrollan frente a un caso, para permitir determinar la manera más eficiente de presentarlo en el juicio oral. (Artículo 65.4º del Código Procesal Penal)

Para el desarrollo del mencionado plan, deberá realizar sesiones de trabajo con la policía para determinar las diligencias que requieren orden judicial y lo que sea

¹² Ejecutoria Suprema del 26ABR02 recaída en el Exp. 1329-2001

¹³ Guía de actuación fiscal en el Código Procesal Penal Escuela del Ministerio Público-Fiscalía de la Nación, 2013

necesario para preparar y elaborar su plan de investigación, evaluar los resultados de la investigación y reorientarla de ser necesario.

No debemos olvidar que, en todas estas diligencias, se deberá tener en extremo cuidado con la escena del delito y la cadena de custodia, de esta forma se va a permitir la disponibilidad de las fuentes de prueba, las mismas que se caracterizan por su fugacidad. Excepcionalidad que le da la característica de ser irreproducible, de imposible reproducción en el juicio oral, característica de la prueba preconstituida.

Son estas diligencias que requieren orden judicial, que desarrollaremos a continuación, específicamente las diligencias que implican un determinado tipo de acta, nos referimos acta preconstituida que se caracteriza por ser objetiva e irreproducibles.

2.7.1 Allanamiento:

Generalidades. En base al artículo 214°.1 del Código Procesal Penal peruano- *“ Fuera de los casos de flagrante delito o de peligro inminente de su perpetración, y siempre que existan motivos razonables para considerar que se oculta el imputado o alguna persona evadida, o que se encuentran bienes delictivos o cosas relevantes para la investigación, el Fiscal solicitará el allanamiento y registro domiciliario de una casa habitación, casa de negocio, en sus dependencias cerradas, o en recinto habitado temporalmente, y de cualquier otro lugar cerrado, siempre que sea previsible que le será negado el ingreso en acto de función a un determinado recinto”.*

Tratándose de lugares públicos o abiertos al público la policía no requiere autorización judicial para realizar el allanamiento peruano.

Es decir la medida de allanamiento tiene por finalidad registrar los lugares cerrados y, de ser el caso, la detención de personas o realización de medidas de secuestro e incautación, a fin de asegurar los elementos de convicción necesarios para la investigación y al mismo tiempo los objetos o efectos provenientes indirectamente de la infracción penal, o los instrumentos o medios con que se hubiera ejecutado el delito. (Art. II Ámbito de Aplicación del Protocolo de Actuación Conjunta de la Policía Nacional del Perú, Ministerio Público y Poder Judicial)

Teniendo en consideración al artículo 215º del Código Procesal Penal, la resolución judicial autoritativa contendrá el nombre del Fiscal autorizado, la finalidad específica del allanamiento y, de ser el caso, las medidas de coerción que correspondan, la designación precisa del inmueble que será allanado y registrado, el tiempo máximo de la duración de la diligencia, y el apercibimiento de Ley para el caso de resistencia al mandato.

La orden tendrá una duración máxima de dos semanas, después de las cuales caduca la autorización, salvo que haya sido expedida por tiempo determinado o para un período determinado, en cuyo caso constarán esos datos.

Criterios del Tribunal Constitucional ¹⁴.- nuestra Constitución ha tutelado el derecho individual que tiene toda persona a la “libertad de domicilio” a través de la garantía de “inviolabilidad” y, en esos sentido, ha establecido que los terceros, sean particulares o agentes públicos, en principio, están prohibidos de penetrar el ámbito domiciliario donde habita una persona, salvo que medie el consentimiento de esta, exista una autorización judicial, se haya configurado una situación de flagrancia delictiva o el peligro inminente de la perpetración de un hecho ilícito sea una realidad. Asimismo, la norma constitucional ha regulado dos supuestos de entrada legítima, como son las razones de sanidad o de grave riesgo.

Muller Solón, ha desarrollado estos supuestos de entrada legítima, siendo los siguientes:

- El ingreso al domicilio con el consentimiento del titular del derecho: Este hecho constituye un supuesto de entrada legítima en términos constitucionales.
- La autorización judicial que habilita al agente público para ingresar al domicilio: La Constitución es clara cuando establece como requisito sine qua non para el ingreso aun domicilio –a efectos de realizar actividades investigatorias - la existencia de un mandato judicial, el mismo que se entiende tiene que estar debidamente motivado y su procedencia debe obedecer a un acto jurisdiccional regular.
- Frente a la existencia del delito flagrante: El agente público queda plenamente legitimado para ingresar al domicilio si es que su intervención se convierte en

¹⁴ Exp. N° 04085-2008-PHC/TC. Cañete. Marco Antonio Mendieta Chauca.

necesaria para impedir la consumación del ilícito penal, la fuga del delincuente o la desaparición de los instrumentos que facilitaron la concreción del acto delictivo.

- El peligro inminente de la perpetración de un delito: Si es que se tiene el conocimiento fundado, la certeza clara y manifiesta de la comisión inminente de un delito, se configura otra excepción a la inviolabilidad del domicilio y en consecuencia el agente público puede operar libremente.
- Las razones de sanidad o grave riesgo: La Constitución ha dejado en manos del legislador la regulación de estas dos excepciones que legitiman la entrada a cualquier domicilio. Estos dos supuestos se fundan en el estado de necesidad o fuerza mayor. (Muller Solón, 2007, pág. 97)

Desarrollo de la diligencia: El artículo 216º del Código Procesal Penal, señala:

Al iniciarse la diligencia se entregará una copia de la autorización al imputado siempre que se encuentre presente o a quien tenga la disponibilidad actual del lugar, comunicándole la facultad que tiene de hacerse representar o asistir de una persona de su confianza.

Si no se encuentran las personas arriba indicadas, la copia se entregará y el aviso se dirigirá a un vecino, a una persona que conviva con él, y a falta de ellos, sólo de ser posible, al portero o a quien haga sus veces.

La diligencia se circunscribirá a lo autorizado, redactándose acta. Durante su desarrollo se adoptarán las precauciones necesarias para reservar la reputación y el pudor de las personas que se encuentran en el local allanado.

Solicitud del Fiscal para incautación y registro de personas: Asimismo el artículo 217º del Código Procesal Penal, comprende:

Cuando sea el caso, el Fiscal solicitará que el allanamiento comprenda la detención de personas y también la incautación de bienes que puedan servir como prueba o ser objeto de decomiso. En este caso se hará un inventario en varios ejemplares, uno de los cuales se dejará al responsable del recinto allanado.

El allanamiento, si el Fiscal lo decide, podrá comprender el registro personal de las personas presentes o que lleguen, cuando considere que las mismas pueden ocultar bienes delictivos o que se relacionen con el mismo. El Fiscal, asimismo podrá disponer, consignando los motivos en el acta, que determinada persona no

se aleje antes de que la diligencia haya concluido. El transgresor será retenido y conducido nuevamente y en forma coactiva al lugar.

2.7.2 Incautación:

Concepto de incautación. - La incautación es la desposesión que realiza la autoridad competente de bienes, instrumentos o cosas por actuaciones ilícitas. De acuerdo al tipo de delitos existe un procedimiento de incautación.

Aseguramiento de los bienes incautados. -Teniendo en cuenta el artículo 16 del Reglamento de Cadena de Custodia de Elementos Materiales, Evidencias y Administración de Bienes Incautados. Aprobado por Resolución 729-2006-MP del 15 de junio 2006, tenemos que: En caso de efectuarse una diligencia relacionada a la investigación de un hecho ilícito, en la que se encuentren bienes que ameriten ser incautados, se procederá a asegurarlos o inmovilizarlos, designando provisionalmente al responsable de la custodia, dando cuenta al Juez para su aprobación y conversión a las medidas que fueran necesarias. El Fiscal o la policía excepcionalmente podrán disponer la incautación de bienes en los casos previstos por ley, dando cuenta de inmediato al Juez.

Concordancias: Art. 68º CPP, Art. 316º CPP, Art. 317º CPP

Registro y seguridad de los bienes incautados. - Basándonos en el artículo 17 del Reglamento de Cadena de Custodia de Elementos Materiales, Evidencias y Administración de Bienes Incautados. Aprobado por Resolución 729-2006-MP del 15 de junio 2006, tenemos que: *“Para garantizar la eficacia de las diligencias antes citadas, los bienes deberán ser individualizados, registrados, asegurados e inventariados en acta, la que será suscrita por los participantes y testigos de ser el caso. El Fiscal o el responsable, consignará la hora de culminación y la identificación de quienes hubieran intervenido, del custodio provisional, entregando copia del acta a los afectados. Rigen en lo que fuera pertinente, las disposiciones previstas en los artículos 12º, 13º y 14º del presente Reglamento”.*

Casos especiales. - Basándonos en el artículo 19 del Reglamento de Cadena de Custodia de Elementos Materiales, Evidencias y Administración de Bienes Incautados. Aprobado por Resolución 729-2006-MP del 15 de junio 2006, tenemos que: *“En caso de bienes perecibles, sujetos a eminente deterioro, de gran magnitud y naturaleza, dedicados a fábrica o comercio, semovientes entre otros que no*

permitan su traslado, o que ameriten una administración especializada sobre los derechos de éstos, el Fiscal dispondrá la inmovilización y el aseguramiento, así como el lugar de custodia, designando al depositario - responsable por un plazo no mayor de 15 días prorrogables”.

2.7.3 Inspecciones Oculares

La inspección judicial o inspección ocular está regulada por el artículo 192.2º del Código Procesal Penal y dice: *“La inspección tiene por objeto comprobar las huellas y otros elementos materiales que el delito haya dejado en los lugares y cosas o en las personas”*

Basados en el artículo 385.1º del Código Procesal Penal, se sostiene que generalmente, luego de una inspección, se puede verificar la necesidad de efectuar la reconstrucción de los hechos y tiene que agotarse lo necesario para hacer las inspecciones, de modo que se haga en cercanía física y temporal a la producción de los ilícitos y no tener que dejarla para que realice el Juez en las etapas finales del proceso.

Compartimos la definición de inspección ocular o de inspección judicial, dada en el protocolo de inspección judicial y reconstrucción, que considera a la misma como un medio de investigación que consiste en el reconocimiento o examen sensorial directo del lugar y de los objetos relacionados con el hecho punible que es ordenada por el Juez o dispuesta por el Fiscal durante la investigación preparatoria. La misma que no se limita al examen ocular.

Consistente en examinar el estado de las personas, lugares, rastros y otros efectos que fueran de utilidad para la averiguación del hecho o la individualización de sus partícipes. La inspección debe practicarse a la brevedad posible para que no desaparezca las huellas del delito.

En el marco de esta diligencia se tendrá en cuenta las siguientes pautas:¹⁵

¹⁵ Protocolo de inspección judicial y reconstrucción, 2014, elaborado por el Ministerio Público, Policía Nacional del Perú, Poder Judicial, INPE, Defensa Pública; obtenido del Portal.mpfm.gob.pe/ncpp/files/f8d558_protocolos_actuacion_interinstitucional.pdf

- ✓ Inspección de cosas: A través de esta diligencia el Fiscal o juez usando la percepción directa, observa y aprehende la existencia, el estado, la composición y las condiciones de una cosa.
- ✓ Inspección de lugares: Sirve para adquirir e introducir en el proceso el reconocimiento efectivo y real de un determinado lugar.
El Fiscal o Juez aplicando la percepción directa adquiere el conocimiento de ciertos lugares de interés que servirá para la investigación.
Aquí se permitirá el reconocimiento de huellas, vestigios y recoger cualquier otro dato en el lugar de los hechos, así como examinar las
- ✓ En la diligencia de inspección judicial se concederá la oportunidad de participar a los sujetos procesales que se encuentren presentes o a sus defensores, a fin de que puedan dejar constancias de algún detalle o formular alguna observación o aclaración pertinente.
- ✓ Durante la diligencia de inspección judicial podrá elaborarse croquis, planos, dibujos, mediciones y se autorizará la toma de fotografías, grabaciones, filmaciones de las personas o cosas que interesan a la investigación.
- ✓ Cuando la diligencia de inspección judicial se realiza en un domicilio o recinto cerrado, el Fiscal o Juez, hará las respectivas notificaciones y con la debida anticipación para que tomen conocimiento el propietario o poseedor.
- ✓ Si el propietario o poseedor se negara a dar las facilidades de la diligencia programada, el Fiscal solicitará autorización judicial.
- ✓ El Fiscal estará autorizado para incautar los objetos que le sean útiles para la investigación, en cuyo caso, deberá solicitar al Juez una resolución confirmatoria.
- ✓ La diligencia de inspección judicial se realizará con minuciosidad e incidiendo sobre todo lo que pueda constituir prueba material del delito, debiendo dejar constancia de todo lo realizado, lo útil que ha sido los pasos o detalles que comprende, la misma que debe ser suscrita por todos los asistentes.

2.7.4. Levantamiento de Cadáver ¹⁶

El levantamiento del cadáver se encuentra regulado 195º del Código Procesal Penal.

El proceso de levantamiento de cadáver, según Niccy Valencia Llerena, es considerado como el estudio que realiza el Médico Legista y el equipo de profesionales de las Ciencias Forenses, de todo lo existente en el lugar de los hechos o el lugar del hallazgo, donde se encuentre(n) cadáver(es) o restos humanos con la finalidad de establecer si la muerte es de etiología violenta, natural o sospechosa de criminalidad.

El Levantamiento del cadáver y la investigación correspondiente en la escena lo conduce el Fiscal, con el apoyo del personal especializado en investigación criminal y con la intervención, de ser posible, por un equipo multidisciplinario de criminalística (Policía Nacional del Perú y/o Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses del Ministerio Público y Ciencias Forenses del Ministerio Público), levantándose, la respectiva acta, con el objeto de registrar toda la información necesaria para el esclarecimiento del hecho suscitado. Sinónimos: Lugar de los Hechos, Escena de la Muerte, Levantamiento de Cadáver, Escena del Crimen, Escenario criminal y sitio del suceso.

Cuya finalidad es lograr el mejor trabajo conjunto y coordinado entre las instituciones partícipes en el estudio de la escena (levantamiento de cadáver), a fin de esclarecer las y/o circunstancias de la muerte en forma eficaz, eficiente, válida, científica y legal. Prevenir la duplicidad de esfuerzos y gastos innecesarios a través de una comunicación y coordinación oportuna. Guardar uniformidad en los procedimientos mediante el trabajo conjunto en formato único la ejecución de acciones

¹⁶ Manual interinstitucional del Ministerio Público y la Policía Nacional del Perú para la investigación de la muerte violenta o sospechosa de criminalidad ; obtenido de:
www.mpf.n.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/2600_manual_interinstitucional_mp_pnp.pdf

2.7.5 Necropsia

Según Cleyber Navarro Sandoval, la necropsia es el examen o inspección de un cadáver humano realizado por el especialista en medicina legal, patólogo o médico legista, que aplicando técnicas y procedimientos de la criminalística, con apoyo en los conocimientos de la ciencia médica, además de otras áreas de las ciencias forenses. (Sandoval, 2012)

Por tanto la necropsia es un componente esencial en la investigación médico legal de la muerte, que se encuentra regulada en el artículo 196º Código Procesal Penal, indicando específicamente en el numeral 1 que: *“cuando sea probable que se trate de un caso de criminalidad se practicará la necropsia para determinar la causa de la muerte”*

Existiendo procedimientos para la necropsia de ley, el examen Tanatológico o Necropsia de ley a realizar en el cadáver por el Médico Legista en la morgue, contará con la presencia obligatoria del Fiscal a cargo de la investigación o el Fiscal Adjunto que lo represente y del Pesquiza; levantándose el Acta Fiscal de Necropsia.

Adicionalmente al cumplimiento de lo contemplado por los Manuales de Procedimientos del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses del Ministerio Público vigentes, se observará lo siguiente:¹⁷

- ✓ La necropsia deberá practicarse bajo el principio de inmediatez dentro del horario de trabajo establecido en la morgue, para evitar manipulación, contaminación o acentuación del estado de putrefacción en el cadáver, así como para facilitar la pronta entrega del mismo a los familiares
- ✓ Al momento de internar el cadáver, el pesquisa o personal del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses del Ministerio Público entregará a la Morgue una copia legible del Acta de Estudio de la Escena y Levantamiento de Cadáver.

¹⁷ Manual interinstitucional del Ministerio Público y la Policía Nacional del Perú para la investigación de la muerte violenta o sospechosa de criminalidad ; obtenido de:
www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/2600_manual_interinstitucional_mp_pnp.pdf

- ✓ Las prendas y objetos del cadáver, bajo responsabilidad del personal de la morgue, deberán ser preservadas y embaladas individualmente (evitando riesgos de contaminación), asegurando su secado al ambiente natural antes de empacarlas (sin exponerlas al sol). Se utilizarán materiales como bolsas de papel o cajas de cartón y deberán ser entregadas de inmediato al perquisista quien lo remitirá al Laboratorio de Criminalística del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses del Ministerio Público o Policía Nacional del Perú, según su disponibilidad.
- ✓ De encontrarse en el cuerpo objetos como: proyectiles de arma de fuego, armas blancas (cuchillo, verdugillo, vidrio, etc.) u otros objetos; se anotará en el acta Fiscal de Necropsia, debiendo consignarse lo siguiente: características de medida, peso, número o cantidad, propiedades u otras peculiaridades de interés criminalístico, y serán entregados de inmediato al perquisista quien lo remitirá al Laboratorio de Criminalística del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses del Ministerio Público o Policía Nacional del Perú, según su disponibilidad, para los exámenes respectivos conservándose la cadena de custodia.
- ✓ En caso de ausencia de la perquisición, se dará cuenta al Fiscal a cargo de la investigación para que adopte las medidas pertinentes.
- ✓ Los exámenes auxiliares que se soliciten en la Necropsia de ley, solo serán efectuados por personal de los laboratorios del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses del Ministerio Público. En caso de no contar con dichos laboratorios, serán remitidos al Laboratorio Central de Criminalística de la Policía Nacional del Perú o a sus Oficinas de Criminalística.

2.8 Actas de Constatación Fiscal y Policial

El acta de constatación fiscal es un documento en la medida que constituye una expresión, de persona conocida o conocible, que permite introducir elementos de convicción sobre un determinado hecho relevante para el proceso. (San Martín, 2003, pág. 558)

Precisando, el acta de constatación sea fiscal o policial es un documento que la autoridad competente extiende, cuando se presume que se ha cometido un hecho

punible con el fin de iniciar las investigaciones pertinentes, que permitan introducir elementos de convicción sobre un determinado hecho relevante para el proceso.

Basado en la ejecutoria del Expediente 1583-2003-B de la Tercera Sala Especializada en lo Penal de Lima, el acta de constatación fiscal es un documento que es usado a partir de la constatación de una expresión de una persona conocida o conocible y que tiene por finalidad recoger alguna ocurrencia trascendente para la investigación preliminar del delito y ofrecerla como prueba en el proceso.

Esta jurisprudencia ha sido emitida, a raíz del cuestionamiento efectuado a un documento emitido por el Ministerio Público, como es el acta de constatación fiscal, la cual no posee una regulación específica dentro de la legislación procesal penal vigente, sino que tiene que ser cubierta en todos los casos por la legislación procesal civil de manera supletoria, tal y como lo reconoce la ejecutoria en mención, de la que destacamos las siguientes líneas: *“Debemos advertir que el acta de constatación fiscal es un documento, por lo que necesariamente – para su tacha – deberá ser cuestionada de acuerdo con lo prescrito por los artículos 242º y 300º del Código Procesal Civil; es decir, por la falsedad del documento”*

Pero la tacha de este documento también se puede dar cuando adolece de alguna formalidad esencial que la ley prescribe bajo sanción de nulidad (artículo 243º del Código Procesal Civil)

Trasladado al tema de investigación, tenemos que nuestro ordenamiento procesal penal no posee una regulación clara acerca de los requisitos formales que debe contener un Acta de Constatación Fiscal y Policial; sin embargo podemos inferir que, tratándose de un documento que tiene por finalidad recoger alguna ocurrencia trascendente para la investigación preliminar del delito y ofrecerla como prueba en el proceso, éste debe contener requisitos para su validez, ello con el objeto que dicho acto pueda cumplir su finalidad, es decir tener eficacia probatoria.

De lo que se deduce que se están refiriendo a los requisitos para la validez de las actas en general establecidos en los artículos 120º y 121º del Código Procesal Penal, como son el acta contemplará una relación sucinta de los actos realizados, de las personas que intervinieron, además será suscrita por el funcionario o autoridad que dirige y por los demás intervinientes, previa lectura, entre otras, pero

no debemos dejar de contemplar que estos requisitos de obligatorio cumplimiento deben ir acompañados del cumplimiento de las características propias de las actas preconstituidas, específicamente de las actas de constatación fiscal y policial es decir deben ser objetivas e irreproducibles.

Para la elaboración de las actas de constatación fiscal y policial debemos considerar que deben ser documentos que contengan todas las evidencias con participación de los peritos respectivos y con ayuda de audiovisuales, que no dejen duda de lo que se pretende constatar es decir que se ha logrado verificar el hecho materia del tipo penal.

Tal es el caso de las actas de constatación por usurpación, el perito debe estar **presente dejando constancias, de la individualización del predio usurpado**, con sus medidas perimétricas y las coordenadas UTM respectivas. Asimismo, el fiscal debe recoger las evidencias de la comisión del delito que tenga relación con la usurpación, los croquis respectivos, las fotografías, filmaciones y todo instrumento que pueda servir para que conste que la diligencia y el acta respectiva se ha desarrollado adecuadamente, con claridad del objeto del delito.

2.9 Requisitos legales de acuerdo al tipo de delito que orientarán las diligencias a realizar, las mismas que serán plasmadas en acta preconstituida y que servirán para determinar la característica de irreproducible de la prueba preconstituida.¹⁸

Existe todo un procedimiento general para la investigación del delito, el mismo que está bajo la dirección y conducción del Fiscal, que a continuación se desarrollará:

2.9.1 Procedimientos generales en la investigación del delito

- La información, denuncia penal u otras actuaciones respecto de un hecho ilícito debe ser documentada por parte de la Policía o del Fiscal a través de un acta, la cual debe contener la información pormenorizada tanto de las partes como de los hechos.

¹⁸ Basado en el Manual para la investigación del delito en el marco del Nuevo Código Procesal Penal, Chiclayo 2010 obtenido: www.mpf.n.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/2255_2_06manual_pnp.pdf

y de la Guía de actuación fiscal en el Código Procesal Penal de la Escuela del Ministerio Público-Fiscalía de la Nación, 2013

- Si la denuncia se realiza en sede policial, esta será puesta en conocimiento inmediatamente al Ministerio Público, por cualquier medio, sin perjuicio de hacerlo luego por escrito.
- Sin perjuicio de la comunicación al Ministerio Público, la Policía Nacional continuará realizando los actos de investigación necesarios o urgentes que puedan corresponder según la naturaleza del caso
- Si la denuncia se realiza en Sede Fiscal, se coordinará con la Policía Nacional los actos de investigación a realizarse, en los casos que correspondan.
- Si a la denuncia se acompañan especies o evidencias relacionadas al delito, se levantará el Acta de Recepción de Especies o Evidencias, generándose además la correspondiente Cadena de Custodia, documentos que se trasladarán en forma conjunta, sin perjuicio de las copias que puedan obrar en el Informe Policial o la Carpeta Fiscal que se genere.
- De realizarse un hallazgo o recojo de especies o evidencias, se generará el Acta correspondiente, debiendo consignarse en la misma, además de las circunstancias en que se ha producido y las características específicas de la especie o evidencia, también las circunstancias de embalaje, lacrado, sellado y firmado, generándose la Cadena de Custodia correspondiente. La Cadena de Custodia se inicia luego de terminada el Acta de Levantamiento de Indicios o Evidencia o Hallazgo.
- Las Actas de Hallazgo, Recojo, Incautación, Levantamiento de Evidencias, etc. se desplazarán conjuntamente con la evidencia y su Cadena de Custodia, culminando en la Fiscalía, donde se levantará un Acta de Cierre, cuando corresponda, la cual se elaborará cuando se concluya definitivamente el caso.
- Una vez peritada la evidencia, será remitida a la Dependencia Policial (si solicitó la pericia) o ingresará por mesa de partes del Despacho Fiscal responsable del Caso. Cuando el resultado de la Pericia y las especies o evidencias deban ser recogidos por Fiscalía, se deberá disponer que sea

realizado por personal legitimado, a fin que no se interrumpa la Cadena de Custodia.

Las actas deberán elaborarse conforme a las recomendaciones especiales siguientes:

- ✓ Se debe consignar hora, fecha, lugar, nombres, apellidos y unidad del personal interviniente
- ✓ Se debe consignar también la hora y medio de comunicación al Ministerio Público, precisándose el nombre del Fiscal que recibe la comunicación.
- ✓ Con buena ortografía, letra legible, entendible y respetando los márgenes.
- ✓ Las actas no deben tener borrones, debiendo de rehacerse en caso de alguna equivocación en su redacción.
- ✓ Las actas deben ser firmadas por todos los que participan en la diligencia, es decir el denunciante, testigo, intervenido, Fiscal, Peritos y el personal de la Policía Nacional del Perú interviniente, el instructor quien formula el acta.
- ✓ En caso que cualquiera de las partes involucradas se negara a firmar el acta levantada, se considerará el motivo.
- ✓ Toda acta se debe levantar o formular en el lugar de los hechos (IN SITU), sin embargo, se puede levantar en la dependencia policial, debiendo consignar al final de la misma, las razones para ello: "La presente acta se levantó en la dependencia policial (nombre de la comisaría o Unidad de PNP), por medidas de seguridad, por lo peligroso de la zona"
- ✓ Toda acta se formulará en original y copia, pero ambas deben estar firmadas con bolígrafo por las partes, no debiendo hacerlo sobre papel carbón.
- ✓ El registro personal deberá ser realizado por un solo efectivo policial, quien levantará y suscribirá el acta correspondiente, conjuntamente con el intervenido.
- ✓ El acta de intervención policial será levantada en último lugar, consignándose tanto la hora de la intervención, de inicio de levantamiento del acta y la hora de cierre.

Por regla general, las declaraciones se harán con presencia Fiscal y, excepcionalmente, éstas se harán por delegación; siendo que, en la declaración

del investigado, deberá estar presente obligatoriamente su Abogado Defensor Particular o el Defensor de Oficio, en su caso. En el último caso, la Policía, con conocimiento Fiscal, o el Fiscal coordinará la asignación del Defensor de Oficio.

- En todos los casos se solicitará el reporte de requisitorias, antecedentes policiales y otros necesarios del intervenido.
- En todos los casos deberá hacerse constar el domicilio del intervenido mediante documento idóneo (Recibo de pagos de servicios, etc.), teléfonos de contacto, e-mail, etc., sin perjuicio de realizarse la verificación domiciliaria que corresponda, indicando con quienes vive, desde cuándo y si la vivienda es propia, alquilada o familiar, etc. y otros datos de interés criminalístico.
- Finalizada la investigación preliminar o la investigación en Sede Policial, según corresponda, la Policía Nacional remitirá el Informe Policial, conjuntamente con los detenidos y las especies, dentro de las 20 horas de producida la detención, cuando hay flagrancia o detención preliminar judicial; o dentro del plazo establecido por el Fiscal, en caso de no flagrancia, observando rigurosamente lo prescrito por el Código Procesal Penal.
- Deberá tenerse en cuenta que el plazo de detención es de 24 horas, dentro de las cuales se realizarán las diligencias preliminares. En los casos de Tráfico Ilícito de Drogas, Espionaje y Terrorismo, el plazo de detención será hasta 15 días, dentro de las cuales se realizarán las diligencias preliminares.
- En todos los casos de intervención en flagrancia por Arresto Ciudadano, se deberá redactar el Acta de Recepción del Intervenido, conforme a las pautas generales de redacción de actas. De existir lesiones visibles, éstas deberán ser descritas, sin perjuicio de requerir el reconocimiento médico legal correspondiente en forma inmediata. En caso que el intervenido refiera haber sido golpeado deberá también disponerse su reconocimiento médico legal inmediatamente. Todas estas incidencias deberán constar en el Acta correspondiente.

2.9.2 Procedimientos especiales para la investigación de los delitos

2.9.2.1 Procedimientos especiales para la investigación de los delitos de homicidio

Una vez que se toma conocimiento de un presunto homicidio, la autoridad policial competente deberá, en este orden realizar:

- Si se trata de las Unidades de Emergencia de la PNP deberá proteger de inmediato la escena del crimen y dar aviso inmediato a la Comisaría del Sector y al Ministerio Público.

- Recibida la comunicación del hecho, la Comisaría del Sector o la Unidad Especializada deberá realizar, en su orden, las siguientes acciones:

- a. Constatar el hecho.

- b. Dar inmediata seguridad y protección a la escena del delito, asegurando todo indicio o evidencia material que pueda encontrarse en el lugar de los hechos, perennizar la escena del crimen, así como registrar la información relevante obtenida en el instante, formulando el acta de diligencias previas (acta de entrevista policial, etc.), anotando detalladamente:

- ✓ Lugar exacto (Dirección domiciliaria o referencia si es lugar abierto)
- ✓ Fecha y hora de la diligencia
- ✓ Datos del policía interviniente
- ✓ Nombre y apellido del entrevistado
- ✓ Edad
- ✓ Sexo
- ✓ Número de documento de identidad
- ✓ Domicilio

- ✓ Relación con el fallecido
 - ✓ Teléfono
 - ✓ Fecha y hora de hallazgo del cadáver
 - ✓ Circunstancia en que el entrevistado se enteró del fallecimiento
 - ✓ Ubicación, posición y condición en que halló el cadáver (sólo referencial)
 - ✓ Otras personas que conocen el hecho
 - ✓ Personas que fueron vistas por el lugar
 - ✓ Datos adicionales útiles sobre el fallecimiento
 - ✓ Datos del propietario o conductor del predio donde se halló el cadáver, si fuere el caso.
 - ✓ Cualquier otra información de utilidad que tenga relación con el hecho a investigar.
 - ✓ Firma y post firma del efectivo policial (nombre, documento de identidad, dirección, teléfono, dependencia policial a la que pertenece).
- c.** La autoridad policial comunicara inmediatamente, por el medio más rápido al Ministerio Público, a la Unidad Especializada de Homicidios (PNP), de haber presunción de muerte violenta por mano ajena, y al Laboratorio de Criminalística de la PNP, quienes se constituirán dentro de los 30 minutos de notificados para realizar las diligencias periciales pertinentes (ITC, balística, biología, toxicológico, identificación, etc.).
- d.** Simultáneamente al accionar policial el Fiscal de Turno que toma conocimiento del caso dispondrá que el Médico Legista se constituya al lugar de los hechos dentro de los 30 minutos de notificado.
- e.** Cuando el equipo multidisciplinario llega al lugar de los hechos:
- ✓ El equipo multidisciplinario procederá a levantar, según su competencia, las actas que correspondan.
 - ✓ Ingreso al lugar de los hechos:

- ✓ El Equipo de Multidisciplinario planeará y coordinará el abordaje de la escena criminal, la precedencia de peritos y método a utilizar según la naturaleza del lugar y el hecho.
 - ✓ Para determinar la muerte ingresará el Médico Legista, previa coordinación con el responsable del Equipo de Criminalística, quien facilitará u orientará los lugares para su desplazamiento. Luego ingresará el Equipo Multidisciplinario, según el orden coordinado.
 - ✓ Se utilizarán todos los métodos y técnicas que permite la Criminalística para ubicar los indicios o evidencias de manera inmediata, rigurosa, técnica, narrativa, analítica, sistemática y objetiva, tratando de establecer el aspecto identificador y reconstructor, así como la forma y circunstancia en que ocurrieron los hechos.
 - ✓ En todos los casos se deberán tomar las muestras correspondientes sin excepción y en forma obligatoria en el mismo lugar donde se encontró el cadáver. Asimismo, se formularán las actas que correspondan, elaborándose la correspondiente Cadena de Custodia si fuera el caso.
 - ✓ Cada muestra se debe individualizar, numerar y proteger de acuerdo a su naturaleza y debe ser embalado, lacrado y firmado (individualmente) por el Perito responsable y el Fiscal, si estuviera presente, dejando constancia de ello.
- f.** Para los lugares en que no existiera Unidad Especializada el personal policial de la Comisaria del Sector deberá realizar las diligencias antes descritas siguiendo las mismas formalidades.
- g.** Levantamiento del cadáver: Concluida la ITC se procederá al levantamiento del cadáver levantando el Acta correspondiente
- h.** El levantamiento de cadáver podrá ser delegada a la PNP, de modo excepcional, observándose el procedimiento expuesto anteriormente. El traslado del cadáver estará a cargo de la PNP que participó en el levantamiento.

i. Del cierre de la escena: La escena debe ser agotada en su abordaje e investigación, debiendo, excepcionalmente podrá suspenderse el cierre de la escena cuando el equipo multidisciplinario lo considere, para lo cual el Fiscal por disposición motivada dispondrá las medidas convenientes para su seguridad y custodia.

j. Sobre la Necropsia de ley

- ✓ En la Necropsia de ley, deberá estar presente, obligatoriamente, el Fiscal quien deberá proporcionar la información respecto de las condiciones, características, lugar y otros detalles en que se encontró el cadáver, el personal médico a cargo de la necropsia.
- ✓ Las prendas y objetos del cadáver, siempre y cuando sean de interés criminalístico, deberán ser preservadas y embaladas individualmente y bajo responsabilidad del personal técnico que realiza la Necropsia, asegurando previamente el secado natural a medio ambiente, generando la *Cadena de Custodia* respectiva.
- ✓ De encontrarse en el cuerpo objetos como proyectiles, cuchillo, etc., se levantará el Acta de Extracción de Evidencias, consignándose la cantidad, medida, peso, características, peculiaridades, etc. de la evidencia, las cuales se remitirán con la Cadena de Custodia y el Acta respectiva al Laboratorio de Criminalística de la Policía Nacional, para su procesamiento.
- ✓ Los exámenes auxiliares que se soliciten en la Necropsia de Ley serán realizados por el laboratorio forense que tenga capacidad resolutoria para efectuarlos.

2.9.2.2 Procedimientos especiales para la investigación del delito de tráfico ilícito de drogas.

- **EN DELITO FLAGRANTE:**

EN EL LUGAR DE LOS HECHOS:

- a. Detener al involucrado e informar inmediatamente al Fiscal Provincial Penal de Turno para las primeras diligencias. De tratarse intervenciones de cantidad importante de droga, la comunicación se realizará al Fiscal Especializado.
- b. Fijar la escena del delito disponiendo su protección. Comunicar el hecho inmediatamente a la Oficina de Criminalística para la realización de las diligencias correspondientes.
- c. Recoger o incautar las drogas y todos los elementos empleados para su elaboración, tráfico o consumo, según sea el caso, realizando las actuaciones técnicas y levantando las actas y registros necesarios (Personal, en el auto, etc).
- d. Fijar, embalar, sellar las evidencias y dar inicio a la Cadena de Custodia.
- e. Verificar la identidad y hacer constar el domicilio del detenido, así como su teléfono de contacto (Domiciliario, celulares, e-mail, etc.).
- f. Identificar a probables testigos del hecho, registrando sus nombres y domicilios y teléfonos de contacto.
- g. Poner a los detenidos a disposición de la Comisaría del Sector y/o Policía Especializada, conjuntamente con las actas y evidencias levantadas.

- **EN LA COMISARIA:**

Entregar al intervenido la Papeleta de Detención.

- h. El Policía instructor debe coordinar con el Fiscal correspondiente la realización de las diligencias pertinentes de acuerdo al caso específico.
- i. Realizar la verificación y registro domiciliario de los involucrados, en todos los casos
- j. Conducir de inmediato al detenido así como las sustancias incautadas al Laboratorio de Criminalística para la realización de las pericias de orientación, descarte y pesaje de drogas, dosaje étílico, toxicológico y otros necesarios. Estas diligencias deberán realizarse con presencia del Abogado Defensor del detenido.
- k. Si se incautó teléfonos, poner en conocimiento del Fiscal para solicitar la autorización a los detenidos para la visualización de mensajes de texto, llamadas, etc., sobre todo si existe presunción de que se trata de integrante de una banda, formulándose el Acta de Visualización de Memoria Telefónica.
- l. La droga incautada debe ser remitida de modo inmediato al laboratorio de central de criminalística para las pericias definitivas.

- **EN DELITO NO FLAGRANTE:**

Recibir la denuncia y dar cuenta por escrito a la Fiscalía para la asignación del caso y coordinar las diligencias necesarias para el esclarecimiento del hecho.

- m. En caso que se necesite acciones previas (video vigilancia, allanamiento con descerraje, etc.), éstas deben realizarse conforme al procedimiento establecido en el Código Procesal

Penal y en coordinación con el Fiscal competente. No deben realizarse sin conocimiento del Fiscal porque da lugar a nulidades y a que la investigación sea cuestionada. Asimismo, ninguna intervención fiscal deberá realizarse sin previa coordinación y participación de la Policía Nacional.

2.9.2.3 Procedimientos para la investigación de delitos contra el patrimonio

- **EN FLAGRANCIA
EN EL LUGAR DE LOS HECHOS**
 - a. Detener al involucrado, informarle sus derechos y poner en conocimiento la detención al Fiscal Penal de Turno.
 - b. Realizar el registro personal del intervenido, incautar las especies relacionadas con el delito, levantando las Actas correspondientes, dando cuenta al Fiscal de su resultado para el caso en que tuviera que requerirse la confirmación de los bienes incautados.
 - c. Formular, de ser el caso, el Acta de Hallazgo y Recojo de Evidencias generando la Cadena de Custodia correspondiente.
 - d. Formular el Acta de Intervención, la misma que registrará todas las incidencias ocurridas.
 - e. De ser necesario, fijar la escena del delito, disponiendo su protección, comunicando el hecho inmediatamente a la Oficina de Criminalística para la realización de las diligencias correspondientes.
 - f. Fijar, embalar, sellar las evidencias y dar inicio a la Cadena de custodia
 - g. Identificar a probables testigos del hecho, registrando sus nombres y domicilios y teléfonos de contacto.
 - h. Poner a los detenidos a disposición de la Comisaría del Sector y/o Policía Especializada, conjuntamente con las actas y evidencias levantadas.

- **EN LA COMISARIA:**
 - i. Entregar al intervenido la Papeleta de Detención.
 - j. Disponer el reconocimiento médico legal del agraviado y el detenido, de ser el caso.
 - k. Recibir la declaración detallada del agraviado a fin de determinar la forma y circunstancias de la comisión del delito, así como la participación del o los intervenidos.
 - l. Requerir al agraviado acredite con medio idóneo la preexistencia de los bienes objeto del delito.
 - m. En la Sede Policial deberá cuidarse que el agraviado y el detenido no se encuentren en el mismo ambiente, debiendo evitarse el contacto del primero con familiares o terceros relacionados al detenido.
 - n. Realizar el reconocimiento personal en rueda de personas, la cual se realizará con participación del abogado Defensor del investigado levantado el Acta respectiva, diligencia que en lo posible deberá ser registrada en soporte audiovisual.
 - ñ. Recibir la declaración de los testigos del hecho, consignándose su domicilio, teléfono, e-mail, etc.
 - o. Requerir inmediatamente el reporte de antecedente y requisitorias del intervenido.
 - p. Realizar la verificación domiciliaria del intervenido. De ser el caso se realizará la verificación laboral del intervenido.
 - q. Si se incautó teléfonos, poner en conocimiento del Fiscal para solicitar la autorización a los detenidos para la visualización de mensajes de texto, llamadas, etc., sobre todo si existe presunción de que se trata de integrante de una banda, formulándose el Acta de Visualización de Memoria Telefónica. En caso de negativa se realizará el requerimiento pertinente al Juez de Investigación Preparatoria.

- **EN NO FLAGRANCIA**

- r. Recibir la denuncia y dar cuenta por escrito a la Fiscalía para la asignación del caso y coordinar las diligencias necesarias para el esclarecimiento del hecho.
- s. En caso que se necesite acciones previas (video vigilancia, allanamiento con descerraje, etc.), éstas deben realizarse conforme al procedimiento establecido en el Código Procesal Penal y en coordinación con el Fiscal competente. No deben realizarse sin conocimiento del Fiscal porque da lugar a nulidades y a que la investigación sea cuestionada.

2.10 Posiciones doctrinarias en relación al momento en que se preconstituye la fuente de prueba

Existen diferentes posiciones doctrinarias en relación al momento en que se preconstituye la fuente de prueba.

Para el análisis respectivo, recordaremos la definición de prueba preconstituida, que viene a ser:

Son fuentes de prueba objetivas e irreproducibles, que son practicadas antes del inicio formal del proceso penal (diligencias preliminares) o en la investigación preparatoria formalizada, observando las garantías constitucionales y legales pertinentes, con la finalidad de asegurar o mantener la disponibilidad de las fuentes de prueba, para poder trasladarlas en su día al órgano jurisdiccional de enjuiciamiento.

Partiremos indicando la distinción entre actos de investigación y actos de prueba para separar las etapas o momentos judiciales en que se preconstituyen las fuentes de prueba.

Siendo así, la diferencia entre actos de investigación y actos de prueba, en base a la opinión de Christian Salas Beteta, es: *“En tal sentido debemos señalar que los actos de investigación son los realizados durante la etapa de investigación preparatoria (diligencias preliminares e investigación preparatoria formalizada) por el Ministerio Público y la Policía*

Nacional, con el objeto de obtener y recoger los elementos de prueba (elementos de convicción según el Código Procesal Penal) que serán utilizados para que el director de investigación sustente sus pedidos (diligencias, medidas coercitivas, acusación o sobreseimiento) ante el Juez de Investigación Preparatoria.

*De otro lado, los actos de prueba son todos aquellos actos realizados por las partes ante el Juez de conocimiento (Juez Penal) en el juicio oral, con el objeto de presentar sus medios probatorios y demostrar sus proposiciones fácticas de su teoría del caso. De modo que, el Fiscal, con sus actos de prueba, buscará persuadir al Juez Penal acerca de todos y cada uno de los extremos de su imputación, en tanto que el defensor del acusado cuestionará la posibilidad de adquirir certeza respecto a uno o más de los extremos de la acusación fiscal (...) **por lo que, queda claro que los actos de investigación no están dirigidos a buscar que el juzgador condene o absuelva, esta es labor de los actos de prueba, que se realiza solo en el juicio oral, salvo dos excepciones: La prueba anticipada y la prueba preconstituida**" (Salas Beteta, 2011, pág. 161)*

2.10.1 Las fuentes de prueba se preconstituyen durante la investigación preliminar

San Martín Castro, manifiesta que *"la prueba preconstituida es aquella practicada antes del inicio formal del proceso, en la denominada fase preprocesal, realizada siempre con las garantías constitucionales y legales pertinentes, y en la medida de que sean de imposible o muy difícil reproducción"* (San Martín, 2003, pág. 798)

Por su parte, Pablo Sánchez Velarde, sostiene que: *"La prueba preconstituida es aquella que preexiste al proceso penal, que es anterior a la actividad prejurisdiccional; pero de suma utilidad para alcanzar al Juzgador elementos probatorios sobre el tema probandum y que se actúan directamente en el juicio oral, bajo los principios fundamentales"* (Sánchez Velarde, 2004, pág. 662)

Asimismo, Juan Carlos Jiménez Herrera, expresa que la prueba preconstituida es *"aquella sobre la que recae actividad oficial antes del inicio formal del proceso – es decir durante la investigaciones y/o diligencias preliminares –sub-etapa preprocesal, debido a que es irrepetible su naturaleza. Esta se desarrolla bajo el*

estricto respeto a los derechos humanos en un Estado Social y democrático de Derecho” (Jiménez Herrera, 2010, págs. 303-304)

A su vez, Pedro Angulo Arana, expresa que: *“La prueba preconstituida identifica tanto al recojo de elementos materiales relacionados con la comisión de un ilícito como a las diligencias actuadas por la autoridad encargada de investigar tales hechos con anterioridad al inicio del proceso penal formal, las cuales se requiere que adquieran la calidad de prueba en razón de su virtud para dar a conocer la realidad de los hechos acontecidos”* (Angulo Arana, 2014, pág. 1528)

Por otro lado, el doctrinario José Antonio Neyra Flores, se presenta como opositor de la existencia de la prueba preconstituida, debido a que no se caracteriza por la presencia de la contradicción y la irreproducibilidad, supuestos que si son presupuestos de la prueba anticipada.

Es decir para este doctrinario *“la prueba preconstituida no debe ser valorada en el proceso penal por llevarse a cabo sin la intervención de un órgano jurisdiccional y por tener lugar antes del inicio del proceso, afectándose de esta forma el principio de inmediación y contradicción”* (Neyra Flores, 2010, pág. 618).

2.10.2 Las fuentes de prueba se preconstituyen en la investigación preparatoria formalizada

Pablo Talavera Elguera, sostiene que *“las diligencias preliminares forman parte de la investigación preparatoria. No podrán repetirse una vez formalizada la investigación. **Procede su ampliación si dicha diligencia resultare indispensable,** siempre que se advierta un grave defecto en su actuación o que ineludiblemente debe completarse como consecuencia de nuevos elementos de convicción”* (Talavera Elguera, Litigación oral, juicio penal y prueba, 2005, pág. 26)

Es decir el doctrinario Pablo Talavera Elguera, sostiene que bajo determinadas circunstancias se pueden preconstituir las fuentes de prueba después de la formalización de la investigación preparatoria.

Asimismo, resaltamos la opinión del doctrinario Pedro Angulo Arana, quien considera que las fuentes de prueba sólo se preconstituyen durante las investigaciones preliminares, y destaca la importancia de la prueba preconstituida porque a pesar que su actuación se da en una etapa preprocesal, por su característica de irreproducible, ésta debe cumplir con el aseguramiento de fuentes de prueba, a su vez sostiene “*que la valoración de los elementos de prueba y fuentes de prueba, recogidos previamente a la existencia del mismo proceso penal, se orienta a los fines clásicos e irrenunciables del proceso penal, tales como la orientación de la búsqueda de la verdad, la formación debida de la convicción judicial y la realización de la justicia, antes de que el mismo combate a la impunidad*” (Angulo Arana, 2014, pág. 1532)

2.10.3 Posición asumida

La posición que acogemos para la presente investigación es que la fuente de prueba se preconstituye durante la investigación preliminar y también a partir de la formalización de la investigación preparatoria.

Trasladado al tema de investigación, tenemos que ya analizado la distinción entre actos de investigación y actos de prueba para separar las etapas o momentos judiciales en que se preconstituyen las fuentes de prueba, podemos precisar que compartimos la opinión de Christian Salas Beteta y de Pablo Sánchez Velarde, quienes sostienen que por regla general, los actos de investigación no pueden tener la eficacia jurídica de actos de prueba salvo que aquellas no puedan ser reproducidas en el juicio oral, es decir presentan dos excepciones la prueba anticipada y la prueba preconstituida.

Posición que se corrobora con la opinión de Pablo Talavera Elguera, quien sostiene que “*las diligencias preliminares forman parte de la investigación preparatoria. No podrán repetirse una vez formalizada la investigación. **Procede su ampliación si dicha diligencia resultare indispensable, siempre que se advierta un grave defecto en su actuación o que ineludiblemente debe completarse como consecuencia de nuevos elementos de convicción***” (Talavera Elguera, Litigación oral, juicio penal y prueba, 2005, pág. 26)

Es decir, si bien es cierto que existen fuentes de prueba que se caracterizan por su fugacidad y que por lo tanto no posible su reproducción en el ulterior juicio oral, *“deviene necesario que el Juez Penal, sea el titular de la investigación, el Fiscal o, incluso la policía judicial, procedan al aseguramiento de la prueba, bien practicándola directamente bajo la intermediación del Juez Penal (...) o bien asegurando las fuentes de prueba para poder trasladarlas en su día al órgano jurisdiccional de enjuiciamiento”*. (San Martín, 2003, págs. 797-798).

Pero en el caso de que dichas diligencias que se dan durante la Investigación Preliminar, conjuntamente con el levantamiento del acta respectiva, adolezca de un grave defecto en su ejecución, el Juez de Investigación Preparatoria está facultado para repetir dicha diligencia, lo que implica el llenado del acta de preconstitución requerida.

Por lo tanto, coincidimos con la opinión de Pablo Talavera Elguera, quien afirma que la preconstitución debido a su complejidad, no puede ser subsumida en una única categoría.

Siendo así las fuentes de prueba se pueden preconstituir en la investigación preliminar y también en la investigación preparatoria formalizada.

Además frente a los opositores de la prueba preconstituida debido a que no cumple con el juicio oral previo para que aquella adquiera valor, **el incumplimiento de esta exigencia se justifica por su naturaleza de irreproducible** y basados en la opinión de doctrinarios como San Martín Castro, tenemos que por la existencia de fuentes de prueba que se caracterizan por su fugacidad, la misma que hace necesario que se cumpla con la adecuada conservación y custodia para poder trasladarlas en su día al órgano jurisdiccional de enjuiciamiento.

2.11 Definición de términos básicos

Prueba preconstituida.- Son fuentes de prueba objetivas e irreproducible, que son practicadas antes del inicio formal del proceso penal (diligencias preliminares) o en la investigación preparatoria formalizada, observando las garantías constitucionales y legales pertinentes, con la finalidad de asegurar o mantener la disponibilidad de las

fuentes de prueba, para poder trasladarlas en su día al órgano jurisdiccional de enjuiciamiento.

Fuente de prueba.- Es todo elemento material o personal que tiene su origen fuera del proceso, ejemplo: una fotografía siempre que contenga información relevante para el caso investigado.

Acta de constatación fiscal o policial.- Es un documento que es usado a partir de la constatación de una expresión de una persona conocida o conocible y que tiene por finalidad recoger alguna ocurrencia trascendente para la investigación del delito y ofrecerla como prueba en el proceso.

Precisando las actas de constatación sea fiscal o policial es un documento que la autoridad competente extiende, cuando se presume que se ha cometido un hecho punible con el fin de iniciar las investigaciones pertinentes, que permitan introducir elementos de convicción sobre un determinado hecho relevante para el proceso.

Criterio jurídico.- Juicio o discernimiento de una persona basado en el derecho para conocer la verdad o falsedad de una cosa o cuestión.

c) Hipótesis

Los criterios jurídicos que deben utilizarse, para definir el término irreproducible como característica de la prueba preconstituida en las actas de constatación fiscal y policial en la investigación preliminar o preparatoria, son:

- Temporalidad en la actuación de la diligencia
- Naturaleza de la diligencia y del delito.

CAPÍTULO 3. METODOLOGÍA

3.1 Operacionalización de variables

CUADRO N° 3. OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES

VARIABLE	DEFINICION CONCEPTUAL	DIMENSIONES	INDICADORES
Temporalidad en la actuación de la diligencia	Urgencia en que se realice la diligencia de constatación y que se levante el acta respectiva, porque se corre el riesgo de que el escenario sea cambiado, es decir se considera que urge la inmediatez temporal de dicha diligencia. Sugiriéndose una fecha límite de una semana para evitar que la evidencia se pierda o altere	Inmediatez	Doctrina Jurisprudencia
Naturaleza de la diligencia y del delito.	Es la investigación de cada tipo de delito que comprende diferentes procedimientos o diligencias de investigación, que implica un determinado tipo de acta, si esta acta tiene la característica de urgente por lo irrepitable de su naturaleza, esta debe levantarse lo antes posible	Contexto del delito	Doctrina Jurisprudencia

3.2 Diseño de investigación

El diseño de la presente investigación es de tipo no experimental, en tanto no existe manipulación de variables, restringiéndose la misma a una investigación teórica doctrinaria.

3.3 Unidad de estudio

Para la presente tesis no se utilizó unidad de estudio.

3.4 Población

Para la presente tesis no se utilizó población.

3.5 Muestra

Para la presente tesis no se utilizó muestra.

3.6 Técnicas, procedimientos e instrumentos de recolección de datos

CUADRO N° 4: TÉCNICAS, INSTRUMENTOS Y PROCEDIMIENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS

N°	TÉCNICA	INSTRUMENTO	USO
01	Análisis documental	<p>El artículo de investigación presentado a la comunidad académica como requisito para la obtención de su Grado Doctoral, denominado "Las diligencias policiales como supuesto de prueba preconstituida y su incorporación al proceso", cuyo autor es Albert Gonzales Jimenez, Doctor en Derecho, licenciado en Criminología, investigador español, artículo publicado en Justicia: Revista de Derecho Procesal, ISSN 0211-7754, N° 2, 2014.</p> <p>El artículo de investigación, titulado: "La prueba preconstituida de la policía judicial", del Doctor Vicente Gimeno Sendra, jurista español, catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Nacional de Educación a distancia y magistrados emérito del Tribunal Constitucional (UNED). En la revista Catalana de seguretat pública, mayo 2010.</p>	<p>Determinar los criterios jurídicos que deben utilizarse para definir el término irreproducible como característica de la prueba preconstituida en las actas de constatación fiscal y policial en la investigación preliminar o preparatoria.</p>

		<p>El artículo de investigación, titulado: “La prueba anticipada y prueba preconstituida”, del Doctor Ángel Fernando Ugaz Zegarra, profesor de la Academia de la Magistratura peruana, asociado del Estudio Larrieu&Larrieu Abogados. En la enciclopedia jurídica, titulada: “Nuevo Código Procesal Penal Comentado- Volumen 2”, 2014.</p> <p>El artículo de investigación, titulado: “La prueba preconstituida” del Doctor en Derecho y Ciencia Política, Pedro Angulo Arana, profesor de Derecho Procesal Penal de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y en la Academia de la Magistratura. En la enciclopedia jurídica, titulada: “Nuevo Código Procesal Penal Comentado- Volumen 2”, 2014.</p> <p>Reglamento de Cadena de Custodia de Elementos Materiales, Evidencias y Administración de Bienes Incautados. Aprobado por Resolución 729-2006-MP del 15 de junio 2006</p> <p>Sentencia del Tribunal Constitucional N° 6712-2005-HC/TC</p> <p>Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 27 de diciembre del 2004 recaída en el Expediente N° 2096-2004-HC/TC)</p> <p>Ejecutoria Suprema del 30 MAY.03 emitida por la Sala Penal Transitoria recaída en el Expediente Recurso de Nulidad N° 1285-2002-LIMA</p> <p>Ejecutoria Suprema 7DIC05 recaída en el Expediente RN N° 3700-2005-Ucayali</p> <p>Ejecutoria Suprema del 26ABR02 recaída en el Exp. 1329-2001</p> <p>Basado en el Manual para la investigación del delito en el marco del Nuevo Código Procesal Penal, Chiclayo 2010 obtenido: www.mpf.n.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/2255_2_06manual_pnp.pdf</p> <p>Guía de actuación fiscal en el Código Procesal Penal de la Escuela del Ministerio Público-Fiscalía de la Nación, 2013</p> <p>Manual para la investigación de muerte violenta o sospechosa de criminalidad; obtenido de: www.mpf.n.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/504_levantamiento_cadaver.pdf</p>	
--	--	---	--

		<p>Protocolo de inspección judicial y reconstrucción, 2014, elaborado por el Ministerio Público, Policía Nacional del Perú, Poder Judicial, INPE, Defensa Pública; obtenido Portal.mpfn.gob.pe/ncpp/files/f8d558_protocolos_actuacion_interinstitucional.pdf</p>	
--	--	--	--

3.6.1 Procedimientos

Primero se revisó los antecedentes de investigación que tienen relación indirecta sobre el tema a investigar, resaltando las características, requisitos y supuestos de la prueba preconstituida.

Después se analizó Sentencia del Tribunal Constitucional N° 6712-2005-HC/TC, que ha señalado que el derecho a la prueba comprende entre otros elementos, el derecho a que se asegure la producción o conservación de la prueba, a partir de la actuación anticipada de los medios de prueba.

Seguidamente se analizó la Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 27 de diciembre del 2004 recaída en el Expediente N° 2096-2004-HC/TC que desarrolla los requisitos de la flagrancia en la comisión de un delito comparándolos con los delitos no flagrantes, en el caso específico de las Actas de Constatación Fiscal es urgente que se realice la diligencia de constatación y que se levante el acta respectiva, porque se corre el riesgo de que el escenario sea cambiado, es decir se considera que urge la inmediatez temporal de dicha diligencia, planteándose de esta forma el criterio jurídico a tener en cuenta para definir el término irreproducible como característica de la prueba preconstituida, como es la temporalidad de la actuación de la diligencia .

Luego se investigó sobre el plan de investigación del Fiscal en la que desarrolla diferentes diligencias en la que se deben tener extremo cuidado con la escena del delito y la cadena de custodia. Estas diligencias implican el levantamiento de diferentes actas preconstituidas, razón por la que se investigó las diligencias de allanamiento, incautación, inspecciones oculares, levantamiento del cadáver, necropsia. Y teniendo en cuenta que las diligencias de investigación se desarrollan en la investigación del delito y que estos poseen

procedimientos generales, se investigó sobre los procedimientos generales en la investigación de un delito, así como los procedimientos especiales para la investigación del delito de homicidio, tráfico ilícito de drogas y delitos contra el patrimonio. Esta información obtenida sirvió para tener conocimiento sobre el cómo se desarrollan las diligencias en la investigación del delito y el tipo de actas preconstituidas que se pueden requerir.

Posteriormente se investigó sobre las actas de constatación fiscal y policial, y teniendo como referencia la investigación del delito y la información obtenida sobre este tipo de actas preconstituidas, dando énfasis a la característica de irreproducible se plantearon ejemplos ilustrativos del porque es importante la inmediatez temporal de dicha acta. A partir de esta información obtenida se planteó como un criterio jurídico a tener en cuenta para definir el término irreproducible como característica de la prueba preconstituida, a la naturaleza de la diligencia y del delito.

Seguidamente se investigó sobre las posiciones doctrinarias en relación al momento en que se preconstituye la fuente de prueba, en base a dicho estudio, se asumió que la fuente de prueba se preconstituye durante la investigación preliminar y también a partir de la formalización de la investigación preparatoria

Por último, como un aporte adicional, se realizó una propuesta legislativa para incorporar el artículo 383°, numeral 1) literal f) al Código Procesal Penal, a partir de los criterios jurídicos formulados.

3.7 Métodos, instrumentos y procedimientos de análisis de datos

El método de investigación jurídica empleado es el Método Dogmático o Interpretativo que, a través de la interpretación de la ley procesal, hace posible el planteamiento de los criterios jurídicos que deben utilizarse cuando no existe flagrancia para definir el término irreproducible como característica de la prueba preconstituida en las actas de constatación fiscal y policial.

Teniendo en cuenta que la prueba preconstituida no se encuentra expresamente regulada en nuestra normativa procesal penal, pero puede deducirse las características de la misma a

partir del artículo 383.1º literal e) y del artículo 325º ambas del Código Procesal Penal, siendo estas objetivas e irreproducibles.

Dejando a la doctrina y a la jurisprudencia la interpretación de ambas características, siendo el caso que la característica de objetividad no deja lugar a dudas que se caracteriza porque son actos de prueba que se limitan a la fiel reproducción de datos o elementos fácticos de la realidad externa, sin considerar en lo absoluto la opinión que tenga sobre dicho elemento el encargado de levantar el acta correspondiente a nivel Policial o Fiscal.

En cambio la característica de irreproducible sólo se limita a indicar principalmente que es de imposible reproducción en el juicio y que es urgente resguardar la fuente de prueba porque recoge un hecho que jamás se volverá a repetir, no existiendo criterios que definan la característica de irreproducible de la prueba preconstituida, es decir que orienten al Juez a catalogar si determinada diligencia y su acta respectiva, reúne la característica de irreproducible, pretendiéndose lograr con ello una mayor seguridad jurídica.

A su vez teniendo como referencia la interpretación de la ley procesal, así como la investigación del delito y la información obtenida sobre actas preconstituidas, que se plantearon los criterios jurídicos que no han sido desarrollados por la jurisprudencia ni por la doctrina, es a partir de esta situación, que se pretende aportar con el desarrollo teórico de dichos criterios para lograr uniformidad en la valoración de las actas fiscales de constatación.

CAPÍTULO 4. RESULTADOS

4.1 Respecto a la hipótesis 1: Temporalidad de la actuación de la diligencia:

Conforme vimos en el marco teórico el derecho a la prueba goza de protección constitucional, pues se trata de un derecho implícito en el derecho al debido proceso, es decir toda persona tiene derecho a un proceso justo, pronto y transparente.

La incorporación de la prueba al proceso penal constituye el pilar de mayor relevancia, porque solo con ella se va enervar la presunción de inocencia de inculpado, siendo el modo más confiable para descubrir la verdad real y la mayor garantía contra la arbitrariedad de las decisiones judiciales,

Siendo el derecho a la prueba un derecho complejo, conforme lo establece la Sentencia del Tribunal Constitucional N° 6712-2005-HC/TC, que ha señalado que el derecho a la prueba comprende entre otros elementos, el derecho a que se asegure la producción o conservación de la prueba, a partir de la actuación anticipada de los medios de prueba. Es decir, la presente sentencia hace referencia a la Prueba Anticipada y a la Prueba Preconstituida, como casos excepcionales para otorgar valor probatorio a elementos producidos antes del juzgamiento.

Siendo la Prueba Preconstituida, materia de la presente investigación, la misma que posee dos características de objetiva e irreproducible. Debemos considerar que al momento de la calificación de determinada fuente de prueba como poseedora de la característica de irreproducible, se debe tener en cuenta, que lo más importante es la pronta intervención de la Policía o Fiscalía, en el levantamiento del acta respectiva.

Porque si no se cumple el inmediato aseguramiento y conservación de las fuentes de prueba, debido a su característica de fugacidad, estas corren el riesgo de perderse. De esta forma podrán realizar su delicada labor de asegurar las fuentes de prueba para poder trasladarlas en su día al juicio, y sirva para que el Juez valore esta para efectos de una sentencia.

En el caso específico de las Actas de Constatación Fiscal y policial es urgente que se realice la diligencia de constatación y que se levante el acta respectiva, porque se corre el riesgo de que el escenario sea cambiado, es decir se considera que urge la inmediatez temporal de dicha diligencia, caso contrario de las actas policiales que se apliquen en delitos flagrantes, en la que, por su misma naturaleza, son levantadas inmediatamente.

Por lo que se sugiere que una fecha límite debería ser de una semana para evitar que la evidencia se pierda o altere.

4.2 Respecto a la hipótesis 2: Naturaleza de la diligencia y del delito

De acuerdo al tipo de delito se realizará determinados procedimientos especiales para la investigación de los mismos, es decir se realizarán diferentes diligencias.

Teniendo en cuenta que la diligencia son las actuaciones que se realizan durante la investigación del delito y que tienen por objeto dejar constancia de un acto con trascendencia procesal encaminado a ser incorporado en el juicio. Estas diligencias son de diferente naturaleza, que implica un determinado tipo de acta, si esta acta tiene la característica de urgente por lo irrepitable de su naturaleza, esta debe levantarse lo antes posible.

A continuación, desarrollamos algunos ejemplos, para el planteamiento de los mismos se ha tenido que tener en cuenta las diligencias a realizar y el tipo de delito.

Ejemplos:

Las Actas de Constatación de Linderos, Se dan en el delito de usurpación en su modalidad de alteración de linderos (Art. 202°.1 del Código Penal), que son de urgente llenado y realización de la diligencia porque en caso contrario se corre el riesgo de que se alteren los linderos, es decir urge la realización de la diligencia en ese momento de la investigación preliminar, porque durante el juicio oral, no se va a poder repetir dicha diligencia porque está el peligro latente de que se pierda o altere los linderos por la influencia de terceros, o del clima.

Actas de constatación de Tráfico Ilícito de Drogas, son de urgente realización la incautación de la droga y de todos los elementos empleados para su elaboración, tráfico o consumo, según sea el caso, debido a que ya no se va a poder repetir dicha diligencia, porque se corre el peligro de que se pierda la droga o los elementos empleados para su elaboración, tráfico o consumo.

Actas de constatación de levantamiento de cadáver son de urgente realización para poder asegurar la escena del crimen y ubicar los indicios o evidencias de forma inmediata, rigurosa, técnica, contando con la presencia del equipo multidisciplinario debido a que no se va a poder repetir dicha diligencia porque se corre el peligro de que sea alterada la escena del crimen o se pierdan ciertos indicios o evidencias.

Es decir, de acuerdo a cada tipo de delito se requiere un determinado tipo de investigación, es decir se realizarán diferentes diligencias. Teniendo en cuenta que la diligencia son las actuaciones que se realizan durante la investigación del delito y que tienen por objeto dejar constancia de un acto con trascendencia procesal encaminado a ser incorporado en el juicio.

Estas diligencias son de diferente naturaleza, que implica un determinado tipo de acta, si esta acta tiene la característica de urgente por lo irrepitable de su naturaleza, esta debe levantarse lo antes posible.

En el Perú, el Ministerio Público conjuntamente con la Policía Nacional ha creado un Manual Interinstitucional para la investigación del delito y es en base a este Manual creado en el año 2010, que consideramos que sirve para guiarnos en los procedimientos especiales en la investigación de los delitos.

En el caso específico de Actas de Constatación Fiscal se deberá tener en cuenta el procedimiento especial de investigación a realizarse, es decir las diligencias que se deben realizar de acuerdo al tipo de delito y las actas de constatación fiscal que se requieran las mismas que deberán levantarse en el lugar de los hechos (in situ) salvo medidas de seguridad, por lo peligroso de la zona (es decir se realizará en la dependencia policial).

CAPÍTULO 5. DISCUSIÓN

La presente tesis ha pretendido plantear los criterios jurídicos que deben utilizarse, para definir el término irreproducible como característica de la prueba preconstituida en las actas de constatación fiscal y policial, lográndose determinar los siguientes criterios:

Temporalidad en la actuación de la diligencia, naturaleza de la diligencia y verificar la obligatoriedad de la notificación a la defensa del imputado.

Respecto a la hipótesis N°1: Temporalidad de la actuación de la diligencia, se ha planteado a través de un análisis teórico sobre las Actas de Constatación Fiscal ya que es urgente que se realice la diligencia de constatación y que se levante el acta respectiva, porque se corre el riesgo de que el escenario sea cambiado, es decir se considera que urge la inmediatez temporal de dicha diligencia, caso contrario de las actas policiales que se apliquen en delitos flagrantes, en la que por su misma naturaleza, son levantadas inmediatamente. Por lo que se sugiere que una fecha límite debería ser de una semana para evitar que la evidencia se pierda o altere.

Respecto a la hipótesis N°2: Naturaleza de la diligencia y del delito, se ha planteado a través de la lectura de protocolos interinstitucionales entre el Ministerio Público y la Policía Nacional del

Perú, que se ven plasmados en el Manual Interinstitucional para la investigación del delito y es en base a este Manual creado en el año 2010, que consideramos que sirve para guiarnos en los procedimientos especiales en la investigación de los diferentes delitos.

Siendo el caso que estas diligencias al ser de diferente naturaleza, implica un determinado tipo de acta, si esta acta tiene la característica de urgente por lo irrepitable de su naturaleza, la misma levantarse lo antes posible.

En el caso específico de Actas de Constatación Fiscal o Policial se deberá tener en cuenta el procedimiento especial de investigación a realizarse, es decir las diligencias que se deben realizar de acuerdo al tipo de delito y las actas de constatación que se requieran, las mismas que deberán levantarse en el lugar de los hechos (in situ) salvo medidas de seguridad, por lo peligroso de la zona (es decir se realizará en la dependencia policial).

CONCLUSIONES

- Del análisis documental se ha podido apreciar que hay ausencia de regulación de la prueba preconstituida, conllevando a una dificultad al momento de interpretar o definir la característica de irreproducible de la prueba preconstituida.
- En la presente tesis, analizamos el caso específico de las actas de constatación fiscal y policial y consideramos importante establecer los criterios jurídicos que deben ser utilizados para definir la precitada característica y evitar contradicciones, es decir que orienten al Juez a catalogar si determinada diligencia y su acta respectiva, reúne la característica de irreproducible de la prueba preconstituida, con ello se pretende lograr mayor seguridad jurídica, habiéndose planteado los siguientes criterios: Temporalidad de la actuación de la diligencia y Naturaleza de la diligencia y del delito
- Las características de la prueba preconstituida son: la **objetividad**, referida a los actos de prueba que se limitan a la fiel reproducción de datos o elementos fácticos de la realidad externa, sin considerar en lo absoluto la opinión que tenga sobre dicho elemento el encargado de levantar el acta correspondiente a nivel Policial y Fiscal; y la característica de **irreproducible** referida a que no pueden ser reproducidas en el juicio oral. Esto es que no podría practicarse en otro momento, porque de hacerlo se perdería la evidencia.
- Los requisitos de la prueba preconstituida en el proceso penal son la intervención policial urgente vinculado con la inmediatez para que no se pierda la prueba, además la fuente de prueba deberá ser asegurada por la cadena de custodia, así como también no se requiere la presencia del Juez ni del imputado o de su abogado porque no existen partes procesales, a su vez se debe observar el respeto irrestricto a las garantías individuales y a la licitud en la obtención de la prueba para su validez y por último se debe dar el levantamiento del acta respectiva.
- Entre los supuestos de prueba preconstituida en el proceso penal tenemos a las diligencias de allanamiento, incautación, inspecciones oculares y necropsia, las cuales requieren el levantamiento del acta respectiva.

Así como también se puede deducir a partir del artículo 201-A, del Código Procesal Penal que le reconocen el carácter de prueba preconstituida a los informes técnicos de la contraloría, en concordancia con el artículo 15º, literal f) de la ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, pero no todo lo que está en el informe es prueba preconstituida será prueba preconstituida respecto de los hallazgos, bienes, objetos y todo elemento de carácter objetivo que esté anexado al informe especial, mas no la opinión de los señores contralores.

- Los requisitos legales que orientarán las diligencias a realizar, las mismas que serán plasmadas en actas preconstituidas y que servirán para determinar la característica de irreproducible de la prueba preconstituida, en los delitos contra el patrimonio, así como también en los delitos de tráfico ilícito de droga, y en el delito de homicidio, se basará en la determinación del tipo de delito y su modalidad, así como también en los procedimientos especiales a realizar de acuerdo al tipo de delito

Así tenemos, en las Actas de Constatación de Linderos, que se dan en el delito de usurpación en su modalidad de alteración de linderos (Art. 202º.1 del Código Penal), que son de urgente llenado y realización de la diligencia porque en caso contrario se corre el riesgo de que se alteren los linderos, es decir urge la realización de la diligencia en ese momento de la investigación preliminar, porque durante el juicio oral, no se va a poder repetir dicha diligencia porque está el peligro latente de que se pierda o altere los linderos por la influencia de terceros, o del clima..

- La fuente de prueba se preconstituye durante la investigación preliminar y también a partir de la formalización de la investigación preparatoria.

RECOMENDACIONES

- Teniendo en cuenta los alcances de la investigación, queda como problema pendiente de investigar la necesidad de regulación específica sobre la prueba preconstituida en el proceso penal. La importancia de este tipo de investigación es que a través de su regulación específica en el Código Procesal Penal se podrá lograr la seguridad jurídica, y evitar contradicciones en el momento de catalogar si determinada acta posee las características de objetiva o irreproducible y así evitar contradicciones en sus fallos.
- Es factible que la presente investigación sirva de base para otras investigaciones que pretendan determinar los criterios jurídicos que deben ser utilizados para definir la característica de irreproducible de la prueba preconstituida en las otras actas preconstituidas, tales como las de allanamiento, incautación, inspecciones oculares preliminares, levantamiento de cadáver, necropsia y otras similares

REFERENCIAS

- Angulo Arana, P. (2014). La Prueba Preconstituida. En C. L. Arroyo, *Nuevo Código Procesal Penal Comentado. Tomo II*. Perú: Ediciones Legales EIRL.
- Bustamante Alarcón, R. (2001). *El Derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*. Lima: Ara Editores.
- Flores Espinal, J. C. (2009). Diferencia entre los casos de prueba anticipada y prueba preconstituida. 1.
- Gimeno Sendra, V. (2010). La Prueba Preconstituida de la Policía Judicial. *Catalana de Seguretat Pública, 2-4*.
- González Jiménez, A. (2014). Las diligencias policiales como supuesto de prueba preconstituida y su incorporación al proceso. *Justicia: Revista de Derecho Procesal, Número 2*, 521-548.
- Guevara, B. L. (1996). *Valor probatorio de las diligencias sumariales en el proceso penal español*. Madrid.
- Guzmán Fluja, V. (2006). *Anticipación y preconstitución de ola prueba en el proceso penal*. Valencia: Tirant lo blanch.
- Hurtado Pozo, J. (1993). *Manual de Derecho Penal*. Lima: Juns.
- Igartua Salaverria, J. (1995). *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*. Valencia: Editorial tirant lo blanch.
- Jlménez Herrera, J. C. (2010). *La investigación preliminar en el nuevo código procesal penal* . Perú: Jurista Editores EIRL.
- Montero Aroca, J. (1991). *Derecho Jurisdiccional II, Proceso Civil*. Barcelona: Bosch.
- Morón Urbina, J. C. (octubre 2011). Los informes de control y su calidad de prueba preconstituida: La posición de la Corte Suprema, *Revista de Gestión Pública y Desarrollo. Revista de Gestión Pública y Desarrollo*.
- Muller Solón, H. (2007). *La policía en el nuevo sistema penal acusatorio. teoría-práctica*. Perú.
- Müller Solón, H. (30 de Setiembre de 2013). *Diferencia de Diligencias Preliminares con Investigación Preparatoria en el Proceso Penal*. Obtenido de <http://pe.globedia.com/diferencia-diligencias-preliminares-investigacion-preparatoria-proceso-penal>
- Nación, E. d.-F. (2013). *Guía de actuación fiscal en el Código Procesal Penal del 2013* . Lima.

- Neyra Flores, J. A. (2010). *Manual del nuevo proceso penal y de litigación oral*. Perú: Moreno S.A.
- Salas Beteta, C. (2011). *El Proceso Penal Común*. Perú: Gaceta Jurídica.
- San Martín, C. (2003). *Derecho Procesal Penal. Volumen II*. Madrid: Grijley.
- Sánchez Velarde, P. (2004). *Manual de Derecho Procesal Penal*. Lima: IDEMSA.
- Sandoval, C. N. (2012). *Curso de especialización en técnicas de necropsia*. Lima: obtenido de www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/2266_mof_junio_2012.pdf.
- Talavera Elguera, P. (2005). *Litigación oral, juicio penal y prueba*. Lima: Alternativas S.R.Ltda.
- Talavera Elguera, P. (2009). *La Prueba en el Nuevo Proceso Penal*. Lima: Cooperación técnica alemana.
- Ugaz Zegarra, A. F. (2014). La prueba anticipada y la prueba preconstituida. En *Enciclopedia Jurídica: Nuevo Código Procesal Penal Comentado-Volumen2* (pág. 850).
- Ugaz Zegarra, F. (2013). *La prueba en el Nuevo Código Procesal Penal*. Diplomado de Alta Especialización Jurídica, Lima.

ANEXOS

ANEXO N° 1: MARCO LEGAL REFERENCIAL

- Art. 393.1° del Código Procesal Penal: “El Juez Penal no podrá utilizar para la deliberación pruebas diferentes a aquellas legítimamente incorporadas en el juicio”.
- Art. 325° del Código Procesal Penal: “ (...) para los efectos de la sentencia tiene carácter de actos de prueba las pruebas anticipadas recibidas de conformidad con los artículos 242° y siguientes, y las actuaciones objetivas e irreproducibles cuya lectura en el juicio oral autoriza este Código”
- Art. 425.2° del Código Procesal Penal: “La Sala penal Superior sólo valorará independientemente la prueba actuada en la audiencia de apelación, y las pruebas pericial, documental, preconstituida y anticipada. La Sala Penal Superior no puede otorgar diferente valor probatorio a la prueba personal que fue objeto de intermediación por el Juez de primera instancia, salvo que su valor probatorio sea cuestionado por una prueba actuada en segunda instancia”.
- Art. 383.1° literal b) del Código procesal Penal

Art. 383.1°: Sólo podrán ser incorporados al juicio oral (...)

b) “La denuncia, la prueba documental o de informes, y las certificaciones y constataciones”
- Art. 383.1° literal c) del Código Procesal Penal: “Los informes o dictámenes Periciales, así como las actas de examen y debate pericial actuadas con la Concurrencia o el debido emplazamiento de las partes, siempre que el perito no hubiese podido concurrir al juicio por fallecimiento, enfermedad, ausencia del lugar de su residencia, desconocimiento de su paradero o por causas independientes de la voluntad de las partes. También se darán lectura a los dictámenes producidos por comisión, exhorto o informe.
- Art. 383.1° literal e) del Código Procesal Penal: “Las actas levantadas por la Policía, el Fiscal o el Juez de la Investigación preparatoria que contienen

diligencias objetivas e irreproducibles actuadas conforme a lo previsto en este Código o la ley, tales como las actas de detención, reconocimiento, registro, inspección, revisión, pesaje, hallazgo, incautación y allanamiento, entre otras”.

- Art. 201-A del Código Procesal Penal “Los informes técnicos especializados elaborados fuera del proceso penal por la Contraloría General de la República en el cumplimiento de sus funciones tienen calidad de pericia institucional extraprocesal cuando hayan servido de mérito para formular denuncia penal en el caso establecido por el literal b) del inciso 2 del artículo 326 del presente Código o cuando habiendo sido elaborados en forma simultánea con la investigación preparatoria sean ofrecidos como elemento probatorio e incorporados debidamente al proceso para su contradicción.

La respectiva sustentación y el correspondiente examen o interrogatorio se efectúa con los servidores que designe la entidad estatal autora del informe técnico.

Cualquier aclaración de los informes de control que se requiera para el cumplimiento de los fines del proceso deberá ser solicitada al respectivo ente emisor.

El Juez desarrolla la actividad y valoración probatoria de conformidad con el inciso 2 del artículo 155 y el inciso 1 del artículo 158 del presente Código”.

ANEXO Nº 2: PROPUESTA DE PROYECTO DE LEY

PROYECTO DE LEY QUE INCORPORA EL ARTÍCULO 383º NUMERAL 1) LITERAL F) AL CÓDIGO PROCESAL PENAL

A iniciativa del Congresista que suscribe, ejerciendo el derecho que le confiere el artículo 107 de la Constitución Política, y de conformidad con lo establecido en el artículo 76 del Reglamento del Congreso de la República, presenta el siguiente:

PROYECTO DE LEY

**EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA
HA DADO LA SUGUIENTE LEY**

LEY QUE INCORPORA EL ARTÍCULO 383º, NUMERAL 1) LITERAL F) AL CÓDIGO PROCESAL PENAL

Incorpórese el artículo 383º, numeral 1) literal f) al Código Procesal Penal, cuyo texto es el siguiente:

Los criterios jurídicos que deben utilizarse, para definir el término irreproducible como característica de la prueba preconstituida en las actas de constatación fiscal y policial en la investigación preliminar o preparatoria, son:

- Temporalidad en la actuación de la diligencia
- Naturaleza de la diligencia y del delito.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Teniendo en consideración que todas las fuentes de prueba necesitan ser aseguradas y conservadas para ser incorporadas en el juicio oral y que sólo ahí tendrán la calidad de pruebas, conforme lo establece el artículo 393.1º del Código Procesal Penal. Caso distinto de la prueba anticipada y a la prueba preconstituida, a las cuales el artículo 325º del Código Procesal Penal otorga el carácter de actos de prueba.

Siendo ambas excepciones a la regla general de que la prueba en el proceso penal, sólo es la practicada en el juicio oral, ya que estas fuentes de prueba por su naturaleza son de imposible reproducción, es decir *“no podrán estar disponibles para su práctica en el juicio y que solamente es posible incorporarlas mediante su lectura para su ulterior debate”* (Talavera Elguera, 2009, pág. 65).

En ese sentido, Manuel Miranda Estrampes nos dice que, *“Estas excepciones deben tener un fundamento o justificación que pueda calificarse de razonable y no arbitrario”*, por su parte José Antonio Neyra Flores sostiene en relación *“a cuál es el procedimiento para que un acto de investigación que ha sido obtenido de manera unilateral, sin posibilidad de contradicción adquiera la calidad de acto de prueba tiene que ser incorporado al debate, es decir, al juicio oral, el que se inspira en los principios de inmediación, identidad física del Juzgador, concentración y continuidad, posibilitando la participación y oportuna contradicción de todos los sujetos que de alguna forma tengan un interés legítimo que quieran satisfacer”*.

“Es decir que los actos que no cumplan con estas garantías no deben reputarse legítimos de condenar, sin embargo, en el proceso penal por la razonabilidad, existen actos de investigación que tienen valor de prueba a pesar de no haberse actuado en el juicio oral, estos son los casos de la prueba anticipada y la prueba preconstituida” (Sánchez Velarde, 2009, pág. 613)

Esto significa que, los actos de investigación no pueden tener eficacia jurídica de acto de prueba salvo aquellas que no pueden ser reproducidas en el juicio oral.

Trasladado al tema de investigación, tenemos que ya analizado la distinción entre actos de investigación y actos de prueba para separar las etapas o momentos judiciales en que se

preconstituyen las fuentes de prueba, podemos precisar que **compartimos la opinión de Christian Salas Beteta y de Pablo Sánchez Velarde, quienes sostienen que por regla general, los actos de investigación no pueden tener la eficacia jurídica de actos de prueba salvo que aquellas no puedan ser reproducidas en el juicio oral, es decir presentan dos excepciones la prueba anticipada y la prueba preconstituida.**

Posición que se corrobora con la opinión de Pablo Talavera Elguera, quien sostiene que *“las diligencias preliminares forman parte de la investigación preparatoria. No podrán repetirse una vez formalizada la investigación. **Procede su ampliación si dicha diligencia resultare indispensable, siempre que se advierta un grave defecto en su actuación o que ineludiblemente debe completarse como consecuencia de nuevos elementos de convicción**”* (Talavera Elguera, Litigación oral, juicio penal y prueba, 2005, pág. 26)

Es decir, si bien es cierto que existen fuentes de prueba que se caracterizan por su fugacidad y que por lo tanto no posible su reproducción en el ulterior juicio oral, *“deviene necesario que el Juez Penal, sea el titular de la investigación, el Fiscal o, incluso la policía judicial, procedan al aseguramiento de la prueba, bien practicándola directamente bajo la intermediación del Juez Penal (...) o bien asegurando las fuentes de prueba para poder trasladarlas en su día al órgano jurisdiccional de enjuiciamiento”*. (San Martín, 2003, págs. 797-798).

Pero en el caso de que dichas diligencias que se dan durante la Investigación Preliminar, conjuntamente con el levantamiento del acta respectiva, adolezca de un grave defecto en su ejecución o que aparezcan nuevos elementos de convicción, el Juez de Investigación Preparatoria está facultado para repetir dicha diligencia o realizar una nueva diligencia, lo que implica el llenado del acta de preconstitución requerida.

Por lo tanto, coincidimos con la opinión de Pablo Talavera Elguera, quien afirma que la preconstitución debido a su complejidad, no puede ser subsumida en una única categoría, siendo así las fuentes de pruebas se pueden preconstituir en la investigación preliminar y también a partir de la investigación preparatoria formalizada.

En el caso específico de la prueba preconstituida, la misma no tiene un tratamiento pormenorizado en el Código Procesal Penal, pero existe un artículo en la que se hace mención, siendo éste el artículo 425^o.2 del precitado Código, que señala a las pruebas

(entre ellas la prueba preconstituida) que deberá tener en cuenta la Sala Penal Superior para resolver el recurso de apelación de sentencia.

Por lo que se puede afirmar que no se encuentra expresamente regulada en nuestra normativa procesal penal, pero puede deducirse del artículo 383.1º, literal e) “las actas levantadas por la Policía, el Fiscal o el Juez de la investigación preparatoria que contienen diligencias objetivas e irreproducibles actuadas conforme a lo previsto en el Código procesal Penal o a la ley, siendo estas actas: Las de detención, reconocimiento, registro, inspección, revisión, pesaje, hallazgo, incautación, allanamiento, entre otras”

A su vez en el artículo 383.1º, literales b, c del Código Procesal Penal advertimos diversos actos que podrían también generar prueba preconstituida a través de la actividad policial, como son la denuncia, la prueba documental, o de informes, y las certificaciones o constataciones, así como los informes o dictámenes periciales actuadas con el debido emplazamiento de las partes siempre que el perito no hubiese podido concurrir a juicio por fallecimiento, enfermedad, ausencia del lugar de su residencia, desconocimiento de su paradero o por causas independientes de la voluntad de las partes.

Asimismo se puede deducir a partir del artículo 201 -A del Código Procesal Penal, que le asigna la calidad de pericia institucional extraprocesal a los informes técnicos especializados fuera del proceso penal por la Contraloría General de la República, es decir le reconocen el carácter de prueba preconstituida a los informes técnicos de la contraloría, en concordancia con el artículo 15º, literal f) de la ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República.

Además, aunque no lo dice expresamente, se puede deducir de la última parte del artículo 325º del Código Procesal Penal, que tiene carácter de actos probatorios para la sentencia, las **actuaciones objetivas e irreproducibles** que se dan a través de la lectura en el juicio oral.

Es decir, existe falta de regulación jurídica autónoma sobre la prueba preconstituida en nuestro Código Procesal Penal, que genera imprecisiones respecto a las características de este tipo de prueba, específicamente la característica de irreproducible, los supuestos que comprende y a los requisitos que debe cumplir para su validación. Caso contrario de la prueba anticipada que está debidamente regulada en el Título IV del Código Procesal Penal, específicamente en los artículos 242º, 243º, 244º, 245º y 246º respectivamente.

Escenario que conlleva a la dificultad en el tratamiento de la prueba preconstituida en el Código Procesal Penal, pudiendo ocasionar con ello contradicciones en el momento de interpretar si determinada diligencia y su acta respectiva, reúne la característica de irreproducible de la prueba preconstituida lo que puede generar inseguridad jurídica ¹

Es en la etapa de juzgamiento, que muchas de las actas de constatación fiscal y policial a pesar que pueden haber cumplido con la cadena de custodia, con los requisitos legales y con la característica de objetividad no podrán ser incorporadas al juicio y catalogadas como prueba preconstituida, porque no existen criterios jurídicos que orienten al Juez catalogar si determinada acta de constatación fiscal o policial cumple con la característica de irreproducible de la prueba preconstituida, conllevando a que todo Juez pueda dudar al calificarla como prueba preconstituida.

Por lo tanto, se advierte la necesidad de establecer los criterios jurídicos que deben utilizarse, para definir el término irreproducible como característica de la prueba preconstituida en las actas de constatación fiscal y policial en la investigación preliminar o preparatoria.

Teniendo como justificación teórica, dentro de una sociedad democrática como la nuestra, es tan importante que se sancione al responsable de la comisión de un delito, como el hecho que la comprobación de la responsabilidad penal o la ausencia de ésta, se realice en forma justa que respete los derechos fundamentales del imputado (Vega Regalado, 2004, pág. 1).

Las Diligencias Preliminares son importantes para el éxito de la investigación, puesto que en ella se van a realizar las primeras diligencias frente a la sospecha de la comisión de un delito (Salas Beteta, 2011). En ese sentido se recibirán las primeras declaraciones, se practicarán las primeras actuaciones investigatorias, es decir se darán los primeros pasos de la investigación. Por ello y teniendo en cuenta que dicha investigación se encuentra a cargo del Ministerio Público, el éxito de dicha etapa dependerá en gran medida de la actuación fiscal y policial dentro de ella.

¹ A manera de ejemplo, tenemos: Copia del audio de la audiencia del juicio oral del Exp. N° 1555-2010 del Segundo Juzgado Penal Unipersonal de Cajamarca en la que la posición del Juez es contraria a la del Fiscal en el juicio oral, en relación al cumplimiento de la característica de irreproducible de la prueba preconstituida en el acta de constatación fiscal.

El Fiscal sostiene que el acta de constatación fiscal cumple con la característica de irreproducible de la prueba preconstituida, sin proporcionar fundamento alguno, sólo se limita a indicar que ha sido adquirida antes de que la operación sea judicializada, en cambio el Juez sostiene que el Acta de Inspección practica por el Ministerio Público, en fase de diligencias preliminares, en el lugar donde se produjo la sustracción de la cámara no es prueba preconstituida *"porque no podríamos aceptar que ese escenario, que ese lugar de los hechos, va a cambiar, porque razón no va a cambiar, porque*

se trata de una inspección realizada en un bien inmueble" indicando que no cumple con la característica de irreproducible, porque el bien sigue siendo el mismo, no cambia, indicando que si fuera irreproducible, esto es que no podría practicarse en otro momento, porque de exigirse en otro momento, se perdería la evidencia.

A nivel policial, esta facultad de investigación se desprende claramente del art. 166º de la Constitución, pues allí se le atribuye la potestad de "prevenir, investigar y combatir la delincuencia".

Sin embargo, junto a esta facultad investigadora también se le faculta excepcionalmente asumir una función aseguratoria del cuerpo del delito, así como a acreditar su preexistencia mediante los pertinentes actos de constancia (las actas policiales de incautación, inmovilización, de intervención, etc.), las cuales tienen el valor de pruebas preconstituidas al igual que a todas aquellas diligencias que, como las fotografías, croquis, resultados de las pruebas alcoholométricas, etc., se limiten a reflejar fielmente determinados datos o elementos fácticos de la realidad externa que tienen que ser asegurados urgentemente en el momento de la intervención policial, caso contrario, dicha evidencia corre el riesgo de que se pierda, y el delito no pueda ser probado y su autor quede impune.

A su vez, en el momento de la valoración por parte de los jueces de determinadas actas, los magistrados no concuerdan en la admisibilidad o inadmisibilidad de las mismas, porque no existen criterios que definan la característica de irreproducible de la prueba preconstituida, estos criterios jurídicos no han sido desarrollados por la jurisprudencia ni por la doctrina, es a partir de esta situación, en la que se pretende aportar con el desarrollo teórico de dichos criterios para lograr la uniformidad en la valoración de las actas de constatación fiscal y policial.

Como justificación aplicativa o práctica, las Diligencias Preliminares durante la investigación penal, cumple una función especial, en la medida de que en esta etapa radica la necesidad estatal de perseguir la conducta delictuosa del delincuente, mediante la valoración de la prueba preconstituida, la cual engloba el conocimiento de las primeras declaraciones, el recojo de los primeros elementos probatorios y el aseguramiento de los mismos, las primeras medidas coercitivas o cautelares, etc.; y finalmente decidir si existen elementos probatorios suficientes para continuar con la investigación preparatoria.

Siendo por ello importante determinar criterios jurídicos que guíen a los Jueces en el momento de interpretar si determinada diligencia cumple con la característica de irreproducible de toda prueba preconstituida y así lograr la tan ansiada seguridad jurídica. Habiéndose planteado los siguientes criterios jurídicos:

Temporalidad de la actuación de la diligencia, se ha planteado a través de un análisis teórico sobre las Actas de Constatación Fiscal y Policial, ya que es urgente que se realice la diligencia de constatación y que se levante el acta respectiva, porque se corre el riesgo de que el escenario sea cambiado, es decir se considera que urge la inmediatez temporal de dicha diligencia, caso contrario de las actas policiales que se apliquen en delitos flagrantes, en la que por su misma naturaleza, son levantadas inmediatamente. Por lo que se sugiere que una fecha límite debería ser de una semana para evitar que la evidencia se pierda o altere.

Respecto al segundo criterio, tenemos: **Naturaleza de la diligencia y del delito**, se ha planteado a través de la lectura de protocolos interinstitucionales entre el Ministerio Público y la Policía Nacional del Perú, que se ven plasmados en el Manual Interinstitucional para la investigación del delito y es en base a este Manual creado en el año 2010, que consideramos que sirve para guiarnos en los procedimientos especiales en la investigación de los diferentes delitos.

Siendo el caso que estas diligencias al ser de diferente naturaleza, implica un determinado tipo de acta, si esta acta tiene la característica de urgente por lo irrepitable de su naturaleza, la misma levantarse lo antes posible.

En el caso específico de Actas de Constatación Fiscal o Policial se deberá tener en cuenta el procedimiento especial de investigación a realizarse, es decir las diligencias que se deben realizar de acuerdo al tipo de delito y las actas de constatación que se requieran, las mismas que deberán levantarse en el lugar de los hechos (in situ) salvo medidas de seguridad, por lo peligroso de la zona (es decir se realizará en la dependencia policial).

ANÁLISIS DE COSTO BENEFICIO

El presente Proyecto de Ley no genera gasto al Estado; por el contrario, permite clarificar la característica de irreproducible de la prueba preconstituida, ya que al establecer los criterios

jurídicos que deben ser utilizados para definir la precitada característica y evitar contradicciones, es decir que orientarán al juez a catalogar si determinada diligencia y su acta respectiva, reúne la característica de irreproducible de la prueba preconstituida, con ello se pretende lograr mayor seguridad jurídica, habiéndose planteado los criterios jurídicos de Temporalidad de la actuación de la diligencia y el criterio denominado: Naturaleza de la diligencia y del delito.

EFFECTO DE LA NORMA SOBRE LA LEGISLACIÓN NACIONAL

La propuesta legislativa que propone incorporar el artículo el artículo 383° numeral 1), literal f) al Código Procesal Penal vigente, permitirán orientar los criterios que deben asumir a nivel jurisdiccional y así lograr uniformidad por parte de los Magistrados, al momento de catalogar a determinada acta de constatación fiscal o policial cumple con la característica de irreproducible de la prueba preconstituida y así lograr una mayor seguridad jurídica.

Cajamarca, octubre de 2016.

