

## APUNTES SOBRE LA FUNCIÓN DE LAS DILIGENCIAS PRELIMINARES EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL

*Gonzalo del Río Labarthe<sup>1</sup>*

### **1. La Diferencia Entre una Imputación Variable y una Investigación Progresiva**

Un lugar común entre los postulados de la Fiscalía para justificar imprecisiones en la imputación penal lo constituye el sostener que, durante el desarrollo de la investigación penal, la imputación tiene naturaleza progresiva. Esta frase requiere de estrictos controles en el ámbito de interpretación de las normas del proceso penal, en la medida que no considero que sea cierta.

Esto suele sostenerse como resultado de dos cuestiones que constituyen el punto de partida de este trabajo:

- 1) El propósito de la investigación preparatoria es el de preparar la acusación.
- 2) La búsqueda de fuentes de prueba en el curso de la investigación preparatoria, pueden brindar información que permita a la Fiscalía definir el ámbito de la acusación, desde una perspectiva distinta a la planteada en la disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria.

Parto de ambas premisas, porque en esencia, estoy de acuerdo con ellas, pero también necesitan de serios controles en el ámbito de interpretación.

Con relación al primero, si bien es cierto que el propósito de la investigación preparatoria es preparar la acusación, también lo es que el Ministerio Público está en la obligación de realizar una investigación de carácter neutral y objetiva (Código Penal Procesal [CPP], 29 de julio de 2004, art. 61). Su posición institucional exige recabar las fuentes de información que, en un futuro, constituyan pruebas de descargo. Todo aquello que abone en favor de la inocencia del imputado debe ser utilizado, al punto que el Fiscal deberá plantear el requerimiento de sobreseimiento cuando el resultado de la investigación sea alguno de los propuestos por el art. 344 CPP. Pero no solo eso, además, en nuestro sistema procesal, la investigación preparatoria, si bien se encuentra a cargo de la Fiscalía, constituye también un espacio procesal para la defensa y los demás sujetos procesales. En el caso de la defensa, esta tiene el derecho a solicitar la práctica de actos de investigación que puedan constituir los elementos que descarten la hipótesis fiscal (al punto que el Juez de la Investigación preparatoria puede controlar el cumplimiento de la actuación de los actos propuestos por la defensa).

---

<sup>1</sup> Abogado y Bachiller en Ciencias Políticas por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Doctor en Derecho por la Universidad de Alicante. Profesor de la Facultad de Derecho de la PUCP.

Por lo tanto, antes que sostener que la investigación prepara la acusación, lo correcto es afirmar que constituye un espacio que permite verificar o descartar la hipótesis fiscal. Esta se plasma, inicialmente, en la disposición de formalización de la investigación preparatoria y la imputación penal; además, se permite formular acusación, solicitar el sobreseimiento, o utilizar otro procedimiento de conclusión anticipada del proceso penal, cuando así corresponda conforme a la ley o la evidencia (o ambas). Sobre esto San Martín sostiene que las actuaciones de investigación van encaminadas a determinar las circunstancias que posibilitarán abrir o no el juicio oral (2015, pág. 304)

Con relación al segundo, es cierto que la investigación preparatoria supone recoger información (aquella que encontramos en las fuentes de prueba) y también es que esta puede variar la imputación penal en el tiempo. Sin embargo, esto significa que la imputación es variable, en realidad, que puede variar, pero no que tiene un carácter progresivo y espontáneo. La disposición de formalización de la investigación preparatoria involucra una imputación penal. Esta obedece al estándar de sospecha inicial simple (San Martín, 2015). Bajo ese estándar, es necesario identificar un hecho que se relaciona a una persona o grupo de personas.

La proscripción del derecho penal de autor tiene un equivalente en el ámbito del Derecho procesal penal. Por eso elegí este tema como homenaje a mi recordado maestro Felipe Villavicencio. Él fue sin duda la voz más autorizada en nuestro país en el tratamiento de la diferencia entre un derecho penal de autor y un derecho penal del hecho. Volviendo al tema, esta proscripción supone evitar la inquisitio generalis, o lo que vulgarmente se conoce como *salir de pesca*. Bajo el pretexto de una imputación progresiva, no puede justificarse una investigación contra una persona sin un ámbito definido, que exija una imputación concreta y una búsqueda de información con límites específicos. Es por esta razón, que la progresividad está referida a la investigación, a su resultado (parcial), no a la imputación. No se refiere a la delimitación del hecho, a la inculpación formal. La progresividad se vincula a la información que ofrece un grado de convicción con relación a la hipótesis contenida en la imputación penal. Ésta, es variable, pero no es progresiva.

Progresamos en el grado de certeza en relación con la imputación, porque el propósito del proceso penal, desde la perspectiva del Ministerio Público, es obtener información que confirme la hipótesis inicial y que permita formular una acusación cuando exista evidencia material que puede comprobarse en el juicio. Así, el grado de certeza en el ámbito de la investigación preparatoria, es distinto al que existe en la acusación, y lo es también frente a la existencia de una condena. Pero en lo fundamental, el hecho sigue siendo el mismo.

¿Esto significa que la imputación no puede variar en el desarrollo del proceso? No, el hecho que se sostenga que la imputación penal no es progresiva, no quiere decir que no pueda ser modificada. Pero esta variación debe justificarse en el ámbito de la investigación preparatoria, debe basarse en los datos obtenidos en ella, y debe plasmarse, según el caso, en una disposición de formalización ampliatoria con una motivación reforzada. Lo que no puede ocurrir, es que bajo el pretexto de una “investigación progresiva”, se investigue a la persona, y no al hecho. La

variación de la imputación responde a nuevas vías de investigación, a un cambio necesario y específico, no a una imputación que navega como un virus que puede cambiar en cualquier estado de la causa, sin exigencias formales que la justifiquen.

En el escenario de las audiencias vinculadas a la investigación preparatoria (tutela de derechos, medidas cautelares, medidas limitativas de derechos vinculadas a la investigación) el Juez decide en base a la imputación formal, aquella que se expresa en la disposición de formalización. No decide en base a una imputación posible futura, ni a un dinamismo inexistente. Si en algún momento procesal el Fiscal decide variar (ampliar, reducir) la imputación, esa nueva disposición constituye el nuevo eje de las decisiones judiciales.

En estricto, el punto dos descrito líneas arriba exige una precisión conceptual. La acusación y la disposición inicial de la formalización de la investigación preparatoria pueden no coincidir (me refiero estrictamente al aspecto fáctico, en el aspecto jurídico esto es evidente). Esto debido a que la información que recogemos en el proceso supone la posibilidad de descubrir nuevas vías de investigación. Sin embargo, en todos los casos, debemos arribar a una etapa intermedia donde la defensa ha tenido la posibilidad de discutir y ofrecer actos de investigación con relación al cambio que pueda haber surgido en la hipótesis. Las acusaciones sorpresivas no son de recibo, tampoco las imputaciones imprecisas, etéreas, que solo toman forma al momento de acusar. En ambos casos se plantea una lesión, evidente, al derecho de defensa. El CPP propone una actuación activa de la defensa en la investigación, no una meramente pasiva o inerte.

Como veremos, gran parte de este problema no se ubica en las reglas vinculadas a la investigación preparatoria, sino, en una muy escasa jurisprudencia y doctrina referida a las Diligencias Preliminares. La respuesta a la pregunta ¿Para qué sirven las Diligencias Preliminares? Es el camino para demostrar que esta constituye la vía para definir la imputación penal, para dar paso a la disposición de formalización, aquello que el Código describe como la individualización del imputado. Con esta disposición, queda claro que la investigación iniciada tiene un límite, un objeto y un propósito específico. Esto es fundamental para un debido proceso con especial énfasis en el derecho a la defensa. A continuación, desarrollamos el concepto, naturaleza y contenido de las Diligencias Preliminares, con el propósito de brindar claridad a la hipótesis planteada hasta ahora en este trabajo.

## **2. Función de las Diligencias Preliminares**

En el CPP el inicio de una investigación penal viene motivada por la existencia de una denuncia (2004, art. 326), por la comunicación de la existencia de un delito por parte de la Policía, o por una actuación de oficio del Ministerio Público (CPP, 2004, art. 329). En todos estos casos puede iniciarse las Diligencias Preliminares, que es una etapa de carácter contingente. Sostengo su contingencia puesto que pueden existir y existen casos donde desde un inicio el Fiscal obtiene información suficiente para individualizar, y no tiene la necesidad de realizar actos urgentes. Por lo cual el estándar de sospecha inicial simple y los presupuestos de la inculpación formal se satisfacen plenamente. Pero en muchos casos, sobre todo en el

ámbito de la Criminalidad Organizada, existe la necesidad de definir previamente la inculpación formal a través de actos de investigación específicos. Aquí las Diligencias preliminares son indispensables.

El artículo 330 CPP establece lo siguiente con relación a las Diligencias Preliminares:

- 1) El Fiscal puede (por sí mismo, o a través de un trabajo policial que debe estar bajo su dirección) realizar las diligencias preliminares de investigación para determinar si debe formalizarse la Investigación Preparatoria.
- 2) Las Diligencias Preliminares tienen por finalidad inmediata realizar los actos urgentes e inaplazables destinados a determinar si han tenido lugar los hechos objetos de conocimiento y su delictuosidad, así como asegurar los elementos materiales de comisión, individualizar a las personas involucradas en su comisión, incluyendo los agraviados, y dentro de los límites de la Ley, asegurarlos debidamente. (2004)

El gran problema en la definición conceptual de esta etapa puede denominarse el mito de la urgencia. Pareciera que todos los actos destinados a su formación deben ser necesariamente inaplazables y urgentes, al punto que esta definición estricta, suele constituirse en el elemento central de la crítica a la duración de unas Diligencias Preliminares que, por decisión expresa de la Corte Suprema, puede llegar a los treinta y seis meses (Criminalidad Organizada). El problema es que esta definición, a mi juicio, es incompleta.

### **2.1 Los Actos Urgentes e Inaplazables**

Sin duda uno de los propósitos de las Diligencias Preliminares es realizar actos urgentes e inaplazables destinados a determinar si han tenido lugar los hechos objetos de conocimiento y su delictuosidad (artículo 330 del CPP). Esta fase, como lo señala el propio artículo 330 CPP (2004), también debe asegurar los elementos materiales de su comisión. Pero una cuestión indispensable radica en entender si estas funciones son exclusivas de las Diligencias Preliminares. En estricto ¿Cuál es la diferencia, en este ámbito, entre las Diligencias Preliminares y la Investigación Preparatoria?

No existe ninguna duda que nos ubicamos en el ámbito probatorio, entendido en un sentido amplio. Determinar si a) los hechos han tenido lugar, b) su delictuosidad y, c) asegurar los elementos de su comisión; son problemas vinculados también a la investigación preparatoria. La clave es que, en el caso de las Diligencias Preliminares, el recojo de información es urgente e inaplazable.

En la mayoría de los casos vinculados a la criminalidad, sobre todo en supuestos de flagrancia, pero no solo en ellos, el Fiscal está obligado a actuar en forma inmediata. En este contexto es importante el desarrollo de esta función por la Casación N° 528-2018, que entiende que los objetivos de naturaleza inmediata responden a la necesidad de apersonarse al lugar de los hechos; establecer la realidad del evento delictivo, impedir que el delito produzca consecuencias ulteriores; y, que se afecte la escena del hecho criminal e incluso recoger materiales

probatorios y la evidencia física que podría ser de utilidad (Corte Suprema de Justicia, 11 de octubre de 2018, pág. 4). De lo contrario se corre el riesgo de perder material valioso, porque este puede verse expuesto y perderse en el curso de la investigación formal, ya sea por una actuación del potencial imputado, por una actuación de terceros, o por el simple paso del tiempo.

Nuestro sistema procesal penal entiende que, en estos supuestos, los actos de investigación no pueden esperar a la imputación formal. Esto conduciría al fracaso de la investigación, en la medida que en muchos casos la información que pueda recabarse en un espacio temporal más próximo a la comisión del delito, suele ser la más fiable para la reconstrucción de los hechos.

Por lo tanto, es cierto, como ha establecido la Corte Suprema, que la extensión temporal de estos actos de aseguramiento probatorio debe fijarse caso por caso, y que, según su complejidad, no puede limitarse siempre su actuación a sesenta días de duración. Pero también es cierto que cualquier lógica razonable impide determinar que puedan existir actos urgentes e inaplazables que supongan una duración de treinta y seis meses.

Lo que sucede es que el aseguramiento, pronto e inmediato, de fuentes de prueba, no es la única función de las Diligencias Preliminares. Existe otro propósito, que está vinculado a la individualización del imputado (o los imputados) y que podría justificar, en un caso extremo, una duración de treinta y seis meses de las Diligencias Preliminares.

## **2.2 Individualizar a las Personas Involucradas en la Comisión del Delito**

El objetivo más importante que cumplen las Diligencias Preliminares, a mi juicio, radica en la individualización del autor. La primera aproximación a esta tesis la describe el numeral 1 del artículo 330 (Código Penal Procesal, 2004). En él se señala que el Fiscal, y en su caso la Policía, puede realizar las diligencias preliminares de investigación “para determinar si debe formalizar la investigación preparatoria” (CPP, 2004).

Esto es muy importante porque esta fase debe concluir con la formalización. Esto lo define claramente la Casación 528-2018 cuando entiende que la determinación de su naturaleza y finalidad está estrechamente ligada a una interpretación sistemática de los numerales 1 y 2 del artículo 330 CPP. Así, se sostiene que la premisa conclusiva de las Diligencias Preliminares sirve para determinar si el Fiscal debe o no promocionar la acción penal (propósito último).

La situación es clara, se promociona la acción cuando existe una imputación penal propiamente dicha. El numeral 2 del art. 330 CPP establece que el Fiscal determina si los hechos han tenido lugar, su delictuosidad y la individualización de las personas involucradas en su comisión (incluyendo a los agraviados) (2004). Esto representa la formación de una hipótesis fiscal que debe relacionar (en grado de sospecha inicial simple) al imputado, el hecho, y las razones preliminares que justifican el carácter delictivo. Y desde luego, esa imputación en muchos casos se desprende de los actos urgentes e inaplazables realizados para asegurar inicialmente el material probatorio que pueda estar en peligro;

pero en muchos otros no es suficiente. De ahí la diferencia entre uno y otro propósito.

Si la Policía descubre en un descampado a una persona que ha recibido un disparo en la sien, es evidente que debe realizar actos urgentes e inaplazables en el inicio de la investigación, en las Diligencias preliminares. Pero es absolutamente posible que estos actos inmediatos no cumplan los requisitos en torno a la individualización. Si no existen huellas dactilares, si el ejecutante ha tenido extremo cuidado en evitar cualquier rastro de ADN, si es necesario seguir el rastro del arma utilizada para establecer un nivel material de individualización; es evidente que ya no son actos urgentes los que restan para concretar la formalización de la investigación.

Los actos posteriores son indispensables para forjar una inculpación formal. Sin embargo, el tiempo para realizar esos actos de investigación complementarios es mucho mayor que el que cabe en la definición de una urgencia inaplazable. Es por esta razón que el CPP estableció solo un plazo referencial de sesenta días para esta etapa. Y por la que además reconoció, que, en supuestos excepcionales, su duración puede fijarse caso por caso. Porque en determinados supuestos esa individualización puede tomar mucho tiempo; y, porque es muy difícil establecer, a priori, qué tiempo se requiere para construir una individualización. El análisis debe centrarse en el caso específico.

Pero esto no solo ocurre en delitos violentos como el ejemplo anterior, que pertenecen a la vertiente que podríamos denominar clásica del Derecho penal. Otro ejemplo evidente donde existen graves problemas de individualización en el tiempo, son las organizaciones criminales complejas. La sospecha inicial simple de que ciertas personas han cometido un delito, y de que estos han sido cometidos en el marco de una organización criminal, puede satisfacer una imputación ordinaria contra determinadas personas. Esto en delitos específicos cometidos al interior de la organización, pero no en el ámbito de la organización en sí misma.

Es necesario establecer que la Organización Criminal existe, su grado de permanencia, quiénes son sus miembros, la participación de estos en el esquema organizacional, el nivel de jerarquía e influencia en la misma, etc. Labor que debe ser desarrollada antes de la disposición de formalización, y que es la que explica (y desde luego justifica) una mayor duración de las Diligencias Preliminares en el ámbito de la persecución de la Criminalidad Organizada.

Ojo que no nos referimos aquí al ámbito de la investigación progresiva. Tampoco al de la imputación variable. En este escenario no existe una imputación en sentido estricto, ni un proceso propiamente constituido, porque esto solo puede suceder luego de la individualización, no antes.

En dicha línea, es necesario entender que, durante las Diligencias Preliminares, se cumple el propósito de realizar actos urgentes e inaplazables para conservar material probatorio. Pero, además, existe otro objetivo muy importante, que radica en individualizar al imputado. Establecer una relación material, basada en actos de investigación, entre el imputado y el hecho que se persigue, que soporte un estándar de sospecha simple inicial que permita crear una hipótesis de investigación y fijar los límites de ésta. Supone además establecer, también en

vía de sospecha simple, que el hecho es delictivo; que éste no ha prescrito; que se cumplen los elementos en el ámbito de la tipicidad y antijuricidad. Exige incluso determinar quién o quiénes son los agraviados por el delito. Por lo tanto, si entendemos que antes de la inculpación formal, existen las Diligencias Preliminares, es porque uno de los presupuestos fundamentales de esta etapa radica en la inexistencia de una imputación. Por el simple dato de que aún no puede materializarse porque se necesita más información para cumplir dicho objetivo. La función de esta etapa es cubrir esa brecha.

En consecuencia, aunque estamos de acuerdo en lo esencial con la Casación 528-2018, creemos que no es necesario acudir a una distinta concepción temporal de la urgencia en los casos de criminalidad organizada para justificar una duración mayor de las Diligencias Preliminares. Es importante insistir en que esos actos urgentes no son el único propósito. Existe otro fundamental, la individualización, que en supuestos especiales requiere más tiempo y no puede satisfacerse solo en base a actos urgentes. De hecho, existen supuestos donde ni siquiera es posible realizar estos, porque no estamos ante un hecho reciente. Y, sin embargo, las diligencias preliminares siguen siendo necesarias para individualizar al imputado o los imputados.

### **3. La Importancia de la Función de las Diligencias Preliminares**

Expuestas las que, a mi juicio, son las dos funciones de las Diligencias Preliminares, considero que es importante mencionar por qué esta diferenciación, y por qué insistir en la individualización como una función autónoma, tiene efectos prácticos importantes en el desarrollo del proceso penal.

En primer lugar, porque una correcta concepción de esta etapa permite comprender que resulta ilegítimo que la Fiscalía solicite medidas de limitación de derechos fundamentales en base a una imputación progresiva e inexistente a un pronóstico futuro que aún no forma parte de una disposición de formalización. Los jueces de la investigación preparatoria, en el ámbito de las medidas limitativas, deben restringirse a la imputación formal, a aquella que integra la disposición de formalización y que es el resultado de la individualización. Si los Fiscales entienden que existen nuevos elementos de convicción en el curso de la investigación preparatoria, que abren nuevas vías de investigación, deben expedir una nueva disposición de formalización, que podrá ser controlada por el Juez en el ejercicio de sus decisiones posteriores.

En segundo lugar, porque la correcta definición de la función de las Diligencias Preliminares es el mejor antídoto para requerir de la Fiscalía una imputación formal, necesaria, concreta. Uno de los grandes problemas de la investigación actual es la imprecisión en la imputación que legitima una investigación a la persona y no al hecho. Esto constituye una grave afectación del derecho a la defensa, en la medida que este no puede ser efectivo si no se realiza en función a una hipótesis definida y expresa, una imputación necesaria.

En tercer lugar, porque existe una práctica que debe ser desterrada del ámbito del proceso penal, y es la desnaturalización del objeto que deben cumplir las

Diligencias Preliminares en relación a las fuentes de prueba. El problema reside en que muchas veces el Ministerio Público no diferencia el objeto de las Diligencias Preliminares de la Investigación Preparatoria. Se utiliza la primera con el objeto de recabar, no los elementos que justifican la disposición de formalización (sospecha inicial simple), sino, los elementos que acreditan el requerimiento de prisión preventiva (sospecha fuerte o vehemente). Esta desnaturalización debe ser controlada a nivel judicial. Una vez que el Fiscal está en capacidad de formalizar la investigación, deben concluir las Diligencias Preliminares porque esta etapa ya cumplió su propósito.

Y, en cuarto y último lugar, probablemente el efecto más importante de conceptualizar correctamente la función de las Diligencias Preliminares es el razonamiento vinculado a su duración.

#### **4. Duración de las Diligencias Preliminares**

La Casación N° 528-2018 (siguiendo la doctrina expuesta por la Casación 144-2012) tomó una decisión importante con relación a la duración de las Diligencias Preliminares, estableció que el plazo máximo, en ningún caso debe sobrepasar el de la investigación preparatoria (Corte Suprema de Justicia, 11 de octubre de 2018). En el ámbito de la Criminalidad Organizada, la Casación entiende que las Diligencias Preliminares no pueden durar más de 36 meses. Esta intenta corregir ciertos excesos en la discrecionalidad que tiene la Fiscalía para fijar un plazo específico de duración en el caso concreto. Así, la solución en realidad se restringe a ejecutar un juicio de proporcionalidad evidente.

El problema es que el fuero académico y profesional ha interpretado esto como el plazo de las Diligencias Preliminares, cuando en realidad lo único que establece es un plazo máximo y excepcional, es decir, el límite más extremo que no puede ser superado ni por la más compleja de las investigaciones penales. Pero el problema subsiste, porque convencionalmente el lapso de duración del proceso penal que debe regular y aplicar el Estado peruano, no se limita a una evaluación del plazo legal (Organización de los Estados Americanos, 1969). Nuestro sistema de justicia también debe evaluar el plazo razonable de duración del proceso penal específico (lo que incluye a la investigación, y desde luego, a las diligencias preliminares), con independencia del plazo establecido en la ley.

Lo que se echa en falta con relación a la decisión incorporada por la Casación N° 528-2018 (y en su día, a la 144-2012) es que no se limite a una identificación, máxima, del plazo legal. El sistema de justicia también tiene la obligación de establecer pautas para un control del plazo razonable de duración de las diligencias preliminares, en el caso concreto. Y es obvio que además de los criterios que ya ha desarrollado el TC y la Corte Suprema con relación al plazo razonable; en el caso de las Diligencias Preliminares también se debe comprender el análisis de su función. No existe razón para extender esta fase cuando la Fiscalía ya reunió elementos suficientes para formalizar una investigación. El sistema judicial debe acabar con una práctica que está desnaturalizando el ámbito de las Diligencias Preliminares, y obligar a la formalización de la investigación, en los casos en los

que ya se arribó a una sospecha inicial simple y suficiente para formular la imputación penal. Porque es evidente que el imputado puede ejercer el derecho de defensa, con mucho mayor eficiencia, en el marco de una investigación preparatoria. Y porque esto limita la posibilidad de acudir a investigaciones contra la persona, imprecisas, a una *inquisitio generalis* que constituye una grave afectación al derecho de defensa.

Si el Poder Judicial se limita a controlar el plazo máximo legal, seguiremos sufriendo una grave desnaturalización del sistema en la que la sospecha simple no sea el estándar de las Diligencias Preliminares, sino, la sospecha fuerte, aquella que justifica el requerimiento de la prisión preventiva, en abierta contradicción con las funciones desarrolladas en el art. 330 CPP (2004).



## REFERENCIAS

- Código Penal Procesal [CPP]. (29 de julio de 2004). *DL N° 957, 2004*. (Perú).
- Corte Suprema de Justicia. (11 de octubre de 2018). *Sala Penal Permanente. Casación N° 528-2018*.
- Organización de los Estados Americanos. (1969). *Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)*. San José.
- San Martín, C. (2015). *Lecciones de Derecho procesal penal*. Lima: INPECCP - CENALES - Jurista Editores.