

## ASPECTOS PROBLEMÁTICOS EN LA APLICACIÓN DE LOS MECANISMOS DE NEGOCIACIÓN PENAL EN EL CODIGO PROCESAL PENAL DEL 2004: LA NECESIDAD DE UNA ESTRATEGIA FISCAL

\* Artículo recibido el 20 de marzo del 2016, aprobado para publicación el día 20 de abril del 2016

### Fernando Ugaz Zegarra

Abogado por la UNMSM. Socio Fundador del Estudio Ugaz Zegarra & Abogados (web: [www.fuzfirma.com](http://www.fuzfirma.com)). Presidente del Instituto Peruano de Negociación y Desjudicialización Penal. Especialista en Derecho penal, Derecho procesal penal y Negociación penal por el CENTRUM – Graduate Business School (PUCP). Consultor de la Cooperación Alemana para el Desarrollo (AGENCIA GIZ - PERÚ) y del Ministerio de Justicia (MINJUS). Profesor de la Academia de la Magistratura (AMAG), de la Escuela del Ministerio Público (EMP), de American Bar Association Rule of Law Initiative (ABA ROLI - PERÚ) y en la sección de pre y postgrado de la Universidad de Piura (UDEP).

### Alexander Robles Sevilla

Universidad de San Martín de Porres. Integrante del Estudio Ugaz Zegarra & Abogados.

### – INTRODUCCIÓN

El Ministerio Público conforme a los nuevos roles que le impone la reforma procesal penal en la región, es el director de la investigación y encargado de delimitar la estrategia fiscal. Pero, ¿Qué es lo que se entiende por estrategia fiscal?

A partir de dicha pregunta, el presente artículo no pretende definir o conceptualizar lo que se entiende por estrategia fiscal, sino, desarrollar los principales instrumentos que lo configurarían de acuerdo a los actuales estándares de la investigación fiscal, poniendo especial énfasis en su relación con los mecanismos de negociación penal que se encuentran dentro del Código Procesal Penal del 2004 (en adelante CPP).

Producto de este análisis, es que se expondrán las principales problemáticas encontradas de la aplicación de la estrategia fiscal en estos mecanismos de negociación penal, donde encontraremos que los resultados prácticos de dichas instituciones influyen en la estrategia fiscal a seguir por el Ministerio Público. De tal manera que, si no se brinda una especial importancia al análisis de dichas problemáticas tendremos como consecuencia una inadecuada aplicación de los mecanismos de simplificación procesal y salidas alternativas que podrían incluso tergiversar su finalidad.

En las líneas siguientes, desarrollaremos más ampliamente cada uno de estos tópicos centrales.

### – LOS MECANISMOS DE SIMPLIFICACIÓN PROCESAL Y SALIDAS ALTERNATIVAS EN EL CONTEXTO DE LA REFORMA PROCESAL PENAL PERUANA

Más allá del debate acerca de la justificación normativa de la justicia penal negociada en el contexto de nuestro sistema procesal penal acusatorio moderno, nuestro CPP ha recepcionado diversas instituciones procesales que tienen por finalidad una mayor celeridad en el proceso penal, simplificando etapas procesales o según sea el caso, permitiendo que el caso penal no llegue al proceso penal común, sino que sea resuelto alternativamente.

Estas instituciones procesales en el contexto de la reforma latinoamericana reciben el nombre de mecanismos de descongestión o simplificación y los criterios de oportunidad, que responden el objetivo de la racionalización de la carga de trabajo a efectos de permitir que el proceso penal pueda operar dentro

de los parámetros razonables de eficiencia y calidad<sup>259</sup>; ya que, nuestros países han reconocido la imposibilidad que tiene el Estado para perseguir y dar respuesta eficientemente dentro del proceso penal a todos los delitos cometidos en la sociedad<sup>260</sup>, razón que pretende fundamentar que se recurran a estas fórmulas de selección de casos, lo cual, no implica necesariamente que nos encontremos frente a una flexibilización del Estado de Derecho<sup>261</sup>, sino, solo una simplificación en el rito y una relativización del principio, de legalidad en su acepción como herencia del sistema inquisitivo<sup>262</sup>, mal entendido como la persecución penal del delito a cualquier costo.

Estos mecanismos procesales de simplificación y salidas alternativas, pretenden brindar vías de acceso para solucionar el conflicto y lograr el descongestionamiento de la carga procesal. En estos mecanismos se pueden encontrar espacios para la negociación penal<sup>263</sup>.

259 DUCE, “Selección de casos en el nuevo código procesal penal”, p. 247.

260 Esta problemática fue tomada con especial detenimiento a raíz de los movimientos de reforma en Latinoamérica desde los años 80’, para un recuento histórico. Ver: LANGER, “Revolución en el proceso penal latinoamericano: Difusión de ideas legales desde la periferia”, p. 8 yss.

261 Asimismo, MAIER advierte que “los distintos caminos que hoy se buscan, para simplificar, al menos parcialmente, el tratamiento de algunos casos penales, no reconocen su razón de ser en el siniestro propósito de abandonar o tornar más flexible el Estado de Derecho y los principios que lo gobiernan, sino, antes bien, en verificaciones empíricas harto demostrativas de la imposibilidad práctica del sistema penal de abarcar todos los casos que existen” MAIER, Julio B. “Mecanismos de simplificación del procedimiento penal”. En: MAIER, *Antología. El proceso penal contemporáneo*, p. 549.

262 DUCE, “Selección de casos en el nuevo código procesal penal”, p. 248.

263 Véase nuestro anterior artículo, UGAZ ZEGARRA, “Técnicas de negociación de acuerdos en el nuevo código procesal penal: Especial referencia a los acuerdos de terminación anticipada”, p. 143 yss.

PROCESOS DE NEGOCIACIÓN PENAL

Nº	Tipo de procedimiento	Tipo de procedimiento	Tipo de salida	Tipo de negociación	Normativa asociada
1	Procedimientos especiales.	Procedimientos especiales.	Faltas	Insta a conciliación o acuerdo judicial (484) / transacción extrajudicial (487).	Art. 487 y 484 CPP.
2	Procedimientos especiales.	Procedimientos especiales.	Querrela	Conciliación	Art. 462. Inc. 3 CPP.
3	Procedimiento especial de simplificación procesal.	Pre-procesal (472 a 476) / procesal (477 a 478).	Colaboración eficaz.	Acuerdo negociador	Art. 472 y ss. CPP
4	Procedimiento especial de salida alternativa.	Diligencias preliminares.	Principio de oportunidad	Conciliación prejudicial o judicial (art 2 inc. 7)	Art. 2. Inc. 2, 3, 7 y 9 CPP
5	Procedimiento especial de salida alternativa.	Diligencias preliminares.	Acuerdo reparatorio	Conciliación / MP propone acuerdo a las partes.	Art. 2. Inc. 6 CPP.
6	Procedimiento especial de simplificación procesal.	Investigación preparatoria.	Terminación anticipada.	Acuerdo negociador (468.2)/Juez insta a que acuerden (468.4)	Art. 468, 469 y 470 CPP.
7	Simplificación procesal en Proceso común.	Etapas intermedia.	Convención probatoria.	Acuerdo negociado	Art. 350. Inc. 2 CPP
8	Simplificación Procesal en Proceso común.	Juicio oral.	Conclusión anticipada del juicio.	Acuerdo negociado	Art. 372 CPP.

Fuente: Elaboración propia.

El NCPP se adhiere de esta manera al postulado de la racionalidad en la persecución penal, así encontramos que uno de los aportes de la reforma procesal penal latinoamericana que fue recogido por el mencionado código, ha sido la plasmación de un proceso penal con alternativas de solución previas al juicio<sup>264</sup>, sin embargo, conviene precisar que la uniformización en su aplicación práctica de estos mecanismos, aún es una tarea pendiente.

264 BURGOS MARIÑOS, “La reforma del proceso penal en el Perú tiene su norte”, p. 223.

En efecto, la falta de uniformización en el procedimiento en la aplicación de dichos mecanismos o el cabal entendimiento de sus efectos en el proceso penal, ha propiciado que muchas veces los actores procesales prefieran continuar con el proceso penal común en lugar de recurrir a estos mecanismos de descongestión y salidas alternativas, o en el peor de los casos se desarrollen pero vulnerando derechos fundamentales del imputado.

Partimos de esta afirmación, porque es importante tener presente el contexto actual de nuestra reforma procesal penal que actualmente evidencia una tendencia decreciente en la aplicación de los mecanismos de simplificación procesal y salidas alternativas, lo cual se corrobora con los recientes datos recogidos de los diversos distritos judiciales plasmados en informes emitidos por el Ministerio de Justicia.

El análisis de esos datos, demuestra una evolución en la aplicación y utilización de las salidas alternativas cada año. Es así que tenemos las siguientes estadísticas<sup>265</sup>:

**EVOLUCIÓN EN LA APLICACIÓN DE LAS SALIDAS ALTERNATIVAS POR AÑO Y ANIVEL NACIONAL**

AÑO	PORCENTAJE
2006	12%
2007	16%
2008	17%
2009	12%
2010	11%
2011	11%
2012	10%
2013	6%

Como se puede apreciar, existe una disminución en la aplicación de las salidas alternativas para el año 2013, alcanzando el porcentaje de solo el 6%. Para el año 2015, la situación no ha cambiado mucho. La reciente falta de aplicación

<sup>265</sup> Para la elaboración de la tabla presentada se tomó como fuente el material publicado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, II Informe Estadístico Nacional 2006 – 2013, Anexo III.

de las salidas alternativas y mecanismos de simplificación procesal han servido de base para iniciativas normativas, cuya finalidad es el incrementar el porcentaje de casos resueltos mediante estos mecanismos. Por otro lado, también se ha fomentado una mayor coordinación entre las instituciones claves que participan en la aplicación de los mecanismos de simplificación procesal, es así que, el Ministerio de Justicia en coordinación con el Poder Judicial, el Ministerio Público y la Policía Nacional han emitido una serie de protocolos de actuación interinstitucional, entre los cuales se encuentran<sup>266</sup>:

- Protocolo de principio de oportunidad.
- Protocolo de acuerdo reparatorio.
- Protocolo de terminación anticipada.

Ahora bien, estos protocolos vienen a servir de guías o pautas para la actuación de los mecanismos de simplificación y salidas alternativas; sin embargo, aunque la secuencia de actuación se encuentre definida, debe tenerse presente que la incoación de dichos mecanismos responde en la mayor parte de las ocasiones a un escenario de negociación y acuerdo previo entre el Fiscal e imputado, siendo en el caso del acuerdo reparatorio el Fiscal reemplazado por el agraviado. De ahí que este escenario de negociación plantee exigencias nuevas y concretas para los actores procesales.

La implementación de los mecanismos de simplificación procesal y las salidas alternativas, y más aún, su éxito en la práctica dependerá de varios factores que se armonicen no solo en el ámbito normativo, sino también, en el orgánico e institucional. La publicación de estos protocolos, es un paso importante hacia la consolidación de una buena praxis, pero debe tenerse en cuenta que aún nos encontramos en un contexto de reforma procesal penal progresivo, donde una de las principales dificultades son aquellas prácticas del sistema inquisitivo que se encuentran fuertemente arraigadas en nuestro sistema procesal penal<sup>267</sup>.

<sup>266</sup> Mediante el *Decreto Supremo N° 003 – 2014 – JUS*, de fecha 30 de marzo del 2014, se aprueba el Plan para la Consolidación de la Reforma Procesal Penal y el Reglamento de la Comisión Especial de Implementación del Código Procesal Penal y, con ello, los 16 protocolos de actuación interinstitucional que se focalizan en el marco de tres ejes estratégicos (descarga, liquidación y carga cero) para fortalecer la gestión del proceso de implementación a nivel nacional.

<sup>267</sup> Desde la perspectiva comparada, en Argentina en similitud con Perú, se ha evidenciado el

Un cambio de concepción en la aplicación de los mecanismos de simplificación procesal y de las salidas alternativas, nos lleva a entender que los actores procesales como personas investidas por deberes, roles e intereses, pero que también se encuentran expuestos a sus propios pensamientos, deseos y prejuicios los cuales influyen de una u otra manera en su participación en el proceso penal.

Frente a esta situación, la norma pretende encuadrar los comportamientos considerados como correctos en el ejercicio de las funciones de los actores procesales, siendo las violatorias a dicho comportamiento las sancionables incluso penalmente. Los parámetros o guías en el desarrollo de la actividad de investigación fiscal adquieren la calidad de principios tales como el de *legalidad* (Art. II del Título Preliminar del Código Penal de 1991), *objetividad* (Art. IV, inc. 2 del Título Preliminar del CPP) y *oficialidad* (Art. IV, inc. 1 del Título Preliminar del CPP), que sirven de directivas para el desenvolvimiento de su función<sup>268</sup>. Esto de igual manera sucede con la defensa técnica y el imputado (Art. 71 – 85° del CPP) así como del actor civil y agraviado por el delito (Art. 94 – 106° del CPP). Al tener claro las funciones y los principios sobre los cuales debe inspirarse la actividad de investigación, es que el Fiscal y los demás actores del proceso pueden ejercer cabalmente su rol encomendado.

---

choque de la cultura judicial arraigada de muchos años con la aplicación del principio de oportunidad. Para superar esta dificultad, menciona MARCHISIO, que desde una visión multidimensional del problema es que se propone para una adecuada incorporación del principio de oportunidad avanzar no solo en el campo normativo, sino también en el orden estructural y orgánico, que será el que indirectamente también irá modelando la cultura judicial, y preparando el terreno para un uso apropiado del instituto en cuestión. Ver: MARCHISIO, “Ministerio Público y política criminal”, p. 61.

268 En ese sentido, ANGULO ARANA, *La función del fiscal. Estudio comparado y aplicación al caso peruano. El Fiscal en el nuevo proceso penal*, p. 203 – 207; ORÉ GUARDIA, “El Ministerio Fiscal: Director de la investigación en el nuevo código procesal penal del Perú”, p. 16; GIMENO SENDRA, *Derecho Procesal Penal*, p. 182 – 183. Pueden citarse además otros principios orgánicos e institucionales del Ministerio Público como los principios de jerarquía y el de unidad de actuación, el primero que lo concibe como una institución jerarquizada cuyas decisiones o instrucciones que emitan fiscales superiores vinculan necesariamente a sus inferiores estando estos en el deber de cumplirlos, mientras que el principio de unidad entiende la institución fiscal como un organismo único e indivisible en todo el territorio nacional, los cuales influyen en el desenvolvimiento de la actividad fiscal en los mecanismos de simplificación y salidas alternativas; al respecto, HURTADO POZO, *El Ministerio Público*, p. 85; SÁNCHEZ VELARDE, *El nuevo proceso penal*, p. 75; ORÉ GUARDIA, *Manual de derecho procesal penal*, pp. 305-308.

Entonces, un cabal entendimiento de los mecanismos de simplificación y salidas alternativas implica tener presente que el éxito de su aplicación dependerá no solamente de los resultados obtenidos en las estadísticas anuales del Ministerio de Justicia; sino, también abarca el respeto a los principios y derechos fundamentales.

Las tensiones resultantes de intentar compaginar los fines institucionales del Ministerio Público y su estrategia de investigación del delito con los fines propios de los mecanismos de simplificación procesal y salidas alternativas, es el punto central del presente artículo, no sin antes detenernos primero a exponer la misión estratégica que se le ha otorgado al Ministerio Público en nuestro CPP.

#### – LA INVESTIGACIÓN Y LA ESTRATEGIA FISCAL EN EL CPP DEL 2004

La reforma procesal penal de nuestra región, plantea objetivos claros para el Ministerio Público. Entre ellos, el objetivo del manejo y dirección de la investigación criminal, lo cual tiene absoluta coherencia con un cambio total del sistema inquisitivo por el acusatorio, el cual requiere – como lo hemos señalado anteriormente – un fortalecimiento institucional y organizacional del Ministerio Público, y por el otro lado, el objetivo de implementar políticas de descongestión de la carga procesal, como los mecanismos de simplificación y salidas alternativas<sup>269</sup>.

En ambos casos, el Fiscal deberá emplear la litigación estratégica y dentro de ella, una gestión planificada de causas, seleccionando los casos más relevantes para llevarlos al proceso penal común, mientras que los demás puedan ser resueltos por medio de los demás mecanismos de simplificación procesal y salidas alternativas<sup>270</sup>. De ahí que se considere al Ministerio Público como el actor principal del proceso penal, pues de su actuación dependerá el accionar de todo el sistema penal.

Como vemos, el diseño y la ejecución de la estrategia de investigación es una de las tareas principales del Ministerio Público. Sin lugar a dudas, esta labor

---

269 DUCE, “El Ministerio Público en la Reforma Procesal Penal en Latinoamérica”, p. 69. Esto constituye un cambio rotundo, pues anteriormente con el Código de Procedimientos Penales solo se establecía como fin de la instrucción la obtención de la prueba para la realización del juicio oral (art. 72° del Código de Procedimientos Penales de 1940).

270 En ese sentido, RODRÍGUEZ HURTADO, “Simplificación procesal penal y servicio de justicia penal eficaz y eficiente”, p. 6.

de dirección existe en nuestro Código Procesal Penal, es porque tiene un respaldo constitucional en el art. 159° inc. 4 de la Constitución Política de 1993, que le otorga la conducción de la investigación del delito, y demás funciones a realizar durante el desarrollo del proceso penal<sup>271</sup>.

Estas estrategias deben aplicarse tanto en la persecución del delito como en la aplicación de los mecanismos de simplificación procesal y salidas alternativas. Antes de exponer las principales estrategias de investigación que se han propuesto en nuestro país conviene, desde el plano normativo, precisar las atribuciones fiscales comentadas anteriormente.

### 3.1 ¿Qué se entiende por estrategia fiscal?

La estrategia para el proceso penal acusatorio, se manifiesta – como hemos señalado – en dos planos: en la plasmación de una persecución estratégica del delito como en la aplicación de las salidas alternativas y mecanismos de simplificación procesal.

Para tratar de conceptualizar lo que se entiende por estrategia, es remitirnos al contexto en el cual es utilizado. Es común que dicho concepto se lleve a los escenarios de la negociación, donde existen partes confrontadas cada una defendiendo sus propios intereses o incluso donde ambos persiguen un interés común; para lo cual, realizan estrategias que benefician a sus fines como pueden ser las modernas tendencias en negociación como la teoría de los juegos<sup>272</sup>.

La dificultad en el ámbito penal, de establecer lo que se entiende por estrategias de persecución del delito, deriva en que existen muchas formas de tratar el conflicto penal, cada una con una ideología propia que pretender servir de marco de referencia para el tratamiento de esta problemática. Así, encontraremos diversas posiciones: a) las que apuestan por una estrategia confrontacional con el delito proponiendo una mayor represión y sanción; b) las que proponen un tratamiento del problema delictivo desde la prevención misma, atacando sus

271 En cada uno de sus incisos del mencionado artículo, se observa cada rol del Ministerio Público, así tendremos a un Fiscal acusador (inc. 1°, 3°, 5°), Fiscal dictaminador (art. 6°), Fiscal defensor de la legalidad (inc. 2° y 7°)

272 Brevemente, la teoría de los juegos es el estudio del comportamiento estratégico cuando dos o más individuos interactúan y cada decisión individual resulta de lo que él (o ella) espera que los otros hagan. Es decir, qué debemos esperar que suceda a partir de las interacciones entre individuos. MONSALVE, “John Nash y la teoría de los juegos”, p. 138.

principales factores; y c) los que apuestan por la implementación de una tercera vía para la resolución del conflicto penal como pueden ser las conciliatorias<sup>273</sup>.

En nuestro sistema penal, hemos experimentado cada una de estas posiciones con lo que se demuestra la intención de atacar el problema delictivo de manera integral, sin embargo, a veces la realidad tiende a superar. Ciertamente, es complicado intentar plantear un programa del tratamiento penal del delito cuando vemos que aún existen varias tareas pendientes tanto en lo organizativo como en lo institucional.

Uno de los primeros planteamientos estratégicos contra el delito se dio desde el plano preventivo. En el año 2010, se emitió una publicación del Ministerio Público donde se reúne y sistematiza las experiencias del Programa de Persecución Estratégica del Delito que se desarrolla en Lima y varias ciudades del interior del país<sup>274</sup>.

En ese entonces se delimitó la persecución estratégica del delito, señalando que las “acciones de persecución estratégica coinciden en partir del análisis focalizados de la realidad delictiva y de su contexto económico, social y cultural, comprendiendo medidas preventivas acordes con las causas generadoras del delito, en alianza directa con la comunidad<sup>275</sup>”.

Desde la perspectiva confrontacional contra el delito, el Ministerio Público ha emitido una serie de directivas e instrumentos que servirán para que el Fiscal de acuerdo al caso concreto elabore la estrategia fiscal correspondiente. Así entre ellos encontramos:

- D Resolución de la Fiscalía de la Nación N° 029 – 2005 – MP – FN, que aprueba la Directiva para el desempeño funcional de los fiscales en la aplicación de los artículos del 205° y al 210° del Código Procesal Penal.
- E Resolución de la Fiscalía de la Nación N° 243 – 2007 – MP – FN, que aprueba la Directiva N° 001 – 2007 – MP – ETII/CPP, Instrucciones para el adecuado desempeño del Fiscal en el rol constitucional del nuevo modelo procesal penal.

273 HULSMAN se inclina por el estilo conciliatorio. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, p. 18.

274 La publicación a la que nos referimos es: *La persecución estratégica del delito. Políticas de prevención y líneas de acción directa*, 2010.

275 *Ibidem*, p. 13.



Entre los instrumentos desde la perspectiva conciliatoria encontramos los protocolos interinstitucionales que se han publicado mediante el **Decreto Supremo N° 003 – 2014 – JUS**, de fecha 30 de marzo de 2014, como los protocolos de mecanismos de simplificación procesal y salidas alternativas, entre los que se encuentran: Protocolo de principio de oportunidad, Protocolo de acuerdo reparatorio y Protocolo de terminación anticipada.

### 3.2 El Fiscal como estrategia en la persecución del delito

Es la misma norma procesal penal, la que le asigna al Fiscal, la función, de escoger la estrategia que se va a emplear de acuerdo a los hechos materia de investigación, eso lo podemos apreciar en el inciso 4° del artículo 65° del Nuevo Código Procesal Penal, el cual señala que:

*“(…)4. Corresponde al Fiscal decidir la estrategia de investigación adecuada al caso. Programará y coordinará con quienes corresponda sobre el empleo de pautas, técnicas y medios indispensables para la eficacia de la misma...”*

Ante esa afirmación, surge la pregunta: ¿le corresponde al Fiscal decidir sobre la totalidad de la investigación o le corresponde decidir la estrategia jurídica relacionada a los actos de investigación?, al respecto señala Angulo Arana que:

*“Respecto a la totalidad de la investigación, no parece un mandato lógico que se espere que el Fiscal oriente y solicite en detalle, todas las actuaciones técnicas y periciales de la policía, ya que generalmente, no poseerá formación y experiencia cabal en criminalística ni respecto de los medios tecnológicos con que cuenta la policía y sus posibilidades y limitaciones, desconociendo igualmente, respecto muchas prácticas y la debida interpretación de sus resultados.*

*Entendemos, por tanto, que al fiscal le corresponde trazar las coordenadas generales que hagan de la investigación un ejercicio legal válido de búsqueda de material probatorio incriminante.*

*Nada impide que el Fiscal se informe de los elementos criminalísticos que actuará la policía ni que esta última sugiera o presente alternativas respecto a las necesidades probatorias que pueda requerir el Fiscal”<sup>276</sup>.*

<sup>276</sup> ANGULO ARANA, *La función del Fiscal*, pp. 580-581.

En ese orden de ideas se concibe al Fiscal cual director de orquesta, quien no es el encargado de tocar cada instrumento componente de la misma, sino que le corresponde orientar la participación del conjunto al interpretar y generar la sinfonía y estar atento a las disonancias para corregirlas<sup>277</sup>.

### 3.3 Elementos a tener en cuenta en el diseño de la estrategia fiscal en la investigación del delito

Entre los elementos que se deben tener en cuenta para el diseño de la estrategia fiscal tenemos:

- En cuanto al plazo de la investigación, tenemos que, independientemente del objetivo hacia el cual apunte la estrategia diseñada por el Fiscal, éste, siempre deberá de tener en cuenta los plazos de investigación señalados por la propia norma (20 días para las diligencias preliminares y 120 días para la investigación preparatoria, con las respectivas prórrogas que puedan ser decretadas de acuerdo a las situaciones contempladas en la ley). Es en base a esos plazos que se deben establecer un límite temporal para las diversas acciones a realizarse con objeto de la investigación, tratando de cumplir a cabalidad con esos límites autoimpuestos, porque de no cumplirlos o prorrogarlos constantemente, la estrategia se verá debilitada y se correrá el riesgo del fracaso de la investigación y consecuente impunidad de un hecho probablemente merecedor de una pena.
- En cuanto, a la escena del crimen o suceso, es aquel lugar donde se han suscitado un hecho susceptible de ser investigado por las autoridades. Dicho lugar puede ser abierto, donde no existan barreras artificiales, o bien cerrado, cuando se trata de un recinto con paredes o condiciones similares, o mixto, cuando el lugar posee características de los dos anteriores<sup>278</sup>. El adecuado manejo de la escena del crimen resulta un imperativo trascendental para obtener resultados satisfactorios en el desarrollo de una investigación, puesto que es precisamente en ese escenario en el que se van a recoger las evidencias o vestigios del delito, por lo que se requiere la intervención de personal capacitado y completamente diligente en el desarrollo de esta labor, que evite en todo momento la contaminación o desaparición de las fuentes de prueba. Una idónea conducción en lo que a

<sup>277</sup> *Ibidem*, p. 581.

<sup>278</sup> CAMPOS, *La Relevancia de la custodia de la evidencia en la investigación judicial*, pp.90-123.

recojo de evidencias se refiere, le permitirá al Fiscal la elaboración de una estrategia sólida ya que le permitirá incorporar esos elementos para sustentar la continuación de la etapa de investigación, si dichos elementos hacen suponer la perpetración de un actuar delictivo.

- Desde el punto de vista estratégico, resulta una exigencia importante la elaboración de una adecuada teoría del caso. La teoría del caso es “el planteamiento estratégico formulado por una de las partes desde el cual se busca alcanzar la convicción del juez o colegiado; quien, tras valorar todas las pruebas, otorga razón al punto de vista formulado por el hábil litigante (fiscal o abogado defensor)”<sup>279</sup>. Para la construcción de la teoría del caso, se deben seguir los siguientes pasos<sup>280</sup>:

- ✓ **Primero.** Tener un conocimiento, lo más claro y completo posible, de todos los hechos que componen la imputación.
- ✓ **Segundo.**-Construir un relato de los hechos.
- ✓ **Tercero.**-Determinar la teoría jurídica que debe aplicarse.
- ✓ **Cuarto.**-Concebir diversas proposiciones reales del caso.
- ✓ **Quinto.**-Recopilar evidencias que, seleccionadas, acrediten las proposiciones de la teoría del caso, en el juicio oral (si se llegase a ese estadio procesal).
- ✓ **Sexto.**-Establecer el orden de presentación de las pruebas de acuerdo a la estrategia que se tiene.
- ✓ **Séptimo.**-Detectar las debilidades del caso.
- ✓ **Octavo.**- Sintetizar la teoría del caso en una frase o título.

La observancia de este procedimiento resulta recomendable para una adecuada elaboración de la llamada teoría del caso.

Es por ello que el Fiscal en su posición de estrategia líder de una investigación debe formular la teoría del caso más persuasiva posible en coherencia con los hechos acontecidos, de tal manera que su postura sea tomada por cierta en caso se llegase a la etapa de juicio oral.

279 RODRÍGUEZ HURTADO / UGAZ ZEGARRA y otros. *Manual de la Investigación Preparatoria del Proceso Penal Común. Conforme a las Previsiones del Nuevo Código Procesal Penal, Decreto Legislativo N° 957*, pp. 37-38.

280 *Ibidem*. P. 38.

Estas se conciben como herramientas susceptibles de ser utilizadas por los Fiscales, y por quien ellos dispongan, y que favorecen y facilitan las tareas investigadoras en razón del esclarecimiento de un hecho delictivo ; corresponde al Fiscal el decidir de acuerdo a las circunstancias que se presenten, el decidir cuáles de estos métodos resultan los indicados en el desarrollo de su estrategia, lo cual va a depender de diversos factores, como por ejemplo, la naturaleza del delito, la cantidad de personas involucradas en el hecho, etc.

Entre los principales métodos de investigación, tenemos:

- Las pesquisas.
- El reconocimiento.
- La reconstrucción.

En toda estrategia, aplicada a cualquier campo, (sea el militar, el de los negocios, en este caso el procesal penal), se ha considerado al trabajo en equipo como un método capaz de mejorar los resultados que el que pueda generar un trabajo individual.

#### - **La utilización estratégica de las diligencias preliminares**

Se cuenta los siguientes puntos, a fin de poder tener éxito en su decisión de acusar o solicitar el sobreseimiento.

#### - **Importancia de las fuentes de prueba**

Debe prestarle la importancia que amerita a las fuentes de prueba que recabe, esto es, debe tener especial cuidado en su recolección, a fin de que las mismas las pueda utilizar al momento de sustentar su pretensión sin problema alguno.

#### - **Cuerpo, objeto, instrumento y efecto del delito**

Estos deben de tener especial cuidado por las partes que intervienen en su recolección, es por ello que, el Fiscal como Director de la investigación debe cautelar que el recojo de todo instrumento y efecto del delito se haga de la manera más diligente posible, pues, esto le permitirá contar con elementos materiales que sustenten su pretensión.

#### - **Vestigios o evidencias materiales del delito**

Al momento de investigar un hecho, aparte del objeto, instrumentos y efectos del delito, el Fiscal estrategia debe recabar evidencias que le permitan (más adelante) acreditar la comisión del delito y la consiguiente responsabilidad del autor, si es que se encuentra ante un hecho delictivo.

– **Ubicación y preservación de evidencias materiales**

Un Fiscal diligente y estratega al ubicar evidencias materiales no los descuida, sino todo lo contrario, hace todo lo posible por preservarlos, ya que, sabe que los mismos, al estar libres de objeciones, les servirán para afrontar un posible juicio de manera sólida.

En ese sentido, para que el Fiscal pueda llevar con éxito los puntos desarrollados, anteriormente, debe conocer, saber controlar y manejar la escena del crimen y la cadena de custodia de la evidencia, puesto que, con un buen manejo estratégico de las mismas tendrá éxito en la pretensión que persigue. En ese sentido, a continuación, desarrollamos cada una de ellas con el objetivo de marcar algunas pautas generales para el manejo estratégico de cada una de éstas.

– **LA UTILIZACIÓN ESTRATÉGICA DE LOS MECANISMOS DE SIMPLIFICACIÓN PROCESAL Y SALIDAS ALTERNATIVAS EN LA INVESTIGACIÓN FISCAL**

**5.1. La importancia de la estrategia en los mecanismos de simplificación procesal y salidas alternativas**

Como hemos señalado, el código procesal penal, establece que el fiscal es el director de la investigación, en ejercicio de sus funciones tiene por objetivo recabar todos los elementos de cargo y de descargo. Así, al finalizar las investigaciones tiene por opciones: a) Formular acusación o sobreseimiento; o b) aplicación de una salida alternativa o mecanismo de simplificación procesal.

Si bien, el fiscal debe ser un estratega en la investigación, esto es, planificar, coordinar y priorizar las diligencias que le permitan recabar eficientemente los elementos de prueba de cargo y de descargo, también, este nuevo sistema le otorga la facultad de abstenerse del ejercicio de la acción penal cuando concurren los supuestos regulados por el NCPP (principio de oportunidad, acuerdo reparatorio) o accionar los mecanismos de simplificación procesal (terminación anticipada, proceso inmediato, acusación directa).

En ese sentido, consideramos que el Fiscal así como debe planificar una estrategia para afrontar la investigación del delio, es también, imprescindible que elabore estrategias de negociación cuando se encuentre en los supuestos donde se pueda aplicar mecanismos de simplificación, que brinden margen para la negociación de aspectos como la imputación, consecuencias accesorias del delito, reparación civil, como es el caso de la terminación anticipada.

Así, la importancia de la estrategia y las técnicas de negociación en los mecanismos de simplificación radica en que le permiten que el Fiscal disponga de varias herramientas para afrontar dichos escenarios y lograr un resultado acorde con las expectativas.

**5.2. La negociación en el sistema penal**

La justicia penal negociada se ha manifestado tradicionalmente como mecanismo de acuerdo entre las partes para culminar el fondo de la controversia penal. Se nota, en muchas de sus diversas instituciones, que el Código Procesal Penal se muestra orientado hacia la instauración de la justicia negociada, como la expresión más extendida de la *justicia restaurativa*<sup>281</sup> y como la posibilidad de producir la reintegración social de los delincuentes y de responder a las necesidades de las víctimas, en el marco de los valores de la comunidad<sup>282</sup>.

Esta justicia penal negociada se estructura como un instrumento de resolución de conflictos que se generan en el seno de la sociedad, adoptando así una concepción de resolución definitiva de los conflictos sociales, restableciendo la paz social, quebrantada por la conducta contraria a la norma. El proceso de negociación en el que consiste debe ser analizado como una forma de que ambos actores intervinientes en el conflicto, tanto el victimario como la víctima lleguen, a través de un entendimiento, a una superación del mismo, haciendo posible una reparación concreta del daño, y facilitando el rol del mediador como garante del acuerdo que lleguen ambas partes<sup>283</sup>.

No obstante, también tienen cabida dentro de este concepto los acuerdos de las partes en un proceso penal que no ponen fin a la controversia, sino que, lejos de ello, simplemente ayudan a la mejor tramitación del mismo, con mayor celeridad y economía procesal.

**5.3. Beneficios de la negociación penal**

A modo de conclusión por todo lo expuesto, queda resaltar las virtudes que ofrece la negociación penal dentro del procedimiento de Terminación An-

281 BERISTAIN IPIÑA, *Criminología y victimología: Alternativas re-creadoras al delito*, p. 32.

282 ALONSO RIMO, *Víctima y sistema penal: Las infracciones no perseguibles de oficio y el perdón del ofendido*, pp. 245 y ss. / SAMPEDRO, *La humanización del proceso penal*, p. 67.

283 VARONA MARTÍNEZ, *La mediación reparatoria como estrategia de control social: Una perspectiva criminológica*, pp. 255 y ss.



tipificada, así como los criterios que éste exige, conforme lo sostiene Fontanet Maldonado<sup>284</sup>.

PRIORIDADES DE POLÍTICA PENAL	
<b>Factores a considerar previo a la acción penal</b>	Naturaleza y seriedad de la ofensa
	Efecto en la prevención de conducta análoga
	Grado de responsabilidad penal del acusado.
	Historial delictivo o conducta criminal.
	Disponibilidad para cooperar a esclarecer otros delitos y/o vincular nuevas personas.
	Pena a la cual se expone.
	Posibilidad de responder en la esfera civil o administrativa.
<b>Beneficios asociados con la negociación</b>	Beneficios administrativos.
	Individualización de la pena.
	Reduce la incertidumbre en el proceso penal.
	Disminuye la victimización de víctima y/o de los testigos.
	Propicia el esclarecimiento de nuevos delitos.
<b>Criterios para determinar la posibilidad de negociación</b>	Propicia la agilización del proceso penal.
	Actitud de cooperación.
	Naturaleza de la conducta.
	Reconocimiento de responsabilidad.
	Fortaleza o debilidad del caso.
	Posición de testigos y perjudicados.
	Interés público por la vista en su fondo.
	Proyección del Ministerio Público en la sociedad.
	Costos asociados con el juicio y la apelación.
Posibilidad de restitución.	

#### 5.4. El Fiscal como negociador

En los mecanismos de simplificación procesal, al fiscal se le asigna un rol activo en la negociación de los términos del acuerdo como es el caso en la termi-

nación anticipada o un rol residual como sucede en el principio de oportunidad y los acuerdos reparatorios.

Para esto, consideramos que el Fiscal debe cumplir con el perfil como negociador, entendido esto último como el conjunto de requisitos de actitud y aptitud que debe tener el negociador para poder concretar un acuerdo que soluciones el conflicto llegando a converger los intereses.

Dentro de dichas cualidades el negociador debe tener un sentido de conjunto (los efectos irradian a las dos partes, por tal deben trabajar juntos), colaborar y ceder hasta donde le permita su interés; además debe tener conciencia de que la exposición de convencimiento, la propuesta de solución, debe ser clara, creíble.

Dichos puntos se explicarán mejor en el listado que a continuación presentamos:

<b>a) Misión y sentido de conjunto</b>	Esto implica, tener claro el para qué y hacia dónde es que un equipo se esfuerza y trabaja. A sabiendas que no hay ruta favorable para quien no tiene mucho.
<b>b) Ceder para laborar</b>	Significa que dando, compartiendo, es la única forma en que garantizamos el recibir. Porque en ocasiones es mejor "perder" centímetros, para ganar metros.
<b>c) Colaborar para construir</b>	Significa construir juntos, sumar esfuerzos y compensar debilidades. Donde entre más, es menos el esfuerzo y más el complemento.
<b>d) Conciencia de conjunto</b>	Que el espíritu, la conciencia y la expectativa de amalgama que soy "somos", de la parte al todo mezclado.
<b>e) Conciencia de consecuencia sistémica</b>	Implica desarrollar la capacidad para abrir el foco o marco perceptual de un acontecimiento en la cadena asociativa de eventos en diferentes plazos.
<b>f) Conciencia de Independencia</b>	Esto es que de un evento aislado se tenga clara percepción de todos y cada uno de los eslabones subsecuentes desarrollando así una conciencia más amplia de interdependencia.
<b>g) Apertura</b>	Implica limpiar, depurar y abrir todos los prejuicios, presuposiciones, filtros y demás que puedan condicionar el intercambio de información.

284 FONTANET MALDONADO, *Plea bargaining o alegación preacordada de los Estados Unidos: Ventajas y desventajas. Una contribución al estudio de la conformidad en el proceso penal.* p. 118 y ss.

<p><b>h) Confianza y credibilidad</b></p>	<p>Significa trasminar, transmitir y practicar una expectativa incondicionada de la participación de cada uno de los miembros del equipo.<sup>285</sup> La propuesta dada a la contraparte debe ser creíble, debido a que "la eficacia persuasiva de un discurso se apoya aún más que en la solidez argumentativa o incluso en el poder de suscitar emociones, en la coherencia ética... (el oferente) acepta las propuestas de un negociador penal, por la seguridad de sus proporciones sus comportamientos sinceros, honrados y dignos".<sup>286</sup></p>
<p><b>i) Claridad y transparencia</b></p>	<p>Significa depositar todos los recursos disponibles de intercambio de información en los medios más transparentes, directos y abiertos.</p>
<p><b>j) Flexibilidad y movilidad</b></p>	<p>Significa estar preparado para los cambios, las excepciones y las circunstancias que cambian el rumbo de los acontecimientos sin perder objetivo.</p>

El asumir un perfil negociador, no implica una flexibilización o una relativización de sus objetivos institucionales y sus funciones que le otorga el CPP del 2004, sino todo lo contrario, es asumir los retos que el impone este nuevo modelo procesal penal, que implica un estado de permanente preparación para saber desenvolverse en estos escenarios de negociación.

**- ALGUNAS PROBLEMÁTICAS EN LA APLICACIÓN DE LA ESTRATEGIA FISCAL EN LOS MECANISMOS DE SIMPLIFICACIÓN Y SALIDAS ALTERNATIVAS**

En este apartado queremos exponer brevemente los principales problemas prácticos encontrados de la aplicación de los mecanismos de simplificación procesal y salidas alternativas.

Como hemos señalado, el Fiscal asumiendo el rol que le impone este nuevo modelo procesal penal, tiene que delimitar la estrategia a aplicar en los mecanismos de simplificación y salidas alternativas. Este escenario es muy distinto del proceso penal común, ya que, posee una lógica propia, con reglas tácitas, las que no necesariamente tienen que cuadrar con la naturaleza de los tribunales de justicia. Tanto fiscales como defensores llevan una comunicación directa, libre y

285 La credibilidad viene del juicio que los demás tiene de uno, por tal se debe presentar ante el otro negociador como alguien en quien confiar, proporcionándole información respecto a su interés (dentro de lo posible y permitido), superando los dilemas que deviene de la propia relación con el otro negociador.

286 LEGGETT / VELILLA, *Persuasión*, p. 109.

su disposición adjetiva o sustantiva que la restrinja. Las interacciones, en principio, no son intermediadas necesariamente por el juez, hasta que se transparentan en el desarrollo de alguna audiencia. La acción negociadora posee características, beneficios y vicios tal como cualquier otra práctica. Para entender el cómo y el por qué se da la negociación es un primer paso para ingresarla al sistema de tribunales, logrando una estructura, más transparente y eficiente, mejorando finalmente el accionar en el sistema procesal penal en su conjunto.

Estas particularidades han generado que la aplicación de los mecanismos de simplificación procesal y salidas alternativas aún no sea uniforme, generando diversos problemas en su aplicación. A nivel general, existen problemas que se han evidenciado de la aplicación práctica de estas instituciones como son las siguientes<sup>287</sup>:

- Incremento constante de la carga procesal,
- Inexistencia de un litigio racional y estratégico.
- Inconurrencia de los imputados para acogerse a dichos mecanismos.
- Prohibición de terminación anticipada en etapa intermedia.
- Falta de compromiso de los imputados para cumplir con el pago de la reparación civil
- Incertidumbre en relación al conocimiento de las ventajas y desventajas de las salidas alternativas.

Como vemos, cada una de estas problemáticas influyen en el delineamiento de la estrategia fiscal, ya que, por ejemplo, la falta del compromiso de los imputados para cumplir con el pago de la reparación civil, en casos de que se haya establecido por medio del principio de oportunidad o acuerdo reparatorio, genera la consecuencia consiste en que el Fiscal ejercitará la acción penal y continuará con la investigación respectiva; regulación esta con lo cual queda sin contenido

287 Estos problemas encontrados han sido producto de un trabajo de campo realizado en diversos distritos judiciales del interior del país, en nuestra labor encomendada por la Secretaría Técnica de la Comisión de Implementación del Nuevo Código Procesal Penal como consultores para emitir el Informe "Elaboración de un plan estratégico para la implementación del Código Procesal Penal en los Distritos Judiciales de Lima, Lima Norte, Lima Sur y Callao".

la finalidad que se quiso garantizar con la instauración de los mecanismos alternativos de solución: reparar los daños que ha padecido la víctima en el menor tiempo posible.

Por tanto, la delimitación de la estrategia fiscal al afrontar la incoación de los mecanismos de simplificación procesal y salidas alternativas debe necesariamente tener presente cada una de estas problemáticas con la finalidad de viabilizar la finalidad de estos mecanismos.

#### - CONCLUSIONES

- ✓ Los mecanismos de simplificación procesal y salidas alternativas constituyen instituciones procesales implementadas en nuestro proceso penal a raíz de las reformas procesales penales en Latinoamérica, cuya finalidad es la racionalidad de la carga de trabajo a fin de que el proceso penal pueda operar dentro de los parámetros razonables de eficiencia y calidad.
- ✓ La falta de uniformización en la aplicación de los mecanismos de negociación penal o el cabal entendimiento de sus efectos en el proceso penal ha propiciado que muchas veces los actores procesales prefieran continuar con el proceso penal común.
- ✓ El Fiscal de acuerdo al nuevo modelo procesal penal no solo es el director de la investigación, sino que, además es el encargado de planear la estrategia de investigación aplicado a cada caso concreto.
- ✓ De igual manera, así como existen estrategias de investigación para la persecución y tratamiento del delito, también el Fiscal en su rol de estrategia, debe plantear la estrategia a emplear en los casos donde se pretendan aplicar los mecanismos de simplificación procesal y salidas alternativas.
- ✓ El rol del Fiscal en los escenarios de negociación que plantean estos mecanismos, impone retos puntuales que parten por entender las problemáticas propias de cada institución procesal y a partir de ahí, elaborar la mejor estrategia aplicable a cada caso.
- ✓ Un cabal entendimiento de los mecanismos de simplificación procesal y salidas alternativas implica tener presente que el éxito de su aplicación dependerá no solamente de los resultados obtenidos en las estadísticas, sino que exista una estrategia fiscal delimitada previamente que permita afrontar estos mecanismos.

## LA TEORIA DEL CASO EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL DEL 2004

\* Artículo recibido el 20 de marzo del 2016, aprobado para publicación el día 20 de abril del 2016

Edwar Álvarez Yrala<sup>288</sup>

Universidad de San Martín de Porres y Universidad Femenina del Sagrado Corazón

#### RESUMEN:

Un modelo de litigación acusatorio requiere necesariamente de técnicas estratégicas de litigación estratégica, y la teoría del caso resulta ser la principal arma de combate a lo largo de todo el proceso penal, a partir de diligencias preliminares hasta instancias superiores de apelación o casación; sin embargo, la primacía de la teoría, muchas de las veces, opaca la practicidad de este concepto, en estas cortas líneas intentamos ofrecer una visión más funcional a los intereses del litigante ávido de fórmulas de planteamiento de estrategias, que coadyuven a lograr sus objetivos.

#### PALABRAS CLAVES:

Teoría del caso, litigación, hipótesis, estrategia, sistema acusatorio, elementos de convicción, proposiciones fácticas.

288 Abogado. Responsable académico de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de San Martín de Porres (USMP). Docente Universitario en la sección de Postgrado de la USMP. Docente de Pregrado en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón (UNIFE). Socio principal del Estudio Álvarez Yrala Abogados. Correo: ealvarez@alvarezyrالاabogados.com.