

Imputado en la sombra: ¿estrategia de investigación o vulneración del derecho de defensa?

Defendant in the shadows: investigative strategy or violation of the right to defense?

Fátima Milagros Ventura Granados*,¹

Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo (Lambayeque, Perú)

fventurag@unprg.edu.pe

<https://orcid.org/0009-0008-1274-9082>

Recibido: 26/01/2024

Aprobado: 30/06/2024

Publicación online: 05/07/2024

*Autor corresponsal

¹Egresada de la Escuela Profesional de
Derecho.



Cómo citar este trabajo

Ventura Granados, F. M. (2024). Imputado en la sombra: ¿estrategia de investigación o vulneración del derecho de defensa? *Chornancap Revista Jurídica*, 2(1), 115-132. <https://doi.org/10.61542/rjch.57>

RESUMEN

Este artículo examina la práctica del Ministerio Público por la cual una persona contra la que se dirige una imputación material, de manera injustificada, no es comprendida formalmente en la investigación en la creencia de evitar que pudiera obstruir los fines de la misma; mientras se llevan a cabo diligencias encaminadas a recabar elementos de convicción que buscarían determinar su responsabilidad. El objetivo es cuestionar la legitimidad de esta práctica y analizar posibles soluciones, evaluando su compatibilidad con los derechos constitucionales del imputado, especialmente su derecho a la defensa. Se realiza un análisis exhaustivo de la regulación procesal penal, la jurisprudencia y la doctrina relacionada con esta práctica. Se concluye que el "imputado en la sombra" no es una estrategia de investigación legítima, sino una práctica que vulnera los derechos del imputado, destacando la importancia de la tutela de derechos como medio para detener esta vulneración y asegurar una mayor protección de los derechos del imputado en el proceso penal.

Palabras clave: Tutela de derechos, Derechos fundamentales, Derecho de defensa, Imputado, Vulneración.

ABSTRACT

This article examines the practice of the Public Prosecutor's Office whereby a person against whom a material accusation is directed is unjustifiably not formally included in the investigation under the belief of avoiding possible obstruction to its purposes, while conducting diligences aimed at gathering evidence that would determine their responsibility. The aim is to question the legitimacy of this practice and analyze possible solutions, assessing their compatibility with the constitutional rights of the accused, especially their right to

defense. An exhaustive analysis of procedural criminal regulation, case law, and related doctrine concerning this practice is conducted. It is concluded that the "shadow accused" is not a legitimate investigative strategy but rather a practice that violates the rights of the accused, emphasizing the importance of rights protection as a means to halt this violation and ensure greater protection of the accused's rights in the criminal process.

Keywords: Protection of rights, Fundamental rights, Right of defense, Accused, Infringement of rights.

Introducción

No es poco usual que, en el marco de una investigación preliminar o formalizada, el Ministerio Público disponga la práctica de diligencias que frontalmente se dirigirían a determinar la responsabilidad de una o más personas no comprendidas en ella; inclusive puede llegar a citarla a declarar en calidad de testigo. Más tarde, esta persona es incorporada formalmente al proceso en calidad de imputado, en base a los elementos de convicción acopiados durante el lapso en el que no lo fue. A este tipo de investigado es al que, genéricamente, he denominado "*imputado en la sombra*"; porque, aunque oculto, siempre estuvo ahí para el Ministerio Público.

Para muchos, la situación descrita podría ser identificada como una mera "*estrategia de investigación*" dirigida a evitar "obstrucciones", siendo en algunos casos una práctica tan extendida que ha llegado a ser normalizada y, por ende, no reconocida como un problema; empero, vale cuestionarnos si aquella práctica, en puridad, es respetuosa de las garantías constitucionales del imputado y si de advertir este una transgresión oculta puede accionar de alguna forma para reestablecer el derecho que considere vulnerado, ya sea antes o después de ser comprendido formalmente en la investigación. Precisamente, aquel cuestionamiento ha dado vida a este artículo, cuyo objetivo es analizar las posibles alternativas de solución, a la luz de la regulación procesal penal, el desarrollo jurisprudencial y doctrinario en la materia.

1. El proceso penal en un Estado Constitucional de Derecho

1.1. El fin del proceso penal

El modelo de Estado Peruano corresponde a un Estado Constitucional de Derecho, ello quiere decir que la Constitución no solo representa norma simbólica, sino que irradia en todo el ordenamiento jurídico, no siendo permitido que ninguno de los poderes públicos o la sociedad en general pueda vulnerarla válidamente (Tribunal Constitucional del Perú, 2005). Consecuencia de ello, los derechos fundamentales reconocidos por esta son garantizados de manera efectiva a través de diferentes mecanismos.

El derecho penal se erige como el restablecedor por excelencia de las expectativas sociales, pues no existe otra rama que tenga la misma eficacia en la protección de bienes jurídicos. El

mecanismo por el cual el derecho penal materializa su finalidad, lo constituye el proceso penal; en él, se busca determinar si una persona, a quien se le imputa haber realizado un delito, es responsable o no de la comisión del mismo.

En palabras de San Martín Castro (2020), manifiesta que:

La meta del proceso penal en un Estado constitucional no puede ser otra que la búsqueda de la verdad material-o, mejor dicho, de la verdad judicial-: acercarse a la verdad respecto del hecho punible y, en su caso, castigar al autor o partícipe de su comisión. (p. 14)

Sin embargo, esta búsqueda de la verdad no puede producirse a cualquier costo, sino que debe ser consonante con los demás principios que rigen el modelo de Estado.

Nuestra carta magna, en su artículo 139 inciso 3, reconoce el derecho al debido proceso y la tutela jurisdiccional; derechos de cuyo desarrollo se ha encargado la doctrina, explicando que la tutela jurisdiccional efectiva comprende el derecho de acceso a la justicia, a que la controversia sea resuelta con una resolución fundada en derecho y a la ejecución de las resoluciones judiciales; mientras que, el debido proceso comprende una serie de derechos: derecho al juez predeterminado por ley, derecho al procedimiento legalmente establecido, derecho de defensa, derecho a producir prueba dentro del proceso, derecho de impugnación, derecho al plazo razonable, entre otros. De manera más simple, y en palabras de Águila Grados (2020), la tutela jurisdiccional efectiva garantiza el respeto de los derechos constitucionales al inicio y final del proceso, mientras que el derecho al debido proceso, proclama el respeto de las garantías durante el desarrollo del mismo. Así, la convergencia de ambos derechos, conforma el derecho a la tutela procesal efectiva.

En el mismo orden de ideas, Peña Cabrera (2008) afirma que nuestro actual sistema procesal afianza y refuerza la condición de sujeto de derecho del imputado, estableciendo restricciones sobre las acciones que los órganos de persecución penal pueden llevar a cabo en la búsqueda de la verdad. De modo que, al imputado, en las tres etapas del proceso penal (etapa de investigación preparatoria- diligencias preliminares e investigación preparatoria formalizada-, etapa intermedia y juicio oral) le asiste el derecho a la tutela procesal efectiva y, por ende, todos los derechos que esta comprende, no siéndole permitido a los poderes públicos vulnerarlos válidamente.

1.2. Estrategias investigativas del Ministerio Público en el marco de un Estado Constitucional de Derecho

El Ministerio Público, por mandato constitucional, tiene el monopolio del ejercicio de la acción penal y conduce la investigación. El fiscal, de acuerdo a lo establecido en los artículos 65 inciso 4 y 322 del Código Procesal Penal, desde el inicio de la investigación planifica la estrategia acorde al caso, diseñando las acciones que lo conduzcan a sus objetivos, utilizando un método que le permita tener un orden y resultados con eficiencia y eficacia. (Escuela del Ministerio Público – Fiscalía de la Nación, 2013)

Como es lógico, desde el conocimiento de la *notitia criminis*, el fiscal formula una teoría del caso provisional, respecto de los hechos que le son puestos a conocimiento, y dispone la realización de diligencias pertinentes y útiles que le permitan corroborarla, adecuarla o descartarla, de acuerdo a los elementos de convicción que recabe en el decurso de la investigación.

A esta serie de actos ordenados por el fiscal con el objetivo de contrastar su teoría del caso, que de acuerdo al estadio procesal resulta ser siempre muy flexible, es a lo que se denomina “estrategia de investigación” o “estrategia investigativa”. La adopción de una estrategia, en definitiva, resulta demás necesaria para el desarrollo óptimo de la investigación, pues el destino de esta no puede ser dejada al azar, debiendo fijarse metas concretas y específicas que aseguren un resultado (Fiscalía General de la República, 2009); ya que en un sistema procesal tan sobrecargado como el nuestro, no puede derrocharse tiempo y esfuerzo en la puesta en práctica de actos de investigación inútiles para el objeto de la misma.

La estrategia investigativa debe estar orientada, en diligencias preliminares, a confirmar la ocurrencia de los actos conocidos y verificar su delictuosidad, así como asegurar los elementos físicos de su comisión, identificar a las personas involucradas y garantizar su adecuada custodia; mientras que, en investigación preparatoria formalizada, a reunir los elementos de convicción, inculpativas o exculpativas que permitan al fiscal decidir si formula requerimiento de acusación o de sobreseimiento. Típicas estrategias de investigación, las constituyen el orden en que el fiscal cita a los testigos, la selección de qué diligencias va a practicar, el tipo de información que recaba de diversas instituciones, los requerimientos de levantamiento del secreto bancario o de las comunicaciones, la selección de técnicas especiales de investigación, como lo pueden ser los agentes especiales o encubiertos, disponer el secreto de la investigación por un periodo determinado, e inclusive la acumulación o desacumulación de carpetas fiscales. Sin embargo, con el fin de alcanzar estos objetivos, no puede disponerse la práctica de diligencias que vulneren derechos fundamentales, pues “el fin no justifica los medios”. Así, la propia Corte Suprema de Justicia de la República (2010) en el Acuerdo Plenario N.º 4–2010/CJ–116 ha indicado que es

[118] Chornancap Revista Jurídica. Vol. 2 Núm. 1 (2024): 40° años del Código Civil peruano Ilustre Colegio de Abogados de Lambayeque, Perú

función del fiscal conducir y desarrollar toda su estrategia persecutoria siempre dentro del marco de las garantías básicas. En tal sentido, una estrategia de investigación es legítima solo si se desarrolla respetando los derechos fundamentales del imputado, es coherente con la carta magna y el modelo de estado constitucional de derecho.

En pocas palabras, la estrategia de investigación se erige como un programa metodológico (Avellaneda Franco, 2007), que le permite al fiscal identificar cuáles son las acciones a realizar para recabar elementos de convicción que sustenten las proposiciones fácticas de la *notitia criminis*, de modo que sea posible hacer una correcta subsunción de los hechos en el tipo penal e identificar plenamente a los autores o partícipes involucrados en los mismos, para luego valorar objetivamente los elementos de cargo o de descargo y decidir si sobreseer o acusar la causa.

1.3. Importancia del derecho de defensa del imputado

El derecho de defensa, se constituye como uno de los derechos más representativos del imputado en un proceso penal. No le falta razón a Caro Coria (2006), al indicar que, a diferencia de los demás sujetos procesales que se enfrentan entre sí, el imputado se enfrenta al Estado y todo su aparato de persecución; de ahí que su derecho constitucional a la defensa adquiera tanta importancia.

Conforme lo ha establecido el Tribunal Constitucional del Perú (2004), el ejercicio del derecho de defensa implica dos aspectos fundamentales: uno material, que consiste en el derecho del imputado a defenderse por su mismo desde el momento en que se le informa de las acusaciones en su contra; y otro formal, que implica el derecho a contar con asesoramiento legal y representación por parte de un abogado durante todo el proceso. Ambos aspectos son protegidos constitucionalmente y garantizan que el imputado no sea dejado en un estado de indefensión. En esa línea, Herrera Llanos (2005) indica que el derecho de defensa implica la posibilidad de analizar, desentrañar, controvertir y refutar técnica, jurídica y probatoriamente los hechos que le son atribuidos al imputado.

Este derecho, está ligado a la posibilidad de producir la prueba necesaria que acredite los hechos que configuran su pretensión o defensa (Corte Suprema de Justicia de la República, 2012). A su vez, se encuentra íntimamente vinculado a uno de los principios fundamentales del proceso penal, el principio de contradicción, que lo dota de una estructura dialéctica. En mérito a él, las partes tienen derecho a participar en el proceso, independientemente de su posición, y poseen todas las facultades procesales necesarias para confrontar las actuaciones que en él se dicten. Este principio garantiza a las partes una defensa efectiva y previene la posibilidad de que se encuentren

en situaciones de indefensión, incluso durante la etapa de investigación preliminar. (San Martín Castro, 2020)

En tal sentido, imposibilitar al imputado de conocer la existencia una investigación instaurada en su contra y por ende contradecir los cargos que se le imputan y ofrecer material probatorio que sustente su teoría, vulnera abiertamente y perversamente su derecho de defensa. Además, debemos tener en cuenta que la etapa de investigación preparatoria es de suma importancia en el proceso penal, pues el desenlace de un futuro juicio oral, depende mucho de los elementos que en ella se obtengan. Una buena investigación que recabe elementos de cargo lo suficientemente idóneos, asegura una alta probabilidad de alcanzar una condena, desde la perspectiva del Ministerio Público; mientras que una investigación en la que ha participado activamente la defensa del imputado produciendo elementos de convicción suficientes para respaldar su teoría del caso, también asegura una alta probabilidad de una sentencia absolutoria; de ahí que el derecho de defensa, en todas su manifestaciones se erija como un pilar fundamental para el imputado en esta etapa del proceso, pues el material probatorio que en ella se produzca, depende el destino de su libertad.

Cualquier estrategia que desconozca, injustificadamente y de forma permanente, el derecho a la defensa del imputado en una fase tan primordial como lo es esta, nos remonta casi ochenta años atrás, a aquella visión inquisitiva que consideraba al imputado como un simple objeto de investigación, e incluso permitía el secreto en la instrucción. (Caro Coria, 2006)

2. Tutela de derechos como mecanismo de defensa de las garantías constitucionales del imputado al interior del proceso penal

2.1. Origen y fundamento de su introducción al proceso penal

La tutela de derechos es, por mucho, una de las mejores novedades que trajo consigo el Nuevo Código Procesal Penal de 2004, pues no se conocen precedentes nacionales de esta institución y a diferencia del Código de Procedimientos Penales de 1940, en el que no se regulaba ningún mecanismo por medio del cual imputado pudiera hacer valer los derechos que le eran vulnerados, esta le permite acudir al juez de la investigación preparatoria cuando considere que alguna actuación del Ministerio Público constituye una trasgresión a sus garantías fundamentales. (Bazán Cerdán, 2011)

Así, supuestos tan comunes como la no entrega de copias de carpeta fiscal, las limitaciones al abogado defensor para participar en las diligencias y la exclusión de prueba ilícita, no encontraban en la normativa procesal derogada algún medio de control o de defensa. Este vacío normativo obligaba a los justiciables a sobrecargar la justicia constitucional, a través de la

interposición demandas de habeas corpus o amparo; o de recurrir a la vía administrativa, con la formulación de quejas por inconducta funcional ante los órganos de control. (Moreno Nieves, 2023b)

2.2. Regulación y derechos tutelados

La tutela de derechos se encuentra prevista en el artículo 71 inciso 4 del Código Procesal Penal, con el siguiente tenor normativo:

“Artículo 71.- Derechos del imputado

- 1. El imputado puede hacer valer por sí mismo, o a través de su Abogado Defensor, los derechos que la Constitución y las Leyes le conceden, desde el inicio de las primeras diligencias de investigación hasta la culminación del proceso.*
- 2. Los Jueces, los Fiscales o la Policía Nacional deben hacer saber al imputado de manera inmediata y comprensible, que tiene derecho a:*
 - a) Conocer los cargos formulados en su contra y, en caso de detención, a que se le exprese la causa o motivo de dicha medida, entregándole la orden de detención girada en su contra, cuando corresponda;*
 - b) Designar a la persona o institución a la que debe comunicarse su detención y que dicha comunicación se haga en forma inmediata;*
 - c) Ser asistido desde los actos iniciales de investigación por un Abogado Defensor;*
 - d) Abstenerse de declarar; y, si acepta hacerlo, a que su Abogado Defensor esté presente en su declaración y en todas las diligencias en que se requiere su presencia;*
 - e) Que no se emplee en su contra medios coactivos, intimidatorios o contrarios a su dignidad, ni a ser sometido a técnicas o métodos que induzcan o alteren su libre voluntad o a sufrir una restricción no autorizada ni permitida por Ley; y*
 - f) Ser examinado por un médico legista o en su defecto por otro profesional de la salud, cuando su estado de salud así lo requiera.*
- 3. El cumplimiento de lo prescrito en los numerales anteriores debe constar en acta, ser firmado por el imputado y la autoridad correspondiente. Si el imputado se rehúsa a firmar el acta se hará constar la abstención, y se consignará el motivo si lo expresare. Cuando la negativa se produce en las primeras diligencias de investigación, previa intervención del Fiscal se dejará constancia de tal hecho en el acta.*
- 4. Cuando el imputado considere que durante las Diligencias Preliminares o en la Investigación Preparatoria no se ha dado cumplimiento a estas disposiciones, o que sus derechos no son respetados, o que es objeto de medidas limitativas de derechos indebidas o de requerimientos ilegales, puede acudir en vía de tutela al Juez de la Investigación Preparatoria para que subsane la omisión o dicte las medidas de corrección o de protección que correspondan. La solicitud del imputado se resolverá inmediatamente, previa constatación de los hechos y realización de una audiencia con intervención de las partes”.*

Producto de una interpretación apresurada y restringida de la norma; inicialmente, se postulaba que los derechos protegidos por la tutela eran *numerus clausus*, circunscritos únicamente a los establecidos en el artículo 71 inciso 2 del Código Procesal Penal; sin embargo, aquella concepción errada ya ha sido superada con diversos pronunciamientos jurisprudenciales que han dotado de verdadera efectividad a esta institución, devolviéndole la esencia con la cual el legislador la introdujo a la norma adjetiva. En esa línea argumentativa, la Corte Suprema de Justicia de la República (2018) ha señalado que es erróneo sostener que la tutela de derechos solo puede ser accionada cuando se afectan los derechos mencionados en el inciso 2 del artículo 71 del Código Procesal Penal; en el mismo enfoque lógico, la Corte Superior Nacional (2019) ha afirmado que una interpretación extensiva de los incisos 1 y 7 del artículo 71 del citado código es justificada si se busca garantizar el debido proceso penal.

Los citados pronunciamientos constituyen criterios válidos y coherentes con la naturaleza de la institución, pues ilógico sería que el legislador hubiera contemplado la posibilidad de instar una suerte de proceso constitucional al interior del proceso penal, si su campo de acción iba a ser tan reducido como para obligar a los justiciables a volver precisamente al estado que motivó su introducción, sobrecargando la vía propiamente constitucional al no encontrar amparo de su pretensión en la tutela de derechos.

Teniendo en cuenta la línea jurisprudencial ante descrita, podemos afirmar entonces que, la tutela de derechos, puede ser instada por el imputado en los siguientes supuestos: i) cuando no se ha respetado lo establecido en el artículo 71, incisos 1 y 2, que se refieren a los derechos del imputado reconocidos tanto en la Constitución como en la ley, y a los derechos que deben ser comunicados de manera inmediata y directa al imputado por parte de los jueces, fiscales y la policía, ii) cuando cualquiera de sus derechos convencionales, constitucionales o legales no son respetados, iii) cuando es objeto de medidas limitativas de derechos indebidas y iv) cuando es objeto de requerimientos ilegales. (Verapinto Márquez, 2010)

2.3. Requisito de admisibilidad y procedibilidad

La Corte Suprema de Justicia de la República (2022), en el Recurso Apelación N.º10-2022 ha indicado que, ante una solicitud de tutela de derechos, el juez deberá verificar el cumplimiento de los requisitos de admisibilidad y procedibilidad, para lo cual observará lo previsto en los artículos 426 y 427 del Código Procesal Civil.

2.3.1. Requisitos de admisibilidad

Respecto a los requisitos de admisibilidad, Moreno Nieves (2023a), analizando lo normado en el artículo 426 del Código Civil Adjetivo, indica que deberá cumplirse con: i) requisitos legales;

[122] Chornancap Revista Jurídica. Vol. 2 Núm. 1 (2024): 40° años del Código Civil peruano Ilustre Colegio de Abogados de Lambayeque, Perú

ii) acompañamiento de anexos y ii) correcta delimitación del petitorio. Respecto al primero, la norma solo exige que el reclamo se presente sobre uno de los derechos reconocidos al imputado; en cuanto al segundo, sugiere anexar disposiciones, providencias, requerimientos o cualquier documento que se relacione con el objeto de debate y finalmente, en relación al tercero, señala como trascendental precisar el objeto de la pretensión, es decir, si se busca que el juez dicte una medida correctiva, reparadora o protectora.

2.3.2. Requisitos de procedencia

El primer requisito de procedencia está vinculado con la legitimidad para obrar del solicitante que, si bien inicialmente se entendía reservada para el imputado, vía interpretación constitucional, cualquier persona que participe en el proceso o que esté involucrada en la investigación (Tribunal Constitucional del Perú, 2021). Es decir, tanto quien tenga calidad de imputado como de agraviado, actor civil, tercero civilmente responsable e incluso las personas jurídicas comprendidas en la investigación, podrán acudir al llamado “juez de garantías”, de advertir la transgresión de alguno de sus derechos.

El segundo requisito se encuentra ligado a la etapa procesal. De conformidad con el inciso 4 del artículo 71 del Código Adjetivo, la tutela de derechos puede ser invocada en etapa de investigación preparatoria, ya sea en diligencias preliminares o en la investigación preparatoria formalizada; sin embargo, la Corte Superior de Justicia de la República (2022) en la Casación 1145-2021- Arequipa, ha señalado la posibilidad de instar una tutela de derechos en etapa intermedia, para lo cual debe considerarse cada situación específica, por ejemplo, en los procesos en los que se presenta una acusación directa.

La tutela de derechos tiene un carácter residual, por lo que el tercer requisito exige la inexistencia de una vía específica para salvaguardar la garantía vulnerada. Por ejemplo, si la pretensión está vinculada a un excesivo plazo en la investigación, se deberá solicitar un control de plazos, si la cuestión gira en torno a la realización de un acto de investigación, se tiene la inadmisión de diligencias sumariales; quedando en el ámbito de protección de la tutela de derechos los demás derechos que no encuentren regulación taxativa en el Código Procesal Penal.

Teniendo en consideración el fundamento décimo primero del Acuerdo Plenario 4-2010/CJ-116, un cuarto requisito de procedibilidad de la tutela de derechos lo constituye la consumación del acto lesivo, es decir, el derecho reclamado debe haber sido efectivamente vulnerado, no cabiendo posibilidad de instar una tutela por una posible amenaza.

Finalmente, podemos identificar un quinto requisito condicionado solo a si la pretensión tiene que ver con la garantía de imputación necesaria, de conformidad con el Acuerdo Plenario 2-

2012/CJ-116, el solicitante debe haber dado cumplimiento a un requisito previo, esto es, acudir al propio fiscal investigador buscando su subsanación, de suerte que solo ante la desestimación del fiscal o ante su reiterada falta de respuesta es posible acudir al órgano jurisdiccional en busca de tutela.

2.4. Efectos

El Acuerdo Plenario 4-2010/CJ-116 ha establecido que, frente a una solicitud de tutela de derechos, el juez puede dictar una medida correctiva-que ponga fin al agravio-, reparadora--que lo repare, por ejemplo, subsanando una omisión- o protectora.

Un desarrollo más detallado ha sido expuesto por la Primera Sala Penal de Apelación Nacional Permanente Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de la Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada (2020) en el Expediente 00005-2019-4 (FJ. 6.3.), en el que se ha indicado como medidas que puede adoptar el juez, las siguientes:

- a) **Subsanación:** cuando se advierta que una disposición fiscal de imputación contiene deficiencias en la descripción de los hechos, la subsunción jurídica, pena, indicios o elementos de convicción, se ordenará reparar o remediar el defecto formal de la imputación, por vulnerar el derecho de defensa y la imputación suficiente en contra del investigado.
- b) **Corrección:** una vez que se establece que el acto procesal ha infringido los derechos fundamentales y/o legales del investigado, se ordenará enmendar defectos o errores sustanciales de la actuación fiscal o policial, por ejemplo: indebida notificación, declaratoria de reo contumaz sin notificación, realización de inspección ocular sin notificación al imputado, entre otros.
- c) **Protección:** comprobada la existencia de actos de investigación, elementos de convicción y diligencias fiscales y policiales arbitrarios, ilegales, irregulares y/o con errores graves, se ordenará la exclusión de los mismos por atentar contra derechos fundamentales del investigado.

3. El problema de legitimidad del imputado a la sombra

Como bien se ha expresado, la tutela de derechos puede ser accionada tanto por el imputado, como por las demás partes procesales, de considerar que en el decurso de la investigación alguna actuación de los órganos de persecución penal ha transgredido sus derechos; esta afirmación probablemente nos traslade al punto neurálgico de este artículo, pues resulta coherente de alguna manera pensar que para adquirir la calidad de imputado o parte procesal debe

existir una disposición fiscal de por medio que otorgue tal condición; para el caso del imputado, una disposición de apertura de diligencias preliminares en su contra, o una disposición de formalización de la investigación preparatoria que lo dote de dicho título. De modo que, no ostentar legitimidad, se convierte en una causal de improcedencia de la tutela de derechos.

La cuestión puede parecer más sencilla para el *“imputado en la sombra”* que ya ha perdido su condición clandestina y ha sido incorporado al proceso, pues formalmente tiene legitimidad para solicitar una tutela de derechos; pero qué pasa con aquel imputado, aún no comprendido en la investigación, que advierte la vulneración oculta ¿debe tolerarla sin más hasta que el fiscal emita la disposición que lo incorpore al proceso? Para responder esa pregunta, se vuelve imperativo respondernos primero ¿cuándo se adquiere la calidad de imputado?

Para San Martín Castro (2020), no es necesaria la emisión de una disposición fiscal para que una persona adquiera la condición de imputado, pues esta se adquiere cuando se es objeto de una imputación por la comisión de un hecho punible, directa o indirecta, formal o informalmente; sin embargo, para la pérdida de dicha condición si es necesario un pronunciamiento; que en etapa de investigación, lo será una disposición de archivo consentido; en etapa intermedia, un sobreseimiento firme; y en etapa de juicio oral, una sentencia absolutoria firme. Para el destacado jurista peruano, tal interpretación no obedece a una mera opinión personal, sino que esta se deduce de la lectura del artículo 139° de la Constitución:

El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso. Toda persona será informada inmediatamente y por escrito de la causa o las razones de su detención. Tiene derecho a comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorada por éste desde que es citada o detenida por cualquier autoridad. (inciso 14)

De modo que, el texto constitucional no exige la existencia de una imputación formal, sino únicamente que una persona determinada sea citada o detenida por la autoridad.

Tal apreciación, ha sido respaldada por Caro Coria (2006), para quien el funcionamiento del derecho defensa no impone que se haya instaurado un proceso penal formal, pues es efectiva con la mera imputación de la comisión de un ilícito criminal por alguna de las autoridades encargadas de la persecución penal; de ahí que a toda persona contra la cual se dirija una imputación directa o no, adquiere la calidad de imputado y le asiste el derecho de defensa desde el preciso instante en que esta le es atribuida.

Sobre la base de los argumentos antes expuestos, y en relación a las preguntas formuladas, podemos afirmar que: i) no es necesario que exista una disposición fiscal de por medio para adquirir la calidad de imputado, pues para esta solo es necesaria la existencia de una imputación

por parte de los órganos de persecución penal y ii) el *“imputado en la sombra”*, pese a la denominación metafórica, es un verdadero imputado que está siendo objeto de una vulneración clandestina a sus garantías constitucionales, por lo que tiene amplia facultad para poner en ejercicio los mecanismos necesarios en pos de salvaguardar sus derechos.

4. ¿Cómo identificar una imputación indirecta y cómo actuar ante una?

El despliegue actos de investigación por parte del Ministerio Público dirigidos frontalmente a determinar una posible responsabilidad penal en una persona constituyen, de manera indirecta e informal, una imputación; asistiéndole al ciudadano sometido a estos actos todas las garantías que nuestro estado constitucional de derecho y las normas convencionales reconocen. Formas típicas en las que puede ser colegida razonablemente una imputación indirecta del Ministerio Público, en muchas ocasiones, tienen que ver con el tipo de delito que se investiga y con la sindicación de la parte agraviada o lo que pueda extraerse de los primeros recaudos preliminares. Puede ser común que este tipo de prácticas se detecten en fiscalías especializadas por la complejidad de los delitos investigados y la trascendencia de los bienes jurídicos en juego. Verbigracia, si una Fiscalía Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios apertura investigación por el delito de colusión y los hechos tuvieron lugar en una contratación pública por parte de una Municipalidad, pese a iniciar la investigación contra los que resulten responsables, lógicamente se tiene una imputación indirecta contra los funcionarios que formaron parte del comité de selección, pues quién más que ellos pudieron haber infringido el deber configurador del tipo.

Sin embargo, es posible que este tipo de actos se presenten también en una investigación de delitos de dominio. Podríamos citar el caso de una investigación por el presunto delito de violación con la agravante de estado de inconciencia, en la que la víctima refiera que el día de los hechos se encontraba libando licor en un espacio cerrado con tres personas en concreto, señalando además que sospecha que cualquiera de ellas pueda haber consumado el acto; como es lógico, existe una imputación indirecta en contra de tales personas y aun cuando sean citadas a declarar en calidad de testigos, debe entenderse que se han formulado cargos en su contra. Si hablamos de un delito de fraude en la administración de las personas jurídicas en agravio de una comunidad campesina, que ha tenido lugar en un periodo determinado en el que ejerció funciones una junta directiva, consecuentemente solo pueden ser sujetos activos los representantes de la persona jurídica, es decir, los integrantes de la junta directiva.

En un primer escenario, y estando en curso la investigación, lo primero que habilitaría una defensa efectiva del imputado serían copias de la capeta fiscal, las mismas que en base a lo normado en el artículo 324° del Código Procesal Penal, le van a ser negadas, pues el carácter

reservado de la investigación impone que solo las partes tengan acceso a su contenido; y el Ministerio Público en el entendido que aún no existe una incorporación formal a la investigación, rechazara la solicitud. Así también, el imputado no será enterado de la programación de declaraciones, diligencias de constatación o periciales, quedando imposibilitado de participar en las mismas.

Respecto las fuentes de prueba periciales, Moreno Nieves (2023a) ha postulado, en base a un estudio jurisprudencial y normativo, que existe la posibilidad de excluir dictámenes periciales en los que no hubiera podido participar activamente la defensa. Citando a lo resuelto por la Corte Superior Nacional, el autor indica que el perito designado por una de las partes desempeña un papel de protección de los intereses de esa parte, en palabras de San Martín es un auxiliar suyo, que por el lado técnico actúa como verdadero defensor; de ahí que para la realización de dictámenes periciales ordenados por el Ministerio Público, deba establecerse con anticipación el día y hora en que el perito oficial realizará labores, con el objetivo que el perito de parte pueda tener una participación activa en la diligencia programada, presenciando las operaciones del perito oficial, haciendo las observaciones que considere pertinentes y dejando las constancias correspondientes, pudiendo presentar su informe de parte de no estar de acuerdo con las conclusiones de la pericia oficial.

En tal contexto, el imputado puede recurrir al juez de garantías, a fin de solicitar se ordene al fiscal la entrega de copias de la carpeta y posteriormente la exclusión de las fuentes de prueba producidas en vulneración de su derecho de defensa. Desde mi opinión, el juez no podrá declarar improcedente la solicitud de tutela y deberá convocar a audiencia, así como solicitar la carpeta fiscal a titular de la investigación, a fin de poder valorar la solicitud presentada.

Un segundo escenario se podría presentar cuando el imputado es incorporado y en un corto lapso; tratándose de diligencias preliminares, se formula requerimiento de acusación directa, o en una investigación preparatoria formalizada, esta es concluida; técnicamente, nos encontraríamos en etapa intermedia, estadio procesal en el que ya no puede invocarse la protección de la tutela. Sin embargo, y como se ha acotado anteriormente, es viable una tutela de derechos en etapa intermedia, siempre que se presentes circunstancias particulares, como las que hemos descrito. Pues aquella sí representa una verdadera situación de indefensión para el imputado, ya que no solo se le ha investigado sin darle opción a contradecir los cargos u ofrecer oportunamente los elementos de convicción que respalden su defensa; sino que ahora se le está cerrando toda posibilidad de formular pretensión alguna. En estas situaciones, se puede instar una tutela de derechos y solicitar se declare la nulidad de los actos emitidos por el Ministerio Público, ya sea la disposición de formalización o acusación directa, a fin que se otorgue un plazo idóneo al imputado para conocer los cargos que se le imputan, ejercer su defensa y postular los actos de investigación que considere apropiados.

En síntesis, ya sea antes o después de ser incorporado, el “imputado en la sombra” podrá recurrir al juez, vía tutela, en busca de una medida protectora que declare la nulidad de las actuaciones fiscales lesivas y la exclusión de las fuentes de prueba producidas en vulneración de su derecho de defensa.

Es imperativo precisar que, cada caso debe ser analizado meticulosamente, pues conforme lo ha indicado el Tribunal Constitucional del Perú (2021), la falta de acceso a los recursos legales de defensa no siempre resulta en un estado de indefensión que viole el contenido protegido constitucionalmente del derecho de defensa. Sin embargo, esta situación adquiere relevancia constitucional cuando se origina debido a una actuación indebida y arbitraria por parte del órgano encargado de investigar o juzgar al sujeto. En consonancia con ello, aun cuando se tratare de un imputado formalmente incorporado al proceso, no podrá conocer del contenido de ciertas actuaciones si se ha decretado de forma motivada el secreto de la investigación, pues la restricción a la información solo está circunscrita a un periodo determinado, y al culminar de dicho lapso, luego de cumplido el objetivo de la medida se correrá traslado al imputado para que exponga lo que a su derecho convenga. Debe quedar claro entonces que la práctica aquí expuesta se circunscribe a una actuación injustificada, que provenga probablemente del desconocimiento de las estrategias investigativas legítimas de las que puede hacer uso el titular de la acción penal para alcanzar los objetivos de la investigación y asegurar el éxito de la misma.

Conclusiones

Nuestro sistema procesal penal debe ser coherente con el modelo de Estado Constitucional de Derecho adoptado por nuestro ordenamiento jurídico; lo que exige que los órganos de persecución penal realicen sus actuaciones respetando las garantías fundamentales de las partes procesales; no pudiendo, en el caso del Ministerio Público, ejercer estrategias de investigación que coloquen al imputado en un estado de indefensión. De ahí que el “*imputado en la sombra*” no sea una estrategia de investigación, sino una mala práctica del Ministerio Público y probablemente un rezago del sistema inquisitivo; que vulnera el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva del imputado, en específico, su derecho al acceso a la justicia y lo somete a un estado de indefensión premeditado e inconstitucional.

La tutela de derechos, constituye un mecanismo del que puede servirse el imputado y las demás partes procesales para acudir al juez de la investigación preparatoria cuando una actuación de los órganos de persecución penal ha vulnerado sus derechos constitucionales. De declararse fundada la solicitud, el juez establecerá el cumplimiento de medidas de subsanación, corrección o protección, de acuerdo al caso en concreto.

El “imputado en la sombra” que descubra la vulneración oculta no necesita esperar a ser incorporado formalmente al proceso para recurrir al juez de la investigación preparatoria vía tutela de derechos; pues la condición de imputado se adquiere con la sola existencia de una imputación, directa, indirecta, formal o informal; de ahí que este tenga plena legitimidad para instar una tutela.

El tipo penal investigado y las sindicaciones de la víctima o denunciante, pueden ser un gran referente al momento de advertir una imputación indirecta, pues aun cuando el Ministerio Público no dirija una imputación formal contra una persona por medio de una disposición, el despliegue actos de investigación destinados a corroborar su participación en los hechos constitutivos del delito, nos permiten afirmar la existencia de una atribución de cargos; lo que impone al titular de la acción penal la obligación conducir sus actuaciones con el respeto de todas las garantías constitucionales que le asisten a toda persona sometida a un proceso penal.

Recomendaciones

Recomiendo analizar escrupulosamente cada caso en concreto, pues existirán circunstancias en las que la aplicación de la teoría de la ponderación nos hará inclinarnos a asegurar el fin del proceso, lo que no significará dejar en total estado de indefensión del imputado, sino simplemente restringir de manera temporal y por un tiempo limitado algunos medios legales de defensa. Para ello, el Ministerio Público deberá servirse de los mecanismos legítimos puestos a su alcance para alcanzar el desarrollo óptimo de la investigación, sin que ello signifique una actuación arbitraria; tal es el caso de la facultad de declarar el secreto de alguna actuación o documento, lo que exige la emisión de una disposición motivada.

En estos casos, aun cuando cite a declarar a aquellos contra quienes subsiste una imputación, debe garantizar su derecho de defensa haciéndoles conocer los cargos que se le atribuyen, quedando en arbitrio del citado declarar o no, pues recordemos que el artículo 163 inciso 2 de la norma procesal, regula la abstención de declaración del testigo en casos en los que de su testimonio pueda surgir su responsabilidad penal.

Una situación similar se presentó con el investigado Julio Atilio Gutiérrez Pebe (caso cuellos blancos del puerto), quien, en el marco de una investigación secreta, fue citado para rendir su declaración, y se le informaron los derechos que aseguraban su defensa. En otras palabras, no fue llamada para dar testimonio sin conocimiento previo de los hechos en cuestión, sino que asistió acompañada de su representación legal y se le recordó su derecho a permanecer en silencio, el cual optó por ejercer (Corte Suprema, 2022, FJ. 7.7). El investigado, posteriormente acudió al juez vía de tutela de derechos solicitando se ordene al fiscal del caso precisar la imputación en su contra

y solicitando se notifique la disposición que decretaba el secreto de la investigación; tal solicitud fue declarada INFUNDADA al no haberse vulnerado su derecho de defensa.

Referencias

- Águila Grados, G. [Tribuna Constitucional] (23 de noviembre de 2020). *Debido proceso, tutela jurisdiccional efectiva y tutela procesal efectiva - TC 197*. [Archivo de video]. YouTube. <https://www.youtube.com/watch?v=jshPgCHXGGM>
- Avellaneda Franco, P. (2007). *Programa Metodológico en el Sistema Penal Acusatorio*. Imprenta Nacional de Colombia.
- Bazán Cerdán, J. (2011). Audiencia de tutela: Fundamentos Jurídicos (Acuerdo Plenario N.º4-2010/CJ-116). *Revista Oficial del Poder Judicial*, 6 (6/7), 69-77. <https://doi.org/10.35292/ropj.v6i6/7.195>
- Caro Coria, D. (2006). Las garantías constitucionales del proceso penal. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 1027–1046. <https://biblioteca.corteidh.or.cr/tablas/R08047-30.pdf>
- Corte Superior de Justicia de la República. (2022). *Casación N.º 1145-2021*. Arequipa, 6 de septiembre. <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2022/10/Casacion-1145-2021-Arequipa-LPDerecho.pdf>
- Corte Suprema de Justicia de la República. (2010). *Acuerdo Plenario N.º 4–2010/CJ–116*. Lima, 16 de noviembre. <https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2018/12/Acuerdo-Plenario-4-2010-CJ-116.pdf>
- Corte Suprema de Justicia de la República. (2012). *Casación N.º 281-2011*. Moquegua, 6 de agosto. https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2019/03/Casaci%C3%B3n-281-2011-Moquegua-Legis.pe_.pdf
- Corte Suprema de Justicia de la República. (2018). *Auto de Apelación A.V. 05-2018- “1.”* Lima, 21 de agosto. https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2018/08/Auto-de-apelaci%C3%B3n-05-2018-1-Legis.pe_.pdf
- Corte Suprema de Justicia de la República. (2022). *Recurso Apelación N.º 10-2022/Suprema*. <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2022/09/Apelacion-10-2022-Suprema-LPDerecho.pdf>
- Escuela del Ministerio Público – Fiscalía de la Nación. (2013). *Guía de Actuación Fiscal en el Código Procesal Penal*. OLCAPA SAC. https://www.mpfj.gob.pe/escuela/contenido/publicaciones/guia_actuacion_fiscal.pdf
- Fiscalía General de la República. (2009). *Plan estratégico de investigación de El Salvador*. Talleres Gráficos UCA.

<https://www.unodc.org/documents/colombia/2013/diciembre/PLAN ESTRATEGICO DE INV ESTIGACION EL Salvador.pdf>

Herrera Llanos, W. (2005). Régimen de la Rama Judicial Colombiana. *Revista de Derecho, Universidad Del Norte*, 23, 341–391.
<https://rcientificas.uninorte.edu.co/index.php/derecho/article/view/2549>

Moreno Nieves, J. (2023a). *Audiencia de tutela de Derechos*. Page & Desing EIRL.

Moreno Nieves, J. (2023b). *Guía de litigación en audiencia de tutela de derechos*. Page & Desing EIRL.

Peña Cabrera, A. (2008). *Manual de Derecho Procesal Penal*. Rodhas.

Primera Sala Penal de Apelación Nacional Permanente Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de la Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada. (2020). *Resolución N.° Cuatro, Exp. 00005-2019-4-5002-JR-PE-02*. Lima, 20 de enero.
<https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2021/09/Expediente-00005-2019-4-LPDerecho.pdf>

San Martín Castro, C. (2020). *Derecho procesal penal lecciones: Conforme el Código Procesal Penal de 2004*. Instituto peruano de criminología y ciencias penales y Centro de altos estudios en Ciencias Jurídicas, políticas y Sociales.

Tribunal Constitucional del Perú. (2004). *Exp. 02028-2004-PHC/TC Arequipa. Caso Margi Eveling Clavo Peralta*. Arequipa, 5 de julio. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/02028-2004-HC.pdf>

Tribunal Constitucional del Perú. (2005). *Exp. 5854-2005-PA/TC Piura. Caso Pedro Lizana Puelles*. Lima, 8 de noviembre. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/05854-2005-AA.pdf>

Tribunal Constitucional del Perú. (2021). *Sentencia 142/2021, Exp. N.°02165-2018-PHC/TC Cajamarca. Caso Solano Rodrigo Chávez*. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2021/02165-2018-HC.pdf>

Verapinto Márquez, O. (2010). La Tutela de Derechos del Imputado en el Nuevo Código Procesal Penal. *Gaceta Penal & Procesal Penal*, 3(5).

Financiación

El presente artículo no cuenta con financiación específica de agencias de financiamiento en los sectores público o privado para su desarrollo y/o publicación.

Conflicto de interés

La autora del artículo declara no tener ningún conflicto de intereses en su realización.

© La autora. Este artículo en acceso abierto es publicado por Chornancap Revista Jurídica del Ilustre Colegio de Abogados de Lambayeque bajo los términos de la Licencia Internacional Creative Commons Attribution 4.0 (CC BY 4.0), que permite copiar y distribuir en cualquier material o formato, asimismo mezclar o transformar para cualquier fin, siempre y cuando sea reconocida la autoría de la creación original, debiéndose mencionar de manera visible y expresa al autor o autores y a la revista.