



DOCTRINA PRÁCTICA

Apuntes acerca del momento de postulación de la medida de impedimento de salida en el proceso penal: ¿en diligencias preliminares o en investigación preparatoria formalizada?

Examen y crítica a lo resuelto en el Acuerdo Plenario N.º 3-2019/CIJ-116

Iván Gómez Carrasco*

Universidad Nacional Mayor de San Marcos

SUMARIO

1. Introducción.—2. Aspectos sustanciales del proceso penal peruano. Una mirada analítica a la etapa de investigación preparatoria.—3. Implicancias de las medidas de coerción en el proceso penal.—4. El impedimento de salida.—5. Posiciones encontradas a nivel jurisdiccional.—6. Conclusiones.—7. Referencias bibliográficas.

RESUMEN:

El autor evalúa el AP N.º 3-2019, que estableció que la medida de impedimento de salida puede solicitarse e imponerse en la etapa de diligencias preliminares. Con ese propósito, analiza: primero, las dos subfases de la investigación preparatoria (diligencias preliminares e investigación preparatoria formalizada), así como el nivel de acreditación de la responsabilidad del imputado en cada una de ellas; segundo, los presupuestos de la medida de impedimento de salida, especialmente, el *fumus comissi delicti* (probabilidad de la responsabilidad del imputado). Así, afirma que el nivel de acreditación de la respon-

ABSTRACT

The author evaluates AP N.º 3-2019, which established that the exit impediment measure can be requested and imposed at the stage of preliminary proceedings. For this purpose, it analyzes: first, the two sub-phases of the preparatory investigation (preliminary proceedings and formalized preparatory investigation), as well as the level of accreditation of the responsibility of the accused in each of them; second, the budgets of the exit impediment measure, especially the *fumus comissi delicti* (probability of the responsibility of the accused). Thus, it affirms that the level of accreditation of the responsibility of

* Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Maestrando en Ciencias Penales en la UNMSM. Asociado al Estudio Angulo Abogados.

sabilidad del investigado que se maneja en diligencias preliminares no es el requerido para imponer la medida de impedimento de salida (medida limitativa de derechos).

Fundamento legal: arts. VII.3 (título preliminar), 253.2, 253.3, 295, 330, 336.1 y 338.4 del nuevo Código Procesal Penal.

Palabras clave: Acuerdo Plenario N.º 3-2019 / Diligencias preliminares / Investigación preparatoria formalizada / Impedimento de salida / Elementos de convicción suficientes / Principio de proporcionalidad.

Recibido: 19-4-21

Aprobado: 20-5-21

Publicado en línea: 1-7-21

the investigated that is handled in preliminary proceedings is not the one required to impose the measure of impediment to exit (a measure that limits rights).

Keywords: Acuerdo Plenario N.º 3-2019 / Preliminary proceedings / Formalized preparatory investigation / Exit impediment / Sufficient elements of conviction / Principle of proportionality

Title: Notes about the moment of application of the measure of impediment to exit in the criminal process: in preliminary proceedings or in formalized preparatory investigation? Review and criticism of what was resolved in Acuerdo Plenario N.º 3-2019/CIJ-116

1. Introducción

Dejando de lado los estragos que viene causando el paso del COVID-19 (lo que no quiere decir que no nos preocupe esta coyuntura), cabe virar la mirada y efectuar una reflexión acerca del impacto producido por otro tipo de “virus”: la criminalidad en nuestro país. Y es que, en los últimos tiempos, nuestra sociedad viene sufriendo los embates de la delincuencia desde todos los niveles, lo que ha generado una tremenda crisis a nivel institucional, más aún con los destapes de sonadísimos casos de corrupción que dimanan desde las más altas esferas de poder.

Estos nefastos sucesos que golpean duramente al sistema provocan en la ciudadanía una entendible indignación que le permite exigir a una parte no “contaminada” de sus autoridades el castigo de los responsables, pues no estamos hablando solamente de un delincuente cualquiera o común (típico estafador,

violador, asesino, etc.), sino también de aquellas personas cualificadas (congresistas, presidentes de la República, magistrados —jueces y fiscales—, alcaldes, ministros, entre otros) que llegan al poder para servirse a sí mismos (o servir a gente de su entorno) y pervierten así la función encomendada.

Este escenario lógicamente ha motivado —como no podría ser de otro modo— el procesamiento de quienes participaron en tales crímenes. Así, muchos de ellos se encuentran incurso en procesos penales, que van desde la investigación hasta la culminación con una sanción penal, traducida en una pena privativa de la libertad, aparejada del pago de una reparación civil en virtud del daño irrogado. De esta forma, se busca atenuar la desaprobación social.

La acción de la justicia no se hace esperar, pues de forma celeré el Ministerio Público y/o la Policía Nacional del Perú (PNP) inician las averiguaciones.

Estas entidades aúnan todas sus fuerzas y esfuerzos con el propósito de lograr una óptima investigación que les permita contar con una sólida teoría del caso, soportada en toda evidencia probatoria.

Sin embargo, las pesquisas no siempre discurren en la absoluta imperturbabilidad, que sería lo ideal. En términos sencillos, muchas veces se advierte un comportamiento malintencionado por parte del imputado (v. g., que se sustraiga del proceso, dificulte la recopilación de las pruebas, que disponga de sus bienes para no responder civilmente, etc.) que pone en peligro la finalidad del proceso.

Al advertir ello, el Ministerio Público —como órgano legitimado— acude ante el juez de investigación preparatoria para solicitar la imposición de una medida de coerción penal y así poder resguardar las indagaciones. Las medidas de coerción están recogidas en el nuevo Código Procesal Penal y son las siguientes: detención preliminar judicial, prisión preventiva (la más “famosa” o la que ha cobrado mayor notoriedad, pues se lleva todos los *flashes* o portadas de la prensa nacional), comparecencia con restricciones, detención domiciliaria, impedimento de salida, etc.

El acogimiento de estas medidas no se efectúa por el simple hecho de estar positivizadas, por el mero arbitrio del juzgador, ni por el clamor social o impacto de los medios de comunicación (aunque en ocasiones es la prensa la que hace “inclinarse la balanza” en el

razonamiento del juez para declarar fundada una medida), sino que estas deben imponerse conforme a los principios constitucionales que informan todo el proceso penal, especialmente en materia cautelar, máxime si se pretende la restricción de derechos fundamentales como la libertad.

He ahí la enorme valía de estos postulados que nuestros operadores de justicia imperativamente deben tener en cuenta tanto al momento de requerir una medida como en el de su evaluación.

Sin embargo, nos hemos percatado de que no se ha venido observando la trascendencia de estos principios rectores, pues, en el quehacer procesal (sobre todo en investigaciones por actos de corrupción), el Ministerio Público ha venido —y viene— recurriendo constantemente al empleo del impedimento de salida para un determinado inculcado. Evidentemente, ese no es el problema, sino la oportunidad procesal en que se viene requiriendo dicha medida: diligencias preliminares.

Es decir, con los primarios actos de investigación que tiene a la mano en esta subetapa de la investigación preparatoria, el fiscal se proyecta a solicitar al juez de garantías la aplicación de la mencionada medida a fin de asegurar la ubicación y/o presencia del imputado en el proceso, ya sea por nueve, dieciocho o treinta y seis meses (art. 272 del nuevo CPP).

Pues bien, es sumamente claro que la demanda y evaluación del impedi-

mento de salida debe efectuarse con arreglo al principio de intervención indiciaria y proporcionalidad. Asimismo, para peticionar esta medida deberá observarse el estadio procesal en el que nos encontramos, dado que, si bien se habla de la investigación preparatoria en general, vemos que esta etapa se divide en dos, en diligencias preliminares e investigación preparatoria propiamente dicha, cuyas naturalezas difieren entre sí.

IMPORTANTE

El acogimiento de las medidas de coerción penal no se efectúa por el simple hecho de estar positivizadas, por el mero arbitrio del juzgador, ni por el clamor social o impacto de los medios de comunicación, sino que estas deben imponerse conforme a los principios constitucionales que informan todo el proceso penal, especialmente en materia cautelar, máxime si se pretende la restricción de derechos fundamentales como la libertad.

Siendo así, nos formulamos las siguientes preguntas: ¿la norma procesal habilita la vía de la coerción penal en diligencias preliminares? ¿Puede restringirse la libertad de un ciudadano con los primeros esbozos que se tienen en esta subetapa? ¿Los elementos de convicción que sustentan la medida tienen tan fuerte peso como para limitar un derecho fundamental como la libertad? ¿Resulta ello proporcional?

Entendemos que la lógica de recurrir a una medida de coerción obedece

a asegurar los fines del proceso; no obstante, el contrapeso a la acometida de la maquinaria estatal (en su búsqueda de lo que realmente ocurrió —la verdad—) son los derechos fundamentales con los que cuenta todo investigado. Por consiguiente, nos encontramos frente a un choque de fuerzas, esto es, la eficacia del proceso versus el respeto a los derechos fundamentales, en concreto, el derecho a la libertad.

Lo anterior quiere decir que, efectivamente, el Estado puede limitar legítimamente un derecho fundamental, pero solo cuando así lo disponga la ley y sobre la base de suficientes elementos objetivos (que arroje la investigación) que permitan, razonablemente, establecer la vinculación entre el potencial requerido y el hecho penalmente relevante que se le atribuye.

Consideramos que esta robustez de datos no se logra en diligencias preliminares, sino con una investigación preparatoria formalizada, en donde recién podemos hablar de una *concreta* imputación a una persona —es decir, el hecho penal que se dice ha cometido, juicio de subsunción a un determinado tipo legal y datos acreditativos que respalden la responsabilidad del imputado—. Y si se trata de constreñir derechos fundamentales, ha de cumplirse con la exigencia de una imputación fuerte.

Es por eso por lo que en el presente artículo se pretende dar una explicación del porqué no resulta atendible solicitar la medida de impedimento de salida en el marco de las diligencias preliminares, sino hasta cuando se está en la investiga-

ción preparatoria formalizada. Si la idea es evitar una actitud tendenciosa que desestabilice el proceso, la respuesta no ha de tener la misma esencia, sino una con arreglo a lo que establece la norma procesal.

Por ello, partiremos abordando el tópico relativo a los aspectos sustanciales que definen nuestro proceso penal peruano a la luz del nuevo CPP, con especial examen en una de sus fases: la etapa de investigación preparatoria y sus dos vertientes con objetivos bien diferenciados.

Luego, nos adentraremos en las implicancias de las medidas de coerción en el proceso penal, esto es, qué se busca con su invocación o utilización, y las armonizaremos con la normatividad adjetiva, teniendo como pautas orientadoras a los preceptos generales que recoge el nuevo CPP.

Seguidamente, analizaremos el impedimento de salida: su definición (apoyándonos en lo que escudriñado por la doctrina nacional), su evolución normativa en nuestro proceso penal (hasta aterrizar en la disposición contenida en el nuevo CPP) y sus presupuestos configuradores.

Posteriormente, nos enfocaremos en el problema del momento procesal de su requerimiento. Primero, expondremos las posiciones antagónicas provenientes de nuestros despachos jurisdiccionales. Segundo, lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la República en el AP N.º 3-2019, que surgió con la idea de

unificar puntos de vista debido a como resolvían las instancias judiciales. Tercero, nuestra postura al respecto.

Finalmente, formularemos nuestras conclusiones de todo lo desarrollado.

2. Aspectos sustanciales del proceso penal peruano. Una mirada analítica a la etapa de investigación preparatoria

La alteración del *statu quo* surge como consecuencia de la conducta de una persona que lesiona o pone en peligro el bien jurídico (espacio de libertad) de su congénere. Acaecida la afectación, el ejercicio del *ius puniendi* del Estado se activa con miras a conseguir su reparación.

Evidentemente, la protección de los bienes jurídicos no se logra de manera automática, sino que se necesita un proceso penal, revestido con todas las garantías tanto para el imputado como para la parte agraviada. Un proceso penal cuya función —aparte de la realización del derecho penal material— es la reparación integral a las víctimas.

Es bien sabido que el proceso penal se adscribe a un diseño constitucional¹,

1 LANDA ARROYO resalta la necesidad de que “el proceso penal se realice siempre dentro del ámbito del marco establecido por la Constitución, vale decir, dentro del respeto de los derechos fundamentales, y no solo a través de las disposiciones infra constitucionales que regulan el proceso penal. El correcto entendimiento de una Constitución convencionalizada así lo exige”. LANDA ARROYO, César, “La constitucionalización del derecho procesal penal: el nuevo Código Procesal Penal

cuyos principios no solo atraviesan — transversalmente— la norma adjetiva, sino que coadyuvan a su redefinición. Estos principios se proyectan en el marco del denominado debido proceso, que engloba un cúmulo de derechos elevados a la categoría de fundamentales procesales (derecho a un juez natural e imparcial, derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas, la presunción de inocencia, derecho irrestricto a la defensa —formal y material—, derecho a poder ofrecer medios probatorios, derecho a recurrir una resolución judicial, etc.) que tiene cualquier persona inculpada para poder hacer frente al aparato estatal, en su intento de hacerle merecedor de una consecuencia jurídico-penal.

En ese estado de cosas, conviene indicar que, si bien nuestro proceso penal ha sido regido por varios sistemas procesales (continúa en vigencia —pero con tendencia a la extinción— el sistema mixto del Código de Procedimientos Penales), el que actualmente lo viene definiendo es el sistema acusatorio (que irradia al nuevo CPP) cuyo rasgo esencial es la delimitación de las funciones de los sujetos intervinientes en el proceso penal.

Los fiscales son los encargados de dirigir la investigación, mientras que los jueces asumen el rol de entes dirimientes (para ir dejando en el olvido al juez instructor, quien aparte de fallar, también

ordenaba la práctica de diligencias). En síntesis, se trata de operadores judiciales con competencias delineadas.

Entonces, la impronta que propone el nuevo CPP se materializa de acuerdo a las tres etapas que esquematizan el denominado *proceso común*: la *investigación preparatoria*, *etapa intermedia* y el *juzgamiento*. Para la presente disquisición, nos detendremos en la investigación preparatoria, a fin de destacar sus particularidades.

De manera general, decimos que la investigación preparatoria es considerada como la primera etapa del proceso. Aquí resalta como protagonista el Ministerio Público, quien, con asistencia de su órgano de apoyo o brazo operativo (la Policía Nacional del Perú, a través de sus distintas direcciones), ni bien toma conocimiento de la *notitia criminis*, ejercita los actos investigativos tendientes a la edificación de una acusación (o sobreseimiento). Motivando el ingreso a la segunda fase (intermedia) y ulteriormente al juzgamiento, donde, desde su teoría del caso, deberá convencer al juez penal (unipersonal o colegiado).

En cierto modo, no se llega de manera instantánea o por el mero transcurrir de la etapa investigativa al estadio de una acusación, sino que en el seno de la investigación se realiza un trabajo acucioso, que consiste en la práctica de varias diligencias que van a abonar a la formación de la tesis fiscal. Por ello, en esta etapa se pueden distinguir dos subetapas con propósitos —metodológi-

peruano en perspectiva”, en *Themis*, n.º 68, Lima: 2015, p. 191. Recuperado de <<https://bit.ly/354Xctx>>.

camente hablando— bien acentuados y diferenciados: las *diligencias preliminares* y la *investigación preparatoria propiamente dicha*.

Las diligencias preliminares se encuentran previstas en el art. 330 y ss. del nuevo CPP. Al respecto, SALAS BETETA indica:

[U]na vez que el fiscal toma conocimiento de la comisión de un hecho que reviste características de delito, inicia los actos de investigación, requiriendo la intervención policial o realizando por sí mismo las diligencias preliminares, con la finalidad inmediata de cumplir con los actos urgentes o inaplazables destinados a determinar si los hechos ocurrieron y su delictuosidad, así como asegurar los elementos materiales de su comisión, individualizar a los involucrados y asegurarlos debidamente. El fiscal puede constituirse inmediatamente en el lugar de los hechos con el personal y los medios especializados para examinar la escena de los hechos e impedir su alteración².

Vale decir, esta subfase parte desde que se conoce el hecho criminal. La pregunta que nos planteamos es la siguiente: ¿contra quién (o quiénes) se inician las diligencias preliminares? La respuesta: depende, puede iniciarse contra una sola persona o contra los que resulten responsables. En este último caso se trata, por ejemplo, de ilícitos que involucrarían a muchas personas que en el camino irán siendo identificadas.

2 SALAS BETETA, Christian, *Trascendencia de las técnicas de litigación oral en el proceso penal. Apreciaciones a partir de la vigencia del Código Procesal Penal de 2004*, Lima: Librería y Ediciones Jurídicas, 2015, p. 37.

¿SABÍA USTED QUE?

Las diligencias se inician en mérito a una sospecha simple. Será, entonces, en el andar de las diligencias, en función de lo que se vaya acopiando (declaraciones, levantamiento y contrastación de información, requerimiento de documentación, pericias, etc.) y en el plazo que marca la norma que el panorama indagador del Ministerio Público deberá ir aclarándose poco a poco y tomando cuerpo.

Ha de resaltarse que las diligencias se inician en mérito a una sospecha simple (acogiendo el nivel de exigencia que propugna la Sentencia Plenaria Casatoria N.º 1-2017)³. Será, entonces, en el andar de las diligencias, en función de lo que se vaya acopiando (declaraciones, levantamiento y contrastación de información, requerimiento de documentación, pericias, etc.) y en el plazo que marca la norma que el panorama indagador del Ministerio Público deberá ir aclarándose poco a poco y tomando cuerpo.

Al término de todo, si esta sospecha (simple) no trasciende o prospera, el titular del ejercicio de la acción penal estará habilitado para disponer la no formalización ni continuación de la investigación preparatoria y ordenar el archivo definitivo. Caso contrario,

3 Vid. I PLENO JURISDICCIONAL CASATORIO DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIAS, *Sentencia Plenaria Casatoria N.º 1-2017/ CIJ-433*, Lima: 11 de octubre del 2017, f. j. n.º 23.

si, luego de culminadas las diligencias preliminares, el fiscal nota *la existencia de indicios relevadores de un delito*, que la acción penal no ha prescrito, *que se ha individualizado al imputado* y que, si fuera el caso, se han satisfecho los requisitos de procedibilidad, dispondrá la formalización y continuación de la investigación preparatoria, conforme se encuentra regulada en el art. 336.1 del nuevo CPP.

En ese momento se ingresa a la subetapa de investigación preparatoria propiamente dicha (o investigación preparatoria formalizada).

Sobre la finalidad de esta fase, ORÉ GUARDIA señala:

[P]ermite a los intervinientes prepararse para el juicio. Así, esta etapa tiene por finalidad reunir los elementos de convicción, de cargo y descargo, que permitan al fiscal decidir si formula o no acusación y, en su caso, al imputado preparar su defensa; asimismo, busca determinar si la conducta inculpada es delictuosa, las circunstancias o móviles de su perpetración, la identidad del autor o partícipe y de la víctima, así como la existencia del daño causado⁴.

En esta instancia de la actividad del Ministerio Público, la investigación adquiere firmeza, una sustantividad propia; la teoría del caso tiene un norte por donde discurrir. A pesar de ello,

se continuará con la labor recolectora —también en el plazo que preceptúa el estatuto procesal— de elementos de convicción de cargo y de descargo que le permitan al fiscal decidir si formula acusación o no.

Por el lado de la defensa técnica del imputado, tendrá la posibilidad de cuestionar la sindicación, los elementos de cargo que lo inculpan, mediante la presentación de sus propios medios de prueba (solicitando la práctica de alguna pericia, la recepción de un testimonio, etc.) a fin de que el fiscal los valore al momento de resolver.

Debe quedar absolutamente claro que la investigación preparatoria formalizada gira en torno a una *sospecha reveladora* de la comisión de un delito (siguiendo el razonamiento expuesto por nuestros jueces supremos en la Sentencia Plenaria Casatoria N.º 1-2017)⁵.

Como puede observarse, en el programa que nos ofrece el nuevo CPP, la investigación preparatoria está fragmentada en estas dos subfases con características muy particulares. Asimismo, el paso de una a otra está sujeto al nivel de exigencia que va erigiéndose conforme vayan avanzando las indagaciones, porque puede que de las diligencias preliminares no se logre individualizar

4 ORÉ GUARDIA, Arsenio, “El Ministerio Fiscal, director de la investigación en el nuevo Código Procesal Penal peruano”, p. 11, citado por Christian SALAS BETETA, *El proceso penal común*, Lima: Gaceta Jurídica, 2011, pp. 200 y 201.

5 *Vid.* I PLENO JURISDICCIONAL CASATORIO DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIAS, *Sentencia Plenaria Casatoria N.º 1-2017/CIJ-433*, Lima: 11 de octubre del 2017, f. j. n.º 23.

al involucrado o que los hechos no presenten rasgos de delictuosidad.

Así pues, estando dentro de ese ámbito investigativo, que de por sí nos enmarca en un proceso penal contra una persona, puede ocurrir que se presenten actos de perturbación o entorpecimiento de la investigación efectuados por el propio indiciado; por ejemplo, que se sustraiga de la acción de la justicia, que trate de ocultar alguna prueba o dificulte su consecución, que amenace a algún testigo, etc. Por ello, nos asaltan las siguientes interrogantes: ¿existen mecanismos que cauteleen dicho acto perturbador?, ¿el proceso penal en sí cuenta con medidas neutralizadoras de tales comportamientos? Sí.

3. Implicancias de las medidas de coerción en el proceso penal

El proceso penal tiene por finalidad obtener la declaración de certeza judicial, es decir, que el juez esté convencido de que lo expuesto en el proceso sea cierto y, con base en ello, decida aplicar o no la ley penal sustantiva. Para lograr este cometido, el Estado despliega, a través de sus órganos respectivos, la más importante actividad procesal: la actividad probatoria. Sin embargo, a veces esta se ve obstaculizada por una serie de actos del imputado o de terceros, que, por rehuir el juicio o distorsionar a su favor la actividad probatoria, atentan contra los fines del proceso⁶. Estos

actos embarazosos en el proceso incitan la aparición de las medidas cautelares.

Acerca de esto último, GÁLVEZ VILLEGAS afirma:

La figura de las medidas cautelares como instrumento procesal cobra importancia durante el trámite del proceso penal, ya que estas permiten restringir el ejercicio de los derechos personales o patrimoniales del imputado o tercero civilmente responsable a fin de evitar los riesgos de obstaculización del proceso, así como el riesgo de la realización de maniobras fraudulentas orientadas a disponer del patrimonio del obligado o a ocultar los efectos y ganancias del delito. Esto es, buscan asegurar el *efectivo cumplimiento* de la sentencia; o, dicho de otro modo, están orientadas a garantizar la expedición y cumplimiento de la sentencia judicial⁷.

Ya nuestro máximo intérprete de la Constitución, en varias jurisprudencias, se ha pronunciado sobre el carácter de toda medida de cautelar:

[E]n el caso de las disposiciones que restringen la libertad del imputado como medida cautelar, existen dos intereses que deben ser cautelados por el Estado; esto es, a) la garantía a un proceso penal eficiente que permita la sujeción al proceso penal de la persona a quien se imputa un delito, y b) la garantía a la protección de los derechos fundamentales del imputado. Estos intereses, aparentemente contrapuestos, deben lograr un verdadero equilibrio a fin de no

vas, 1999, p. 323.

7 GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino, *La reparación civil en el proceso penal. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Lima: Instituto Pacífico, 2016, p. 424.

6 ORÉ GUARDIA, Arsenio, *Manual de derecho procesal penal*, 2.^a ed., Lima: Alternati-

menoscabar la protección de uno frente al otro, siendo la regla general la libertad⁸.

Como podrá notarse, para que llegar hasta la expedición de una sentencia judicial (la aplicación del derecho penal material por parte del órgano jurisdiccional o la declaratoria de responsabilidad penal de una persona), el proceso no ha debido tener complicaciones o padecer de vaivenes. Sin embargo, en la práctica, como dicen los destacados juristas peruanos, se presentan estas maniobras fraudulentas que buscan dificultar que el proceso cumpla sus designios.

En cuanto a la transformación procesal de las medidas de coerción en nuestro país, GUERRERO SÁNCHEZ apunta:

[E]ste proceso de reforma no solo apunta al mejoramiento de las instituciones estatales para enfrentar con mayor eficiencia el conflicto penal, sino también a la implantación de una mayor racionalidad en la intervención penal, al tomar en cuenta el respeto irrestricto a los derechos fundamentales de los sujetos procesales, con lo que hace palmaria la relación existente entre la Constitución y el sistema penal. Ello en tanto el respeto de los derechos fundamentales fijados por la Constitución Política en el ámbito del proceso penal sirve como baremo para establecer el carácter liberal o autoritario de un Estado⁹.

Para ello, el nuevo CPP, en su sección III, preceptúa las llamadas “medidas coerción”, que pueden ser de naturaleza personal o real. Mediante las primeras, se restringe la libertad, en tanto que a través de las segundas se restringen derechos patrimoniales. Estamos, entonces, ante la injerencia del Estado en los derechos fundamentales de las personas, los cuales están consagrados en la Constitución Política del Estado, así como en los tratados internacionales relativos a derechos humanos, que también forman parte de nuestro derecho nacional.

Dicho de otra forma, si de lo que se trata es contrarrestar o poner un freno temporal a la forma de proceder del imputado que afronta un proceso, se ha de acudir a estos mecanismos, pero se debe cumplir con las condiciones que la ley establece para que su empleo no se torne arbitrario o tirano.

En esa línea, la teoría cautelar aplicable a todo tipo de proceso (con pretensión civil, penal, laboral, etc.) está informada de principios que emergen de la misma Carta Fundamental y que también se encuentran recogidos en el nuevo CPP, empezando desde el art. VI de su título preliminar, que señala:

Las medidas que limitan derechos fundamentales, salvo las excepciones previstas en la Constitución, solo podrán dictarse por la autoridad judicial, en el modo, forma y con las garantías previstas por la ley. Se impondrán mediante resolución motivada, a instancia de la parte procesal legitimada. La orden judicial debe sustentarse en suficientes elementos de convicción, en

8 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 0731-2004-HC/TC*, Lima: 16 de abril del 2004, f. j. n.º 4. Recuperado de <<https://bit.ly/2TnnK6o>>.

9 GUERRERO SÁNCHEZ, Alex Ricardo, *Detención, comparecencia y arresto domiciliario en el nuevo Código Procesal Penal*, Lima: Gaceta Jurídica, 2013, p. 12.

atención a la naturaleza y finalidad de la medida y al derecho fundamental objeto de limitación, así como *respetar el principio de proporcionalidad*.

IMPORTANTE

Tanto los elementos de convicción como el principio de proporcionalidad constituyen aspectos medulares a la hora de evaluar la imposición de una medida coercitiva (sea personal o real) contra un imputado (art. 253.2 del nuevo CPP). Porque, si solicito una medida “X”, gravosa a la libertad del imputado, debo contar con suficientes elementos de convicción y, por supuesto, dicha medida ha de ser proporcional.

De la glosa de este artículo podemos subrayar que toda incidencia en los derechos fundamentales del imputado ha de interpretarse en clave constitucional. En otras palabras, es la ley la que crea la medida limitativa que es dictada por la autoridad judicial a través de una resolución fundamentada. Además, la imposición de la medida ha de estar *sustentada en suficientes elementos de convicción* y ha de hacerse con respeto al *principio de proporcionalidad*.

Consideramos que tanto los elementos de convicción (preferiríamos llamarlos elementos de prueba) como el principio de proporcionalidad constituyen aspectos medulares a la hora de evaluar la imposición de una medida coercitiva (sea personal o real) contra un imputado, tal y como lo establece el art. 253.2 del nuevo CPP. Porque, si solicito una medida “X”,

gravosa a la libertad del imputado, debo contar con suficientes elementos de convicción y, por supuesto, dicha medida ha de ser proporcional.

Las medidas de coerción de carácter personal que regula el nuevo CPP son los siguientes: la detención, prisión preventiva, la comparecencia (simple y restrictiva), la internación preventiva, el impedimento de salida y la suspensión preventiva de derechos. Y la que será objeto de análisis en el presente trabajo, el impedimento de salida.

4. El impedimento de salida

4.1. Definición

Para SÁNCHEZ VELARDE, el impedimento de salida es “aquella medida dispuesta por el órgano jurisdiccional, que contiene la afectación de derechos o libertades personales sin llegar a constituir una privación de libertad de manera efectiva en sede penal”¹⁰. Por su parte, CUBAS VILLANUEVA indica:

En virtud de esta medida se restringe el derecho constitucional a la libertad de tránsito, en consecuencia, a una persona se le puede impedir salir del territorio nacional o de la localidad donde vive sin previo aviso y autorización del juzgado; se adopta esta medida cuando durante la investigación resulta indispensable para la indagación de la verdad, puede aplicarse tanto al imputado como a un testigo importante¹¹.

10 SÁNCHEZ VELARDE, Pablo, citado por Roberto CÁCERES JULCA, *Las medidas cautelares en el nuevo Código Procesal Penal*, Lima: Jurista Editores, 2009, p. 131.

11 CUBAS VILLANUEVA, Víctor, *El nuevo proceso*

Por nuestra parte, la podemos definir como aquella medida de coerción de carácter personal que a requerimiento del Ministerio Público es impuesta por el juez de investigación preparatoria (por un plazo concreto) a un investigado sobre la base de fundados y necesarios elementos de convicción que lo relacionen con el hecho punible y que, debido a ello, hagan presumir que tratará de eludir la acción de la justicia.

De tal forma, con su aplicación, se afecta la libertad de circulación del imputado o la de un testigo catalogado por el código como “importante”¹². Con relación a este último, cabe precisar que su restricción obedece a la información que maneje y/o conozca y a su relevancia en la dilucidación de lo que es objeto de investigación.

4.2. Marco normativo

La medida de impedimento de salida es una institución que no se desprende, propiamente, del Código de Procedimiento Penales de 1940 (CdePP), sino que ve luz propia en diciembre del 2000, cuando se publicó la

penal peruano. Teoría y práctica de su implementación, Lima: Palestra, 2009, p. 401.

- 12 Término cuya inserción por el legislador, para nosotros, resulta poco feliz, por lo siguiente: si partimos de la premisa de que el eje central de todo proceso es la prueba, siendo el testigo un órgano de prueba, su utilización resulta trascendental *per se* en la acreditación de una determinada proposición fáctica. Claro está que su práctica (en forma de testimonio) va en función de lo que se pretenda probar, ya sea desde el ángulo de la parte acusadora o de la defensa técnica.

Ley N.º 27379 (Ley de Procedimiento para Adoptar Medidas Excepcionales de Limitación de Derechos en Investigaciones Preliminares), que la ubicaba en el art. 2.2¹³. Esta ley rotulaba como *medida limitativa de derechos* al impedimento de salida, a diferencia del nuevo CPP, que la clasifica como *medida de coerción procesal*. Además, la aplicación de la medida se acordaba siempre y cuando no fuera necesaria ni proporcional una limitación de la libertad más intensa. Esto último hace alusión a la *detención provisional*. Por consiguiente, diríamos que estamos ante una medida que, en cuanto a intensidad se refiere, está detrás de la norma que hoy se conoce como prisión preventiva. La norma ya la consideraba así.

Con el nuevo CPP, las medidas coercitivas encuentran su taxonomía, su

13 Artículo 2.- Medidas limitativas de derechos
El fiscal provincial, en casos de estricta necesidad y urgencia, podrá solicitar al juez penal las siguientes medidas limitativas de derechos. [...]

2. *Impedimento de salida del país o de la localidad en donde domicilia el investigado o del lugar que se le fije.* Esta medida se acordará, cuando resulte indispensable para la indagación de la verdad y *no sea necesaria ni proporcional una limitación de la libertad más intensa.* Esta medida puede acumularse a la de detención, así como a la de comparencia con restricciones señaladas en el artículo 143 del Código Procesal Penal. No durará más de quince días y, excepcionalmente, podrá prorrogarse por un plazo igual previo requerimiento fundamentado del fiscal y resolución motivada del juez penal.

Esta medida puede incluir a un testigo considerado importante, la misma que se levantará una vez que haya prestado declaración. [La cursiva es nuestra].

identificación. El impedimento de salida es regulado en el art. 295:

1. Cuando durante la investigación de un delito sancionado con pena privativa de libertad mayor de tres años resulte indispensable para la indagación de la verdad, el fiscal podrá solicitar al juez expida contra el imputado orden de impedimento de salida del país o de la localidad donde domicilia o del lugar que se le fije. Igual petición puede formular respecto del que es considerado testigo importante.
2. El requerimiento será fundamentado y precisará el nombre completo y demás datos necesarios de la persona afectada, e indicará la duración de la medida.

En el art. 296 del nuevo CPP se establece la garantía de la motivación que debe contener la resolución judicial que dicte el juez de garantías. Además, el plazo que debe durar la medida (nueve, dieciocho y treinta y seis meses) tanto para los imputados como para los testigos (importantes); la prolongación (para imputados que se encuentren en los supuestos previstos en el art. 274 del nuevo CPP). Por último, el medio recursal que activará el afectado.

4.3. Presupuestos constitutivos

De la lectura del art. 295 del nuevo CPP, arriba transcrito, se puede reparar en que se regularía solamente el presupuesto de la prognosis de la pena. No se hace alusión a los elementos de convicción suficientes o al peligro procesal (específicamente, al peligro de fuga), a diferencia, por ejemplo, del art. 268 del nuevo CPP (que regula los requisitos

de la prisión preventiva); sin embargo, ello no supone que tales requisitos no se encuentren prescritos para el caso del impedimento de salida. Debemos remitirnos al art. 253 del nuevo CPP, cuyo inc. 2 alude a *la existencia suficiente de elementos de convicción* como exigencia para la restricción de un derecho fundamental. Asimismo, el inc. 3 de ese mismo artículo nos dice que se restringe un derecho fundamental para *prevenir los riesgos de fuga*.

Esto quiere decir que para sustentar un impedimento de salida (del país o de la localidad donde domicilia o del lugar que se le fije) se necesita de elementos de convicción que respalden la vinculación del imputado con el delito y el riesgo de una eventual sustracción de la justicia.

Es por esa razón que es menester explicar los presupuestos que informan el impedimento de salida, con especial incidencia en el *fumus comissi delicti*, el *periculum in mora* y la proporcionalidad.

4.3.1. *Fumus comissi delicti*

Este es uno de los requisitos que gobiernan a toda la medida cautelar en el proceso penal. Es también llamada la apariencia de la comisión de delito. ARMENTA DEU la define del siguiente modo:

Es un juicio de probabilidad —o de verosimilitud—, de carácter objetivo (o apariencia probable de legitimidad), que se funda en los actos de investigación sobre la responsabilidad penal y civil del imputado u otro sobre quien recae la medida —indicio procedimental o principio de prueba

de que la pretensión coercitiva se encuentra aparentemente bien fundada en derecho— y que deben ser evaluados prudentemente por el juez¹⁴.

Sobre este juicio de probabilidad en la medida de impedimento de salida, DEL RÍO LABARTHE expone:

El art. 295 del nuevo CPP no describe una imputación formal específica, es decir, no exige un pronóstico vinculado a la probable responsabilidad penal del imputado —en calidad de autor o partícipe— en los hechos que se le imputan. Lo que podría suponer que es suficiente con la imputación formal que exige el nuevo CPP para la formalización de la investigación preparatoria. Sin embargo, siendo una medida superior intensidad a la comparecencia restringida, exige por lo menos la probabilidad de una condena, en aplicación del principio de proporcionalidad¹⁵.

Cabe poner de relieve dos aspectos de lo sostenido por el citado jurista. El primero, para solicitar la medida de impedimento de salida necesariamente ha de existir una *imputación formal*, que se deriva de la construcción fáctica, jurídica y probatoria que compone la disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria. Insumo que servirá para el requerimiento, cuyos elementos de convicción establecerán la probabilidad de responsabilidad penal.

14 ARMENTA DEU, Teresa, citada por César SAN MARTÍN CASTRO, *Derecho procesal penal. Lecciones*, Lima: INPECCP-Cenales, 2015, p. 441.

15 DEL RÍO LABARTHE, Gonzalo, *Prisión preventiva y medidas alternativas*, Lima: Instituto Pacífico, 2016, p. 467.

IMPORTANTE

El impedimento de salida es aquella medida de coerción de carácter personal que a requerimiento del Ministerio Público es impuesta por el juez de investigación preparatoria sobre la base de fundados y necesarios elementos de convicción que relacionen a un investigado con el hecho punible y que, debido a ello, permitan deducir que tratará de eludir la acción de la justicia.

El segundo aspecto es que estamos ante una medida que es superior (en intensidad) a la comparecencia con restricciones, lo que implica la alta probabilidad de que el imputado sea merecedor de una condena; claro está, en observancia del principio de proporcionalidad.

4.3.2. *Periculum in mora*

En cuanto a este requisito, PUJADAS TORTOSA apunta lo siguiente:

“El tiempo de duración del proceso, puede constituir una ocasión propicia para que la parte pasiva del proceso realice actuaciones” que afecten al proceso y a la sentencia, es por ello que se adoptan las medidas cautelares, entonces el *periculum in mora* o daño jurídico derivado del retardo del procedimiento o de la mora procesal, está en función de aquellos riesgos del proceso que pretenden evitarse.

Este peligro se refiere al riesgo de frustración que es la “eventual ausencia de un requisito sustantivo del proceso,

cuya realidad, ya no eventual[idad], comporta la imposibilidad de proseguir dicho proceso y realizar su fin, pese a la vigencia de los principios de legalidad y necesidad”. En tanto que peligrosidad procesal es “aquella aptitud y actitud del sujeto pasivo para materializar un riesgo de frustración”, mediante el acceso o alteración de los elementos esenciales de la resolución penal¹⁶.

En tal sentido, si revisamos el tenor del art. 295 del nuevo CPP, no se hace alusión expresa a un peligro de procesal, sea como peligro de fuga u obstaculización de la actividad probatoria, sino que se recurre al impedimento de salida cuando “resulte indispensable para la indagación de la verdad”.

Si esto es así, es evidente que, en aras de la indagación de la verdad, resulta importante prevenir cualquier acto que suponga una desatención del indagado con relación a lo que se está investigando. En otros términos, bloquear la potencialidad de fuga.

4.3.3. Principio de proporcionalidad

En cuanto de los alcances del principio de proporcionalidad, PUJADAS TORTOSA señala:

Se trata, en definitiva, de un plus, una exigencia añadida a la[s] que por sí suponen la necesidad de observar un motivo

(que son los presupuestos materiales) y un fin para toda actuación estatal. Exigencia distinta al propio motivo o fin, pero que se nutre de ellos (de su determinación, mejor) para, procurar y evaluar la racionalidad de la actuación estatal. Racionalidad que, a su vez, puede equipararse a la ya aludida prohibición de exceso en el ejercicio del poder¹⁷.

Ubicado en el art. 200 de la Carta Magna, este es un principio basilar de toda medida de coerción. No está dirigido solamente al juzgador cuando va a resolver, sino también a la parte legitimada, el Ministerio Público (representante del Estado en línea de ejercicio de su poder), quien, al momento de motivar su requerimiento, deberá ponderar si la medida de impedimento de salida para el caso sometido a su investigación es idónea, necesaria y proporcional (propiamente dicha). De modo que resulta ineludible el cumplimiento de los presupuestos constitutivos de toda medida coercitiva. Así lo exige la norma procesal, armonizada con la Constitución Política del Estado.

Además, una característica de estos requisitos es que no son excluyentes: no saciando el primero, no viene el caso proseguir con el siguiente y así sucesivamente. Por ejemplo, para sustentar el impedimento de salida, el requerimiento debe estar soportado en elementos de

16 PUJADAS TORTOSA, Virginia, *Teoría general de las medidas cautelares penales*, pp. 109-118, citada por José Antonio NEYRA FLORES, *Manual del nuevo proceso penal y de litigación oral*, Lima: Idemsa, 2010, p. 495.

17 PUJADAS TORTOSA, Virginia, *Para una teoría general de las medidas cautelares penales*, tesis para optar el grado académico de doctor en Derecho, Girona: Universidad de Girona, 2007, pp. 307 y 308. Recuperado de <<https://bit.ly/3giv5MA>>.

convicción que impliquen la probable responsabilidad del inculpado, de no ser así, la medida debe ser rechazada de plano.

¿SABÍA USTED QUE?

El impedimento de salida se encuentra regulado en el art. 295 del nuevo CPP. Si bien este artículo solo prevé como presupuesto la prognosis de la pena, de la remisión a lo preceptuado en el art. 253 (incs. 2 y 3) se desprende que para su imposición ha de evaluarse el *fumus commissi delicti* y el *periculum in mora*.

5. Momento procesal para la postulación del impedimento de salida

Hasta antes de la emisión del AP N.º 3-2019 existían interpretaciones disímiles de nuestro sistema judicial en cuanto al momento procesal para la postulación —ante el juez de investigación preparatoria— del impedimento de salida.

Por un lado, una facción de nuestros magistrados decía en sus resoluciones que la medida podía ser solicitada en diligencias preliminares. Por el otro, que había de ser requerida cuando la investigación preparatoria se encontrara formalizada. En las siguientes líneas apreciaremos los argumentos de ambas posiciones sobre la base de dos casos concretos que fueron objeto de dilucidación.

5.1. Posiciones encontradas a nivel jurisdiccional

5.1.1. Postura a favor: el impedimento de salida puede peticionarse en diligencias preliminares

El Auto de Vista N.º 08-2018-1 Lima, expedido por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de la República el 30 de julio del 2018, resolvió el recurso de apelación de un exintegrante del extinto Consejo Nacional de la Magistratura (CNM) contra el auto que declaró fundado el impedimento de salida del país.

En este auto, se abordó como tópico la necesidad de la formalización de la investigación preparatoria como presupuesto para la expedición de un impedimento de salida. La decisión de la Sala fue que puede requerirse en diligencias preliminares.

El argumento que expone el *ad quem* se soporta en dos criterios. El primero parte de la evaluación de los incs. 2 y 5 del art. 296 del nuevo CPP. La Sala indica que, si el impedimento de salida puede ser impuesto a un testigo y si contra este no es necesaria la disposición de formalización, sería incoherente que para los casos en los que se requiera dictar el impedimento de salida se deba formalizar la investigación.

El segundo criterio estriba en la finalidad perseguida por las diligencias preliminares (art. 329 del nuevo CPP). La Sala expone que es posible dictar el impedimento de salida en etapa preli-

minar debido al carácter instrumental de esta medida; máxime si cabe la posibilidad de dictarse detención preliminar sin audiencia, medida más gravosa que el impedimento de salida del país¹⁸.

5.1.2. Postura en contra: el impedimento de salida debe solicitarse en la investigación preparatoria formalizada

La Segunda Sala Penal de Apelaciones Nacional (en adición a sus funciones, Sala Penal Especializada en Delitos Aduaneros, Tributarios, de Mercado y Ambientales), en la Resolución de Vista N.º 000299-2017-13-5001-JR-PE-01, de 18 de abril del 2018, declaró fundada la apelación contra el auto que impuso el impedimento de salida.

En este auto, la Sala —de oficio— vuelca su análisis sobre la procedencia de la medida, teniendo como baluarte al principio de legalidad procesal con clara afectación de un derecho fundamental como es la libertad de tránsito. Y como en primera instancia no se debatió este punto, la Sala se abocó a ello.

Así, parte de las consideraciones relativas al derecho a la libertad de tránsito, así como a su amparo constitucional y en los tratados internacionales sobre derechos humanos. Luego, aterriza en la exigencia de formalizar la investiga-

ción para el requerimiento de medidas cautelares.

La Sala inicia su razonamiento invocando el art. 338.4 del nuevo CPP, que prevé la intervención judicial cuando lo requiera el fiscal y establece que para la imposición de medidas coercitivas se deberá formalizar la investigación, “salvo las excepciones previstas en la ley”. Esta excepcionalidad es trabajada por la instancia superior con la finalidad de determinar si el impedimento de salida del país resulta ser una de esas excepciones.

Seguidamente, la Sala determina que los supuestos a los que hace alusión esta excepcionalidad se refieren, por ejemplo, al allanamiento, embargo y ministración provisional de posesión, detención y arresto ciudadano. Agrega que estas medidas se encuentran en un primer momento libre de control judicial. Es decir, pueden ser practicadas por *urgencia* sin la presencia judicial.

Anota la Sala que la excepcionalidad del dictado o decreto de estas medidas en fase de diligencias preliminares se justifica en la medida en que se ajustan al procedimiento determinado por la ley, específicamente, a lo prescrito en el art. VI del título preliminar del nuevo CPP.

Agrega que requerir el impedimento de salida del país sin disponer la formalización de la investigación preparatoria solo debe hacerse de existir una excepción prevista en la ley (principio de legalidad procesal). Y he aquí un aspecto importante, que es la invocación

18 SALA PENAL ESPECIAL (ponente: Sr. juez SEQUEIROS VARGAS), *Auto de Vista N.º 8-2018-1 Lima*, Lima: 30 de julio del 2008, f. j. n.º 2.3. Recuperado de <<https://bit.ly/3xgjt3q>>.

a lo establecido en el art. VII del título preliminar, esto es, la prohibición de interpretación extensiva o analógica mientras no favorezca la libertad del imputado o el ejercicio de sus derechos. Y el impedimento de salida afecta el derecho al libre tránsito.

Concluye señalando que, no habiéndose regulado un tratamiento excepcional para el impedimento de salida, se debe respetar el principio de legalidad procesal, por lo que es requisito para la solicitud del impedimento de salida del país que se haya formalizado la investigación preparatoria.

Esta postura contiene un rigor analítico al interpretar la norma procesal penal de forma sistemática y a la luz de la Constitución Política del Estado.

De cualquier modo, se tenía que fijar los discernimientos de interpretación y aplicación, pues no podía concebirse que, respecto al impedimento de salida, un órgano jurisdiccional resuelva “A” y otro “B”.

5.2. Sobre el Acuerdo Plenario N.º 3-2019/CIJ-116

Con el propósito de uniformizar posiciones —y fijar una pauta orientadora para todas las instancias jurisdiccionales del país—, la Corte Suprema emitió el AP N.º 3-2019, cuyo asunto fue la *procedencia de la medida de impedimento de salida del país en la investigación preliminar*. En las líneas siguientes veremos los argumentos que se esgrimieron.

El aspecto problemático del asunto se encuentra a partir del f. j. n.º 27, que pertenece al acápite 4, titulado “Situación problemática y justificación”.

La Corte Suprema empieza su desarrollo exponiendo las posturas judiciales a las que nos hemos referido en párrafos precedentes. Seguidamente, pasa a evaluar la Res. Adm. N.º 134-2014-CE-PJ (de 23 de abril del 2014), en la que se aprobó el Protocolo de Actuación Conjunta, referido a las medidas limitativas de derechos, entre las que se encuentra el impedimento de salida. La Sala advierte deficiencias en la forma como este documento aborda esta figura procesal e incluso llega a recomendar la promulgación de otro protocolo¹⁹.

Ya en el f. j. n.º 36, el acuerdo plenario centra su análisis en lo que es materia de estudio; e, invocando los arts. 337.2 y 336.4 del nuevo CPP, señala que si la normatividad misma prevé que “las diligencias preliminares también son propiamente investigación preparatoria y que la denominación de ‘imputado’ también alcanza al sujeto pasivo de las diligencias preliminares, no es de recibo sostener la existencia de una interpretación extensiva o analógica”.

Acota, además, en cuanto a la nominación de imputado, que es el mismo Código Procesal quien nombra así al sujeto contra quien se dictó las diligencias

19 XI PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE, TRANSITORIA Y ESPECIAL, *Acuerdo Plenario N.º 3-2019/CIJ-116*, Lima: 10 de septiembre del 2019, ff. jj. n.ºs 29-32.

preliminares desde antes de la formalización y continuación de la investigación preparatoria, como puede verse en los arts. 71 y 72, referidos a los derechos y a la identificación del imputado, y 336.4, concerniente a la acusación directa²⁰.

En el f. j. n.º 37, el acuerdo plenario propone relativizar la afirmación de que “la calidad de imputado se erige con la disposición de formalización de la investigación preparatoria”²¹, la cual había sido fijada como *doctrina jurisprudencial* en la Cas. N.º 134-2015 Ucayali, de 16 de agosto del 2016.

Aterrizando en el f. j. n.º 38, al examinar el art. 336.1 del nuevo CPP, la Corte Suprema establece una distinción entre imputación preliminar y otra formal. Apunta, además, que la preliminar existe “sobre la base de una sospecha inicial simple, con un nivel de concreción razonable, en cuyo contexto sin duda el imputado tiene derechos y es factible la implementación de medidas limitativas, sujetas por lo demás a sus propios presupuestos en cuanto al *juicio de imputación*”.

En ese mismo fundamento, hace la salvedad de que solo será razonable recurrir a las citadas medidas en diligencias preliminares cuando se cuente

“con un determinado nivel, siempre dentro de la noción de sospecha inicial simple, de imputación contra una persona debidamente individualizada”. Asimismo, subraya que ha de realizarse bajo los presupuestos de suficiencia de elementos de convicción (principio de intervención indiciaria) y respeto del principio de proporcionalidad.

Finalmente, en el f. j. n.º 41, la Corte Suprema concluye que no existe transgresión al principio de proporcionalidad ni al de legalidad procesal en el dictado de impedimento de salida en diligencias preliminares, porque inclusive esta medida puede dictarse en el proceso civil, en casos de incumplimiento de deberes alimentarios. Además de que “el imputado no es privado de modo absoluto de su libertad personal, solo relativamente de su libertad ambulatoria dentro del país o de su localidad, de suerte que está en la posibilidad de realizar sus actividades”.

Por nuestra parte, disentimos con lo resuelto por la Corte Suprema en el acuerdo plenario *in comento*:

- a) *Cuando la Corte señala que las diligencias preliminares son propiamente investigación preparatoria.*

En efecto, lo son, pero hemos visto que estas subfases difieren en su naturaleza (por ejemplo, cuando se ingresa a la formalización propiamente dicha no se pueden repetir las diligencias practicadas en las preliminares). La Suprema lo reconoce, pero no le otorga el peso respectivo a cada una de ellas.

20 XI PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE, TRANSITORIA Y ESPECIAL, *Acuerdo Plenario N.º 3-2019/CIJ-116*, Lima: 10 de septiembre del 2019, f. j. n.º 36

21 SALA PENAL PERMANENTE (ponente: Sr. juez NEYRA FLORES), *Casación N.º 134-2015 Ucayali*, Lima: 16 de agosto del 2016, f. j. n.º 20. Recuperado de <<https://bit.ly/3zjLjO1>>.

- b) *En cuanto a la denominación de “imputado” que es recogida en los casos de acusación directa (art. 336.4 del nuevo CPP).*

Hablar de una acusación directa significa estar ante una realidad del delito y la intervención del imputado en su comisión. Incluso, el AP N.º 6-2010 —que trató como asunto la acusación directa y el proceso inmediato— nos dice que la acusación directa cumple la función de la *disposición de formalización de la investigación preparatoria* en la etapa de investigación²².

Dentro de los términos de su acusación, el fiscal podrá solicitar el dictado de medidas de coerción (art. 349.4 del nuevo CPP), como el impedimento de salida, pero tendrá que hacerlo con una base probatoria sólida, que no se logra en diligencias preliminares, sino en la investigación preparatoria formalizada.

- c) *Respecto al estatus de “imputado”, que también se utiliza en diligencias preliminares (art. 72 del nuevo CPP) y que, según la Corte, permitiría la imposición del impedimento de salida en dicho estadio procesal.*

Debemos anotar que la condición de imputado es una cosa y la restricción de su libertad es otra. La nomenclatura es variable —investigado,

pesquisado, inculcado, etc.—, pero lo que no puede variar es la interpretación de la norma que busca constreñir su libertad.

- d) *Cuando la Corte Suprema afirma que el impedimento de salida se impone en los procesos por incumplimiento alimentario.*

En el proceso civil la prueba fundamental que motiva la acción de la madre a exigir una pensión alimenticia es la acreditación de la relación paterno-filial del accionado con el alimentista (como indica el art. 563 del CPC: “[C]uando se acredite de manera indubitable el vínculo familiar”). En tanto que en el proceso penal no hablamos de una acreditación propiamente del hecho penal y de su autor (o partícipe), por ello, la exigencia de un rigor exhaustivo de los datos objetivos es mayor.

- e) *Cuando la Corte Suprema refiere que el imputado no es privado de modo absoluto de su libertad personal, sino relativa y que puede realizar sus actividades, sin que afecte su vida cotidiana.*

Señalamos que de todas formas implica una limitación para su libertad. Además, ¿qué sucedería si las relaciones —familiares, laborales, empresariales, etc.— de esta persona se hubieran afincado fuera de la localidad en la que reside, en una distinta a la fijada o en el exterior

22 VI PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIAS, *Acuerdo Plenario N.º 6-2010/CJ-116*, Lima: 16 de noviembre del 2010, f. j. n.º 12.

del país? ¿Acaso no implicaría ello una afectación?

¿SABÍA USTED QUE?

Hasta antes de la emisión del AP N.º 3-2019 existían interpretaciones disímiles de nuestro sistema judicial en cuanto al momento procesal para la postulación —ante el juez de investigación preparatoria— del impedimento de salida. Por un lado, una facción de nuestros magistrados decía en sus resoluciones que la medida podía ser solicitada en diligencias preliminares. Por el otro, que había de ser requerida cuando la investigación preparatoria se encontrara formalizada.

5.3. Toma de postura

Por nuestra parte, adhiriéndonos a la segunda postura, consideramos que la oportunidad procesal para solicitar la sumministrazione de la medida de impedimento de salida ha de efectuarse en la investigación preparatoria formalizada. Discrepamos, de esta forma, con lo resuelto por el acuerdo plenario. Los argumentos que soportan nuestra posición son los siguientes:

- La interpretación de las disposiciones en materia de medidas de coerción de cara a su aplicación ha de efectuarse de forma restrictiva, porque se entiende que se afectará el derecho fundamental de una persona. Así lo dispone el art. VII.3 del título preliminar del nuevo CPP:

La ley que coacte la libertad o el ejercicio de los derechos procesales de las personas, así como la que limite un poder conferido a las partes o establezca sanciones procesales, será interpretada restrictivamente. La interpretación extensiva y la analogía quedan prohibidas mientras no favorezcan la libertad del imputado o el ejercicio de sus derechos. [La cursiva es nuestra].

- Para el caso materia de examen, tenemos una ley que restringe la libertad de locomoción de una persona, el impedimento de salida, por lo tanto, estamos ante la positivización de la coacción, aunque legítima. Su interpretación con las demás disposiciones ha de ser acorde con lo ordenado por el art. VII.3 del título preliminar del nuevo CPP.
- El art. VII.3 del título preliminar del nuevo CPP debe ser concordado sistemáticamente con el art. 338.4 del nuevo CPP, que establece lo siguiente:

Cuando el fiscal, salvo las excepciones previstas en la ley, deba requerir la intervención judicial para la práctica de determinadas diligencias, la actuación de prueba anticipada o la imposición de medidas coercitivas, estará obligado a formalizar la investigación, a menos que lo hubiere realizado previamente. [La cursiva es nuestra]

- Lo previsto por el legislador no admite réplica alguna, por tanto, si el sujeto legitimado va a solicitar la intervención del juez para que este

imponga una medida coercitiva, *conditio sine qua non*, debe formalizarse la investigación preparatoria.

- Incluso, el art. 338.4 dictamina en sus primeras líneas unas excepciones (que nacen de la misma ley), en los casos que no requiere la intervención judicial. Por ejemplo, cuando se produce la detención de una persona (en flagrancia) por un caso de tráfico ilícito de drogas, este deberá permanecer 15 días privado de su libertad; seguidamente, el fiscal abre diligencias preliminares, recopila toda la información, para después acudir al juez de investigación preparatoria y solicitar una medida más intensa, como la prisión preventiva, pero con antelación a ello obligatoriamente tiene que formalizar la investigación.
- Se entiende que la presencia del juez ante estas solicitudes no es ornamental, sino que cumple la función de efectuar el control del pedido. En el caso del impedimento de salida, verificar la previa formalización de la investigación, en donde —como hemos referido líneas arriba— la imputación como tal se compone de tres elementos: hecho delictuoso (o penalmente relevante), juicio de subsunción y elementos de convicción (que conlleven la alta probabilidad de responsabilidad).
- En cambio, en la subfase de diligencias preliminares, a menos que con lo que se tenga se pueda acusar

directamente (causa probable), no se está ante una sindicación concreta, pues las pesquisas se inician con la sola noticia criminal; recién en el camino estas van a ir dando luces en cuanto a la individualización de los presuntos autores o partícipes.

- Enfatizamos que una medida de coerción como el impedimento de salida, en donde los plazos que puede fijar el juez son iguales a los de la prisión preventiva, exige una mayor probabilidad de sanción que la obtenida en diligencias preliminares.
- Asimismo, para una medida cautelar ha de exigirse elementos de convicción suficientes que establezcan la relación entre el involucrado y el hecho que se le atribuye, siempre con la probabilidad de que este sea autor o partícipe. Esta suficiencia, estimamos, se alcanza con una formalización de la investigación, en donde apreciamos un juicio de tipicidad y en donde ya se puede hablar de un presunto autor o partícipe, que es la exigencia del *fumus delicti comissi*.
- Nuestra crítica se orienta a cuestionar el accionar de los fiscales que solicitan la medida de impedimento de salida en diligencias preliminares (sobre todo, en casos de corrupción, que ameritan una hercúlea sindicación a la hora de petitionar una medida coercitiva) alegando que ya cuentan con elementos de convicción suficientes.

Si ya cuentan con estos elementos, ¿por qué no se formaliza la investigación preparatoria desde el saqueo, o, en su caso, se acusa directamente?

- La práctica que hemos podido notar es que el sujeto legitimado acude al juez de garantías con lo que primigeniamente ha conseguido, sin que ni siquiera se haya establecido un concreto vínculo entre hecho e inculpado. De esta manera se fuerza una imputación para imponer el impedimento de salida, medida con plazos semejante a la prisión preventiva. Por eso, comulgamos con DEL RÍO LABARTHE cuando declara que basta la imputación formal de la disposición de formalización de la investigación preparatoria para el impedimento de salida, claro, siempre teniendo en cuenta al principio de proporcionalidad.
- Con esto no queremos decir que la valla ha de ser muy alta. Simple y llanamente, que un derecho fundamental ha de limitarse sobre la base de elementos de convicción sólidos que establezcan la alta posibilidad de condena y en el momento oportuno que establece la norma, es decir, en la investigación preparatoria propiamente dicha. Respetándose así al principio de legalidad procesal.

6. Conclusiones

- La tutela de los bienes jurídicos que se ven afectados a consecuencia de la

conducta dañosa del ser humano no se logra de manera automática, sino que se necesita de un proceso penal, revestido con todas las garantías tanto para el imputado como para la parte agraviada (debido proceso).

- Las garantías o escudos protectores que conforman el debido proceso asisten a todo imputado para poder hacerle frente al intento del aparato estatal de hacerle merecedor de una consecuencia jurídico-penal.
- El sistema que irradia al nuevo CPP es el acusatorio, cuyo rasgo esencial radica en la delimitación de funciones de los sujetos intervinientes en el proceso penal. Los fiscales son los encargados de dirigir la investigación, mientras que los jueces tienen el rol de entes dirimientes.
- La impronta que propone el nuevo CPP se materializa de acuerdo a las tres etapas que esquematizan el denominado *proceso común*: la *investigación preparatoria*, la *etapa intermedia* y el *juzgamiento*.
- La investigación preparatoria tiene como protagonista al Ministerio Público, quien, con apoyo de la Policía Nacional del Perú, ni bien toma conocimiento de la *notitia criminis*, ejercita los actos investigativos tendientes a la edificación de una acusación (o sobreseimiento). Esta etapa, se bifurca en dos: *diligencias preliminares* y la *investigación preparatoria propiamente dicha*.

- En las diligencias preliminares, se inician los actos de investigación (sea contra una persona determinada o contra los que resulten responsables) en virtud a una *sospecha simple*, con la pronta finalidad de cumplir con los actos urgentes o inaplazables destinados a determinar si los hechos ocurrieron, su delictuosidad, asegurar los elementos materiales de su comisión, individualizar a los involucrados y asegurarlos debidamente.
- Hablamos de la investigación preparatoria propiamente dicha cuando se emite la disposición de formalización en virtud de la existencia de indicios relevadores de un delito, acción penal no prescrita e individualización del imputado. Esta investigación gira en torno a una *sospecha reveladora*.
- En la etapa formalizada, la investigación adquiere firmeza, una sustantividad propia; la teoría del caso tiene un norte por donde discurrir. La Fiscalía continuará con la labor recolectora, mientras que la defensa tendrá la posibilidad de cuestionar la sindicación, los elementos de cargo que incriminen al imputado.
- La investigación *in genere* puede verse expuesta a actos de entorpecimiento provenientes del mismo indiciado (que sustraiga de la acción de la justicia, oculte pruebas o dificulte su consecución, etc.). Por esta razón, existen mecanismos neutralizadores de tales comportamientos.
- Los actos perturbatorios incitan la aparición de las medidas cautelares, las cuales permiten restringir el ejercicio de los derechos personales o patrimoniales del imputado o tercero civilmente responsable a fin de evitar los riesgos de obstaculización del proceso.
- La sección III del nuevo CPP preceptúa las llamadas *medidas de coerción*, que pueden ser de naturaleza personal o real. En las primeras, el derecho objeto de restricción es la libertad, mientras que las segundas restringen derechos patrimoniales.
- En el empleo de estas medidas han de observarse los principios que informan las medidas limitativas de derechos: legalidad, excepcionalidad, jurisdiccionalidad, motivación y proporcionalidad, tal y como lo establece el art. VII del título preliminar del nuevo CPP. Además, deben sustentarse en suficientes elementos de convicción.
- Consideramos que el principio de intervención indiciaria y el principio de proporcionalidad constituyen aspectos medulares a la hora de evaluar la imposición de una medida coercitiva, sea personal o real, contra un imputado y/o tercero civilmente responsable.
- El impedimento de salida es aquella medida de coerción de carácter personal que a requerimiento del

Ministerio Público es impuesta por el juez de investigación preparatoria sobre la base de fundados y necesarios elementos de convicción que relacionen a un investigado con el hecho punible y que, debido a ello, permitan deducir que tratará de eludir la acción de la justicia.

- El impedimento de salida se encuentra regulado en el art. 295 del nuevo CPP. Si bien este artículo solo prevé como presupuesto la prognosis de la pena, de la remisión a lo preceptuado en el art. 253 (incs. 2 y 3) se desprende que para su imposición ha de evaluarse el *fumus comissi delicti* y el *periculum in mora*.
- El *fumus comissi delicti* o apariencia de la comisión de un delito exige un juicio de probabilidad de la responsabilidad del imputado, como autor o partícipe. Para el caso de la medida de impedimento, bastará con la imputación contenida en la investigación preparatoria formalizada.
- El *periculum in mora* se refiere al riesgo de frustración: la eventual ausencia de un requisito sustantivo del proceso, cuya realidad, ya no eventualidad, hará imposible proseguir el proceso y lograr su fin. El art. 295 del nuevo CPP no lo dice expresamente, pero es entendible que los actos de frustración (fuga del indiciado) impedirán la indagación de la verdad.
- El principio de proporcionalidad está dirigido no solamente al juz-

gador a la hora de resolver, sino también a la parte legitimada, quien, al momento de motivar su requerimiento, deberá ponderar si la medida de impedimento de salida para el caso sometido a su investigación es idónea, necesaria y proporcional (propiamente dicha).

- Es imperativo el cumplimiento de estos requisitos, los cuales no son excluyentes, es decir, si no se satisface el primero, no viene al caso proseguir con la siguiente, por lo que debe rechazarse de plano la medida.

¿SABÍA USTED QUE?

La interpretación de las disposiciones en materia de medidas de coerción de cara a su aplicación ha de efectuarse de forma restrictiva, porque se entiende que se afectará el derecho fundamental de una persona. Para el caso materia de examen, tenemos una ley que restringe la libertad de locomoción de una persona, el impedimento de salida, por lo tanto, estamos ante la positivización de la coacción, aunque legítima.

- Hasta antes del AP N.º 3-2019, una facción de nuestros órganos jurisdiccionales estaba a favor de que el impedimento de salida solicite en diligencias preliminares, mientras que otra sostenía que debía requerirse en la investigación preparatoria formalizada.

- El AP N.° 3-2019 se adhirió a la primera postura y en su desarrollo estableció que es perfectamente posible solicitar el impedimento de salida en diligencias preliminares y que no se llega a vulnerar el principio de legalidad procesal. Por nuestra parte, disentimos con lo decidido por nuestra máxima instancia de justicia en el país.
- En materia de medidas de coerción, la interpretación de las disposiciones que afecten derechos fundamentales ha de efectuarse de forma restrictiva y en concordancia con el art. 338.4 del nuevo CPP, que señala que, si se va a requerir la intervención judicial para imponer medidas coercitivas, debe previamente formalizarse la investigación.
- La función del juez no es figurativa, sino la de efectuar el control del pedido. Para el impedimento de salida, deberá verificar la previa formalización de la investigación, donde recién se aprecia una imputación como tal: hecho delictuoso (o penalmente relevante), juicio de subsunción y elementos de convicción (que conlleven la alta probabilidad de responsabilidad).
- En la fase de diligencias preliminares no existe una imputación como tal, pues las pesquisas se inician con la sola noticia criminal (a menos que se pueda acusar directamente). Estas en el camino recién van a ir dando luces en cuanto a la individualización de los presuntos autores o partícipes.
- En el impedimento de salida, donde los plazos que puede fijar el juez son iguales a los de la prisión preventiva, se exige una mayor probabilidad de sanción que la obtenida en diligencias preliminares. Se debe contar con suficientes elementos de convicción que vinculen al imputado con el delito. Esta suficiencia se alcanza con la formalización de la investigación, en donde apreciamos un juicio de tipicidad, en el que puede hablarse de un presunto autor o partícipe, que es la exigencia del *fumus delicti comissi*.
- Si se va a continuar con la práctica de solicitar el impedimento de salida en diligencias preliminares, nada obsta a que se formalice la investigación preparatoria o se acuse directamente, pues ya se cuenta con elementos de convicción consistentes.
- Solo puede limitarse un derecho fundamental sobre la base de elementos de convicción sólidos que manifiesten una alta posibilidad de condena del imputado y en el momento oportuno que establece la norma, es decir, en la investigación preparatoria propiamente dicha. 

6. Referencias bibliográficas

- CÁCERES JULCA, Roberto, *Las medidas cautelares en el nuevo Código Procesal Penal*, Lima: Jurista, 2009.
- CUBAS VILLANUEVA, Víctor, *El nuevo proceso penal peruano. Teoría y práctica de su implementación*, Lima: Palestra, 2009.
- DEL RÍO LABARTHE, Gonzalo, *Prisión preventiva y medidas alternativas*, Lima: Instituto Pacífico, 2016.

- GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino, *La reparación civil en el proceso penal. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Lima: Instituto Pacífico, 2016.
- GUERRERO SÁNCHEZ, Alex Ricardo, *Detención, comparecencia y arresto domiciliario en el nuevo Código Procesal Penal*, Lima: Gaceta Jurídica, 2013.
- LANDA ARROYO, César, “La constitucionalización del derecho procesal penal: el nuevo Código Procesal Penal peruano en perspectiva”, en *Themis*, n.º 68, Lima: 2015. Recuperado de <<https://bit.ly/354Xctx>>.
- NEYRA FLORES, José Antonio, *Manual del nuevo proceso penal y de litigación oral*, Lima: Idemsa, 2010.
- ORÉ GUARDIA, Arsenio, *Manual de derecho procesal penal*, 2.ª ed., Lima: Alternativas, 1999.
- PUJADAS TORTOSA, Virginia, *Para una teoría general de las medidas cautelares penales*, tesis para optar el grado académico de doctor en Derecho, Girona: Universidad de Girona, 2007. Recuperado de <<https://bit.ly/3giv5MA>>.
- SALAS BETETA, Christian, *El proceso penal común*, Lima: Gaceta Jurídica, 2011.
- SALAS BETETA, Christian, *Trascendencia de las técnicas de litigación oral en el proceso penal. Apreciaciones a partir de la vigencia del Código Procesal Penal de 2004*, Lima: Librería y Ediciones Jurídicas, 2015.
- SAN MARTÍN CASTRO, César, *Derecho procesal penal. Lecciones*, Lima: INPECCP-Cenales, 2015.

