

LA ETAPA INTERMEDIA

Gonzalo del Río Labarthe
Profesor de Derecho Procesal Penal
PUCP



GONZALO DEL RÍO LABARTHE

LA ETAPA INTERMEDIA





LA ETAPA INTERMEDIA

Autor:

© Gonzalo del Río Labarthe, 2021

Primera edición, Julio, 2021

Copyright 2021

Instituto Pacífico S.A.C.

Diseño, diagramación y montaje:

Luis Ruiz Martínez

Edición a cargo de:

Instituto Pacífico S.A.C.-2021
Jr. Castrovirreyna N.º 224-Breña
Central: 619-3700
E-mail: prerensa@institutopacifico.pe

Tiraje: 3,500 ejemplares

Registro de Proyecto Editorial

: 31501052100331

ISBN

: 978-612-322-301-4

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N.º

: 2021-07103

Impresión a cargo de:

Pacífico Editores S.A.C.
Jr. Castrovirreyna N.º 224-Breña
Central: 619-3720

Derechos Reservados conforme a la Ley de Derecho de Autor.

El siguiente texto está expuesto a fe de erratas.

Queda terminantemente prohibida la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, químico, óptico, incluyendo el sistema de fotocopiado, sin autorización escrita del autor e Instituto Pacífico S.A.C., quedando protegidos los derechos de propiedad intelectual y de autoría por la legislación peruana.

A mis gabrieles

PRÓLOGO

I

El joven profesor Gonzalo DEL RÍO LABARTHE “reincide” con la publicación de una monografía dedicada, como siempre, al nuevo Código Procesal Penal. Su afán metodológico como publicista es abordar instituciones específicas del nuevo proceso penal y someterlas a un análisis dogmático de largo calado, a partir de un enfoque ciertamente plural e intensivo. No solo examina la institución concernida desde una óptica abstracta, fijando el estado de la cuestión en la materia, sino que, adicionalmente, indaga las instituciones propias del antiguo Código de Procedimientos Penales (hoy muy vilipendiado por limitado sector de los prácticos, no de los doctrinarios y académicos serios, que no han tomado en cuenta la jurisprudencia evolutiva que al impacto de la Constitución ha merecido de la Corte Suprema y del Tribunal Constitucional, y, además, han exagerado irrazonablemente del preciso contenido y proyección de algunos principios procedimentales, como dijera ORTELLS RAMOS, para oponerlo a otro principio clave: la legalidad procesal, posición que hoy por hoy representa el peligro más relevante que tiene ante sí el nuevo Código Procesal Penal) y las que le sirven de fundamento y antecedente necesario en el nuevo Código Procesal Penal; asimismo, fija los alcances de derecho positivo de la institución en cuestión, consulta la escasa doctrina sobre la materia en sede nacional y, sobre todo, propone alternativas *de lege lata* ante las inevitables omisiones y contradicciones del Código, lo que, fundamentalmente, es un ámbito propio de la teoría del derecho, pero por cierto muy vinculada por la materia tratada, al derecho procesal penal.

II

Sin duda alguna, como el autor reconoce, la etapa intermedia es especialmente relevante en un proceso acusatorio y contradictorio. La razón es evidente: la persecución penal, por mandato constitucional, es de responsabilidad del Mi-

nisterio Público, órgano no jurisdiccional, que, además, como lógica consecuencia de lo anterior, asume el señorío de la investigación preparatoria, de suerte que el rol del juez varía radicalmente, circunscribiéndose a garantizar los derechos de las partes procesales —en especial, del imputado— y cuidar que el procedimiento de investigación se siga dentro del ámbito que le corresponde, en estricto cumplimiento de los principios de legalidad procesal, intervención indiciaria y proporcionalidad, en su caso, sin interferir en la estrategia de la investigación del fiscal ni en los planteamientos defensivos de las demás partes.

De hecho, no puede garantizarse adecuadamente el denominado “juicio de acusación” ni confirmarse la indiscutible relevancia del procedimiento principal —el enjuiciamiento o juicio oral—, así como la efectividad de los principios procedimentales que le son propios (oralidad, publicidad y concentración —sin perjuicio de la concreción y plena expansión de los principios procesales estructurales de contradicción e igualdad y el principio acusatorio—) para afirmar a su vez la necesaria celeridad procesal y evitar la “pena de banquillo” y los juicios innecesarios, sin la “construcción” de una etapa intermedia bajo pleno control jurisdiccional, con los principios que le son inherentes, en la que bajo el sistema de audiencias —mecanismo a partir del cual se expresa el principio de oralidad— se diluciden cada uno de los presupuestos formales y materiales imprescindibles para decidir el archivo de la causa o su progresión hacia el juicio oral.

III

El libro del profesor DEL RÍO LABARTHE consta de cuatro capítulos. La lógica que sigue ha sido explicada en el primer acápite. En primer lugar, trata del nuevo modelo de investigación del delito, de las diferencias entre la instrucción judicial y la investigación preparatoria del Ministerio Público. En segundo lugar, aborda las “cuestiones generales” de la etapa intermedia. En tercer lugar, examina el sobreseimiento. Finalmente, estudia la acusación, el capítulo más denso e interesante.

Resultan interesantes —y definitivamente correctas— las precisiones conceptuales en torno a la etapa de investigación preparatoria y los roles que asumen tanto el fiscal investigador como el juez de la investigación preparatoria —su función *suprapartes*—. Cuestiona el autor la denominación “juez de la investigación preparatoria” que utiliza el nuevo Código Procesal Penal en vez de “juez de

garantías”, asumida en otros ordenamientos procesales, dato ciertamente secundario, pues en uno u otro caso si se advierten las funciones del indicado juez —que es lo que interesa— puede advertirse, de un lado, que su actividad se desarrolla tanto en el proceso declarativo de condena —etapas de investigación e intermedia— como en el proceso de ejecución y, de otro lado que su función no solo es de garantía —en cierto modo, toda la actividad jurisdiccional es de garantía o de tutela del ordenamiento jurídico, con lo que el nombre sería redundante—, sino también de aseguramiento y de otras muchas más.

La etapa intermedia, eje central del estudio dogmático del autor, ha sido tratada con claridad y coherencia. Una particular reflexión está dedicada a la acción civil y su tratamiento en esta fase procesal. El autor no solo esclarece la naturaleza civil y autónoma de esta, de suerte que si se regula en el proceso penal es solo porque se ha asumido una opción legislativa que importa una acumulación heterogénea de acciones: la penal y la civil. Una sensible omisión del nuevo Código Procesal Penal, como destaca el autor, es la posible imposición de una reparación civil cuando el fiscal no formula acusación, posibilidad razonable desde que los criterios de imputación para definir la pena y la reparación civil son distintos. Si la audiencia preliminar para definir el sobreseimiento no permitiría la actuación de pruebas, ¿cómo se va a fijar la reparación civil sin actuación probatoria y debate contradictorio? Aquí es importante acudir, en vía de integración jurídica, a los principios del proceso acusatorio y a la analogía. Adecuada es la opción que propone el autor: la aplicación analógica del art. 372.3 del nuevo CPP. El criterio es claro: no se puede fijar una consecuencia jurídica sin el necesario debate contradictorio, que incluye la indispensable actuación probatoria pertinente, pues no hacerlo vulneraría las garantías de tutela jurisdiccional y de defensa —arts. 139.3 y 14 de la Constitución—; y si su determinación, según la lógica del modelo procesal, requiere de una audiencia, que concreta el principio procedimental de oralidad, no es posible hacerlo sin ella y, menos, dictar una sentencia de absolucón de la instancia, defiriendo su dilucidación al proceso civil. Ahora bien, no necesariamente la audiencia de determinación de la reparación civil formará parte de la audiencia de sobreseimiento —será un paso contingente de ella—, pues según la complejidad del asunto y la naturaleza de la actividad probatoria que deberá llevarse a cabo, es factible que se programe una audiencia especial para debatirla.

El nuevo Código Procesal Penal ha definido legalmente los presupuestos materiales y procesales del sobreseimiento, de suerte que el control jurídico es

preciso y no deja mucho campo a la discrecionalidad judicial. El autor insinúa un problema respecto de la acreditación de presupuestos cuya dilucidación en sede intermedia podría requerir una mínima actividad probatoria (v. gr.: legítima defensa, situaciones de inculpabilidad o inexigibilidad, entre otras). La regla es que en la audiencia preliminar no cabe realizar actividad probatoria alguna (art. 345.3 del nuevo CPP). Si el hecho objeto del proceso no ha sido controvertido por las partes, desde luego, no hace falta prueba de su existencia, salvo que se requiera su acreditación por razones superiores propias del derecho material que se aplica. Las pretensiones de sobreseimiento, en todo caso, pueden merecer un análisis de mérito, con la consiguiente ejecución probatoria, siempre que esta se circunscriba a la prueba documental no objetada —rige, supletoriamente, el art. 351.1 del nuevo CPP—.

Los motivos de oposición al requerimiento de sobreseimiento del fiscal, sin duda, por el agraviado y el actor civil, deben ser expresamente deducidos por ellos, única forma de garantizar el contradictorio. Ello no significa que las demás partes guarden silencio frente al requerimiento fiscal no acusatorio —no hace falta, obviamente, enunciarlo en la ley, pues pueden apoyarlo e, incluso, introducir argumentos distintos y perspectivas jurídicas novedosas—. Los errores u omisiones formales del requerimiento de sobreseimiento pueden ser corregidos en la propia audiencia preliminar —rige, supletoriamente, el art. 352.2 del nuevo Código Procesal Penal—. Por otro lado, en atención al interés público superior para adoptar una decisión de archivo o iniciar el procedimiento para forzar la acusación, el juez no está limitado a la existencia de una oposición para analizar la legalidad del sobreseimiento, de suerte que, si la solicitud de archivo no se amolda a las exigencias legales, obviamente puede desestimarla, siempre motivadamente, instando el control jerárquico.

El último capítulo está dedicado a la acusación. No solo se analiza en profundidad los elementos de la acusación y los problemas interpretativos del título II de la sección II del nuevo Código Procesal Penal, sino también se adelantan una serie de alternativas hermenéuticas frente a algunas contradicciones y disonancias normativas. La institución clave para controlar el correcto ejercicio de la acusación —la introducción de la pretensión penal y civil en su caso— es la audiencia preliminar de control y, en ella, bajo los principios de contradicción y de oralidad —sin perjuicio de enfatizar los principios de concentración y acusatorio—, se dilucidan cada uno de los temas asociados estructuralmente al acto postulatorio del Ministerio Público, así como todos aquellos ámbitos ligados a la resistencia de las partes acusadas, y a las solicitudes probatorias de todas las partes procesales.

Una línea interesante está vinculada, de un lado, a las solicitudes probatorias de las partes de cara a la etapa de enjuiciamiento y, de otro lado, a la posibilidad de solicitar la exclusión de pruebas inconstitucionales, extremo último no resuelto expresamente por el nuevo Código Procesal Penal. En el primer caso, el autor se esfuerza en explicar los presupuestos para la admisión y rechazo liminar de solicitudes probatorias (la regla es clara: pertinencia, conducencia y utilidad de la prueba ofrecida). En el otro supuesto, la respuesta es ciertamente opinable —el nuevo Código Procesal Penal no reprodujo una norma específica del Código chileno que residenciaba en la fase intermedia el debate acerca de la legitimidad de las pruebas ofrecidas por la fiscalía—, aunque pareciera que aquí pueda dilucidarse tal pretensión de rechazo liminar (la prueba prohibida tiene asociada la sanción procesal de inutilización: art. 159 del nuevo CPP), sin perjuicio de que la fiscalía en sede del juicio oral pueda intentar incorporar una prueba rechazada por el juez de la investigación preparatoria (art. 373.2 del nuevo CPP) y que el juez penal en la sentencia muy bien puede excluir una evidencia obtenida inconstitucionalmente (art. VIII.2 del título preliminar del nuevo CPP).

Finalmente, un punto esencial con el que culmina su actividad el juez de la investigación preparatoria, luego de emitido el auto de enjuiciamiento, es la remisión de las actuaciones al juez penal. Se discute si el juez de la investigación preparatoria debe remitir solo las actuaciones específicas de la fase intermedia con las pruebas admitidas, señaladas en el auto de enjuiciamiento, o si debe enviar el expediente fiscal. En medio de esta discusión está, de un lado, el principio de legalidad procesal de la mano de los arts. 136 y 354.2 del nuevo CPP y, de otro, el entendimiento de los principios de oralidad y de imparcialidad jurisdiccional —en su aspecto de no contaminación procesal—. La respuesta del autor es contundente. Es de competencia del juez penal decidir lo conveniente en orden al art. 136 del nuevo Código Procesal Penal y el juez de la investigación preliminar, por imperativo legal, debe remitir lo que le ordena el art. 354.2 del nuevo CPP. La revisión de las actuaciones sumariales, de cara a los límites previstos por el art. 136 del nuevo CPP, y el hecho de definir, contradictoriamente, lo que puede o no integrar el expediente judicial en orden al juicio oral en modo alguno “contamina” al juez penal ni “transforma” el proceso oral en proceso escrito. Como dice PICÓ, la contaminación procesal se presenta cuando se incorpora una evidencia que no forma parte de las actuaciones, el acusatorio se lesiona cuando se añade un hecho que no forma parte del objeto procesal, y la defensa se resiente cuando, luego de incorporada una prueba, se actúa una prueba sin intervención de las partes y su ulterior posibilidad de contraprueba. Nada de eso ocurre con lo dispuesto en el art. 136 del nuevo CPP.

IV

Esta obra, por todo lo expuesto y por lo que el lector advertirá de su lectura —fácil y amena—, constituye una de las monografías básicas, de imprescindible lectura, del nuevo proceso penal. Con ello, el autor demuestra que su paso por la Pontificia Universidad Católica del Perú y la Universidad de Alicante fue fructífero —en algo hemos tenido que ver José María ASENSIO MELLADO y el suscrito—. El jurista, el práctico y el estudiante de Derecho encontrarán en este libro una guía sólida para entender los alcances de la etapa intermedia y, de paso, las líneas maestras del nuevo Código Procesal Penal. No me queda sino felicitar a su autor y exhortarlo a que continúe con el análisis del nuevo proceso penal, tan necesitado de comentarios inteligentes y serios.

Lima, abril del 2010

CÉSAR EUGENIO SAN MARTÍN CASTRO
Profesor principal de Derecho Procesal
Juez supremo titular

Desde ahora debéis comprender que la llamada absolución del imputado es la quiebra del proceso penal: un proceso penal que se resuelve con una tal sentencia, es un proceso que no debiera haberse hecho, y el proceso penal es como un fusil que muchas veces se encasilla cuando no suelta el tiro por la culata.

Francesco CARNELUTTI

*Cómo se hace un proceso**

* Traducción de Santiago SENTÍS MELENDO.

INTRODUCCIÓN

Hace ya muchos años escribí un libro sobre la etapa intermedia. Estaba convencido de que esta fase era crucial en el nuevo Código Procesal Penal. Lo hice también con el convencimiento de que se había escrito muy poco sobre esta materia en el Perú y en el extranjero. Varios años después, reconozco que su publicación me brindó muchas satisfacciones. He recogido opiniones y constatado que ha sido de alguna utilidad para muchos operadores del sistema de justicia, que encontraron en ese pequeño aporte un manual para guiarse en una fase desconocida y poco discutida en ese entonces en nuestro país.

La etapa intermedia (Instituto Pacífico, 2021) mantiene la misma estructura, pero incorpora información crucial: los pronunciamientos que en vía de casación y en el desarrollo de la doctrina jurisprudencial ha emitido la Corte Suprema sobre esta etapa. Una tarea pendiente que no se pudo plasmar en la otra publicación debido a que, en ese momento, eran muy escasos los pronunciamientos sobre la materia.

Ahora, el desarrollo jurisprudencial plantea nuevos debates y análisis, que he procurado desarrollar de manera breve.

Mientras escribo estas líneas existen etapas intermedias que llevan meses, en algunos casos, más de un año de duración. Algo anda mal. La etapa llamada a ser un filtro vital de juicios orales innecesarios se está convirtiendo en un problema central en el ámbito del plazo razonable de duración del proceso penal. No tengo dudas de que la eficiencia y el correcto —y, por qué no, ágil— funcionamiento de esta etapa depende del cabal y adecuado conocimiento de su función, de sus instituciones, del procedimiento establecido para su desarrollo. Es, creo, la única forma que tenemos los académicos para seguir contribuyendo al sistema. Insistir en el desarrollo dogmático, plantear más preguntas que respuestas, seguir propiciando un debate que permita el desarrollo de las ideas, sobre todo a nivel jurisprudencial, que es donde se sientan las bases del desarrollo de las institucio-

nes jurídicas. El mejor camino para evitar la dilación, el formalismo, la repetición y la ineficiencia es intentar entender las bases del sistema, la verdadera noción de las instituciones y el sentido que debe asignarse a las normas de nuestro proceso penal. La ignorancia es siempre un obstáculo, el conocimiento un recurso.

Permítanme acabar estas líneas introductorias dedicando este libro a mi familia, Gabriela y Gabriel. Ellos saben por qué.

TABLA de CONTENIDO

Prólogo	7
Introducción	15

CAPÍTULO I DE LA INSTRUCCIÓN JUDICIAL A LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA

I. La instrucción judicial en el Código de Procedimientos Penales de 1940	23
II. La investigación preparatoria en el nuevo Código Procesal Penal	27
1. El Ministerio Público como conductor de la investigación	27
2. La investigación preparatoria	31
3. Las funciones del Ministerio Público en la investigación preparatoria	34
4. Las funciones del juez de garantías en la investigación preparatoria	40
5. Conclusión de la investigación preparatoria	43

CAPÍTULO II LA ETAPA INTERMEDIA CUESTIONES GENERALES

I. Concepto	47
II. Fines	48
III. Competencia	55
IV. La acción civil y la etapa intermedia	59
1. La naturaleza de la acción civil en el proceso penal	59
2. El ejercicio de la acción civil en la etapa intermedia	65

CAPÍTULO III EL SOBRESEIMIENTO

I.	Concepto	77
II.	Presupuestos	77
1.	El hecho objeto de la causa no se realizó o no puede atribuirse al imputado.....	78
2.	El hecho imputado no es típico o concurre una causa de justificación o de inculpabilidad o de no punibilidad	78
3.	La acción penal se ha extinguido	80
4.	No existe razonablemente la posibilidad de incorporar nuevos datos a la investigación y no hay elementos de convicción suficientes para solicitar fundadamente el enjuiciamiento del imputado	85
III.	La audiencia de control de sobreseimiento	88
IV.	Pronunciamiento	92
1.	El auto de sobreseimiento	94
1.1.	Efectos	95
1.2.	Clases	98
1.2.1.	Total y parcial	98
1.2.2.	Adiós al sobreseimiento provisional	99
2.	"Procedimiento para forzar la acusación"	101
3.	Investigación suplementaria	113
4.	El orden del debate y el pronunciamiento	119
V.	Impugnación	120
VI.	Algunos apuntes sobre la participación de la víctima en la audiencia de control de sobreseimiento	128

CAPÍTULO IV LA ACUSACIÓN

I.	Concepto.....	131
II.	Requisitos	134
1.	Básicos.....	134
1.1.	Los datos que sirvan para identificar al imputado	135
1.2.	La relación clara y precisa de los hechos que se atribuyen al imputado (circunstancias precedentes, concomitantes y posteriores). En caso de contener varios hechos independientes, la separación y el detalle de cada uno de ellos..	136
1.3.	Los elementos de convicción que fundamenten el requerimiento acusatorio....	138
1.4.	La participación que se atribuya al imputado.....	139
1.5.	La relación de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal que concurren	139
1.6.	El artículo de la ley penal que tipifique el hecho, así como la cuantía de la pena que se solicite.....	140

1.7. El monto de la reparación civil, los bienes embargados o incautados al acusado, o tercero civil, que garantizan su pago y la persona a quien corresponda percibirlo.....	141
1.8. Los medios de prueba que ofrezca el fiscal para su actuación en la audiencia. En este caso, él presentará una lista de testigos y peritos, con indicación del nombre y domicilio, y de los puntos sobre los que habrán de recaer sus declaraciones o exposiciones. Asimismo, hará una reseña de los demás medios de prueba que ofrezca	143
1.9. Identidad entre los hechos acusados y los recogidos en la disposición de formalización de investigación preparatoria.....	145
2. Acusaciones alternativa y subsidiaria	146
3. Las medidas de coerción subsistentes.....	147
III. Audiencia preliminar: el control de la acusación.....	150
1. Control formal.....	157
2. Control sustancial.....	165
3. Excepciones y otros medios de defensa.....	174
3.1. La cuestión previa	175
3.2. La cuestión prejudicial.....	176
3.3. La excepción de naturaleza de juicio.....	178
3.4. Las demás excepciones.....	178
4. Criterio de oportunidad	182
5. Admisión de medios de prueba	184
5.1. El acto probatorio propuesto debe ser pertinente, conducente y útil	186
6. Las convenciones probatorias	188
7. Prueba anticipada	189
8. La reparación civil	191
IV. Pronunciamiento	200
V. El auto de enjuiciamiento.....	204
1. Concepto.....	204
2. Requisitos.....	205
3. Notificación y remisión del expediente.....	209
Bibliografía.....	215

CAPÍTULO I

DE LA INSTRUCCIÓN JUDICIAL A LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA

I. LA INSTRUCCIÓN JUDICIAL EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DE 1940

El Código de Procedimientos Penales de 1940 reguló un proceso que se desarrolla en dos etapas: la *instrucción judicial* (reservada y escrita) y el *juicio* (público y oral). Posteriormente, el D. Leg. N.º 52 (de 21 de abril de 1981), Ley Orgánica del Ministerio Público (LOMP), vino a establecer el monopolio del ejercicio de la acción penal para los delitos de persecución pública¹.

Esto significó que este modelo procesal adjudicara al Ministerio Público la conducción de la etapa preliminar al proceso penal (la investigación preliminar, equiparable hoy a las diligencias preliminares), en la que reúne —por sí, o a través de la actuación policial— los elementos que permitan establecer la existencia de *suficientes* elementos de convicción para formalizar denuncia penal ante el juez de instrucción.

Si esto ocurre —es potestad del fiscal, también, archivar la denuncia en supuestos de atipicidad, prescripción o ausencia de individualización del autor—, el juez será el encargado de aprobar o rechazar el procesamiento del imputado, a través de lo que se conoce como auto apertorio de instrucción —o de procesamiento— o, su antítesis, el auto de no ha lugar a abrir instrucción. Antes de esto, no existe actividad jurisdiccional, ni siquiera un control judicial de los actos de investigación realizados en sede preliminar.

1 La Constitución Política de 1979 otorga al Ministerio Público la condición de órgano autónomo (extrapoder), modelo que se repite en la de 1993. Antes, en la Carta Magna de 1933, el Ministerio Público formaba parte del Poder Judicial e inicialmente se le llamaba Ministerio Fiscal. La LOMP es la norma que, recién, sienta las bases del Ministerio Público como pieza clave de un modelo acusatorio (formal) en la línea de lo dispuesto por la Constitución de 1979. *Vid.* ORÉ GUARDIA, Arsenio, “El Ministerio Fiscal en el nuevo Código Procesal Penal peruano”, en GIMENO SENDRA (coord.), *El Ministerio Fiscal. Director de la instrucción*, Madrid: Iustel, 2006.

Cuando la denuncia formalizada por el Ministerio Público es aprobada por el juez, se inicia el trámite de la *instrucción*, que de acuerdo con el Código de Procedimientos Penales consiste en reunir *la prueba* de la realización del delito, de las circunstancias en que se perpetró y de sus móviles, establecer la distinta participación que hayan tenido los autores y cómplices, etc. (art. 72 del CdePP).

Nuestro ordenamiento optó así por una *investigación judicial*, clara manifestación de un sistema mixto o acusatorio formal de influencia francesa, que encarga al juez una labor de investigación que persigue la adquisición de fundamentos *razonables* —ya no *suficientes*— de la existencia de la comisión de un delito.

Además, permite que dicho material instructorio constituya el soporte en virtud del cual, de ser el caso, se forme el objeto procesal, se emita la acusación y se genere un debate contradictorio que permita al tribunal colegiado encargado del juicio oral aceptar (condena) o rechazar (absolución) la hipótesis inculpativa y emitir la sentencia (esto es lo que doctrina define como una primera etapa fundamentalmente inquisitiva y otra de carácter acusatorio, que componen el sistema mixto o acusatorio formal).

Sin embargo, sin duda existieron una serie de modificaciones que variaron decididamente esta estructura desde 1940. La Ley Orgánica del Poder Judicial, en el año 1964, permitió al juez instructor emitir sentencias en los juicios sujetos al ejercicio privado de la acción penal. Por su parte, el D. L. N.º 17110 (de 8 de noviembre de 1969) creó el “juicio sumario”, permitiéndole al juez de instrucción emitir sentencias en siete delitos de menor entidad.

Finalmente, el D. Leg. N.º 124 (de 1981) y el D. L. N.º 26147 (de 1992) ampliaron sustancialmente la competencia de los jueces de instrucción, multiplicando los delitos objeto del procedimiento sumario. En la actualidad —en las ciudades en la que aún permanece vigente este sistema procesal—, la inmensa mayoría de los delitos se ventilan en la “vía sumaria”.

Esta modificación, que permite nada menos que el principal bagaje de delitos del Código Penal sea resuelto por un juez que instruye y juzga, ha sido probablemente uno de los principales motores de la reforma procesal penal en el Perú². Se está ante una acumulación de funciones que desnaturaliza hasta tal

2 El art. 1 del D. Leg. N.º 124 establece lo siguiente: “Los jueces de primera instancia en lo penal conocerán en juicio sumario y sentenciarán con arreglo al presente decreto legislativo [...]”.

punto el ideal de justicia que es posible sostener que el método llevado a cabo por un juez que reúne las funciones de instruir y juzgar no es, en sentido estricto, un proceso; como mucho, será un procedimiento para llevar a cabo la aplicación del derecho penal.

Significó, pues, el evidente “retroceso” de un sistema mixto a otro netamente inquisitivo³. Porque es indudable que, si una misma persona reúne las funciones de instrucción y juzgamiento, ello afecta la imparcialidad judicial. Un juez que lidera una investigación en la que su función consiste en reunir los elementos de prueba que permitan esclarecer el delito y *preparar* el juicio oral es uno que se encuentra “contaminado” por su labor instructora (de ahí la expresión con la cual se le designa: “juez contaminado” o prevenido).

Existe el riesgo de que su voluntad se encuentre viciada por la función que realiza y de que la decisión se vea prejuzgada por la motivación que puede ejercer en él la necesidad de preservar el éxito de su labor investigadora. Por esta razón, el proceso sumario regulado por el D. Leg. N.º 124 debe ser calificado como inconstitucional, al constituir una expresa renuncia a la garantía del principio acusatorio (violación del debido proceso).

Por lo tanto, la reforma procesal penal tuvo entre sus principales motivaciones la de evitar el mantenimiento de esta situación. En esta línea, asignó una clara división de roles que impidiera el ejercicio de una incompatibilidad de funciones que desnaturalizara la propia esencia del proceso penal.

Pero esta no es, evidentemente, la única razón ni es posible advertir aquí todas —ni siquiera las principales— motivaciones de la reforma. Sí es importante mencionar otras dos razones cruciales y estrechamente relacionadas con el tema que nos ocupa. Probablemente, otra de las características inquisitivas más claras del Código de Procedimientos Penales —esta vez sí una característica que estuvo desde su origen y no se introdujo a través de una reforma— fue el desconocimiento de la función preparatoria de la etapa de investigación.

3 HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ sostiene que el proceso sumario creado por el D. Leg. N.º 124, al acumular las funciones de instrucción y juzgamiento, crea un proceso *netamente inquisitivo* que no garantiza en nada la imparcialidad judicial. *Vid.* HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Carlos, “El juez de la investigación preparatoria”, en AA. VV., *Comentarios al nuevo Código Procesal Penal*, Lima: Ara Editores, 2009, p. 424.

Reaccionando contra el modelo del Código de Procedimientos en Materia Criminal de 1920, que establecía que el objeto de la instrucción era reunir los datos necesarios sobre el delito cometido y sobre sus autores, cómplices o encubridores, *para que pueda realizarse el juzgamiento* por el Tribunal Correccional o el Jurado (art. 48), el Código de Procedimientos Penales estableció, primero, que la instrucción tiene el objeto *de reunir la prueba* de realización del delito (art. 72 del CdePP) y, segundo, que la sentencia que pusiera término al juicio *debía* apreciar —además de las pruebas producidas en la audiencia— *los testimonios, peritajes y actuaciones de la instrucción*⁴.

La “lectura” de las piezas de la instrucción, en el juicio oral (regulado para los procesos “ordinarios”), se convertiría en uno de los grandes “culpables” de la conformación de un proceso penal que desnaturalizó la esencia de la oralidad —entendida como instrumento o garantía dedicada a preservar la inmediación, la publicidad y, sobre todo, la contradicción (defensa) en el proceso penal—; además, configuró un absurdo ritual que pretendía satisfacer el derecho de defensa de las personas a través de la sola lectura de medios de prueba que, actuados en la instrucción, pasaban por el tamiz de un mero formalismo en la etapa llamada a ser la fase central del proceso.

Esto permitió que nuestro sistema procesal funcionara “en gran medida sobre la base de una conversión automática en ‘prueba’ de los elementos reunidos en la investigación, sin que estos fueran producidos directamente en el juicio”⁵.

Lo que es más grave, en los procesos sumarios, no solo se asignó al juez las funciones de *instruir y juzgar*, con grave riesgo para la imparcialidad judicial, sino que además —a diferencia de los procesos ordinarios, que mantuvieron el esquema inicial propuesto por el Código de Procedimientos Penales— el juicio oral sencillamente desapareció. Se creó así un proceso esencialmente escrito, donde el juez sentencia sin la existencia de un debate contradictorio pleno y en el que toma una decisión sobre la base de la “revisión de las actas”.

La “oralidad”, en la práctica, se limitaba a un informe oral de las partes al que usualmente se le asigna una duración de cinco minutos, y, en muchos casos, además, la resolución de fondo era muy posterior al “debate”, lo que afectaba

4 SAN MARTÍN CASTRO, César, *Derecho procesal penal*, Lima: Grijley, 2002, p. 439.

5 BINDER, Alberto, *Introducción al derecho procesal penal*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 1993, p. 217. Este autor sostiene, además, que ello comporta que las sentencias se basen casi exclusivamente en el sumario, lo que significa “prescindir del juicio previo”, por tanto, “dictar sentencias inconstitucionales”.

seriamente la intermediación y la concentración. Así, los ciudadanos sometidos a un proceso penal, en su gran mayoría, se vieron privados del que debe ser el eje central del proceso: el juicio oral, el debate público y contradictorio indispensable para una legítima aplicación del derecho penal.

Posteriormente, siguiendo la experiencia europea y la propia experiencia latinoamericana, el legislador comprendió que no es posible otro proceso que aquel que se sustenta en una correcta separación de funciones entre instrucción, acusación y juzgamiento.

Además, el proceso penal debe ser —por regla general— público, oral, contradictorio, concentrado y se debe regir por el principio de intermediación, lo que significa que la sentencia solo puede basarse en las *pruebas actuadas en el juicio*, y siempre que en este, en forma permanente, hayan participado la persona o personas que conforman el tribunal.

Tal razonamiento condujo a que el nuevo Código Procesal Penal (2004) asuma dos reglas de principio vitales para el desarrollo del tema que nos ocupa: 1) la investigación y el juzgamiento deben ser adjudicados a dos órganos —y personas— distintos; y 2) un ciudadano solo puede ser sentenciado sobre la base de pruebas actuadas en el juicio oral. Los actos de investigación actuados con carácter previo al juicio oral cumplen, por regla general⁶, el objeto de *preparar* el juicio, no están destinados a formar la convicción del órgano jurisdiccional competente para resolver el conflicto penal.

II. LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL

1. El Ministerio Público como conductor de la investigación

Como se ha dicho, el nuevo Código Procesal Penal tiene entre sus objetivos más claros volver a un espacio procesal en el que las funciones de investigación y juzgamiento queden claramente diferenciadas. La división de roles, auténtica manifestación del principio acusatorio en el proceso penal, es, sin lugar a duda, uno de los logros más importantes de la reforma.

6 Sí existen excepciones, clara muestra de ello son la prueba anticipada (art. 242 del nuevo CPP) y la preconstituida.

Discusión distinta, y cuyo carácter es controversial en la doctrina vigente⁷, es la de establecer *quién* debe ser el sujeto encargado de la investigación. El nuevo CPP, siguiendo la experiencia europea (Alemania, Italia y Portugal) y la propia experiencia latinoamericana (fundamentalmente, Chile, Colombia, Ecuador y Costa Rica), en una de las modificaciones más importantes del nuevo sistema procesal penal acusatorio, asigna la *conducción* de la investigación al Ministerio Público⁸.

SCHÜNEMANN considera que, en la modernización del proceso penal, asignar la investigación al Ministerio Público es una elección mucho más acertada que el mantenimiento de la figura del juez de instrucción, toda vez que a este “se le puede objetar que reúne en una misma persona la función de conducir las investigaciones y de decidir sobre la afectación de derechos fundamentales”, por lo que carece de *suficiente distancia valorativa respecto de sus propias investigaciones*, necesaria para estar en capacidad de efectuar una “ponderación entre el fin de investigar y la gravedad con que el derecho fundamental en cuestión será afectado”⁹.

7 GIMENO SENDRA, seguido por muchos otros autores, ha liderado la postura a favor de la figura del fiscal investigador (o instructor). Véase GIMENO SENDRA, Vicente, “La necesaria e inaplazable reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, en *La Ley*, Madrid: 25 de septiembre del 2002. La posición contraria ha sido defendida, entre otros, por DE LA OLIVA SANTOS y MONTERO AROCA. Véase DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, *Jueces imparciales, fiscales investigadores y una nueva reforma para la vieja crisis de la justicia penal*, Barcelona: PPU, 1998; y MONTERO AROCA, Juan, *Proceso penal y libertad. Ensayo polémico sobre el nuevo proceso penal*, Navarra: Civitas, 2008, p. 145 y ss. En una de las críticas más sólidas a la figura del fiscal instructor, ARMENTA DEU señala lo siguiente: “[E]l verdadero peligro para las garantías constitucionales del ciudadano subyace en el equilibrio entre la instrucción y la acusación, más que en la separación entre acusación y juicio, así como en la protección de los derechos del acusado, de manera que el órgano acusador no pueda adoptar determinadas medidas que arrojen una carga excesiva de parcialidad, poniendo de relieve la falta de distanciamiento psicológico de quien habiendo conducido la investigación debe luego sostener la acusación. El peligro surge en tal caso porque los rasgos inquisitorios se trasladan al fiscal corriendo el riesgo de arbitrariedades en la investigación y de invasión indebida de la vida privada”. ARMENTA DEU, Teresa, “Juicio de acusación, imparcialidad del acusador y derecho de defensa”, en *Ius et Praxis*, año XIII, n.º 2, Talca: 2007, p. 102. Recuperado de <<https://bit.ly/3dpfCtp>>. Una versión diametralmente opuesta es la defendida por BOTERO CARDONA, para quien “resulta natural que la parte que formula y sostiene la acusación asuma —también— la dirección de las investigaciones”. BOTERO CARDONA, Martín E., *El sistema procesal penal acusatorio. El justo proceso. Estructura y funcionamiento*, Lima: Ara Editores, 2009, p. 258.

8 El art. IV.I del título preliminar del nuevo CPP establece lo siguiente: “El Ministerio Público es titular del ejercicio público de la acción penal en los delitos y tiene el deber de la carga de la prueba. Asume la conducción de la investigación desde el inicio”.

9 SCHÜNEMANN, Bernd, *La reforma del proceso penal*, Madrid: Dykinson, 2005, pp. 75 y 76.

Esta postura es interesante porque ubica una de las problemáticas más claras de la figura del *juez instructor*. Un importante sector de la doctrina española defiende la concepción del juez instructor, partiendo de la idea de que tal figura no tiene por qué afectar la imparcialidad del juzgador, ni el principio acusatorio, ni, en su caso, la estructura del proceso, si es que el diseño procesal establece, claramente, que el juez encargado de la instrucción no pueda luego juzgar¹⁰.

Por lo tanto, se admite la figura siempre que la fase de juzgamiento sea asignada a otro juez o tribunal que no haya participado en la investigación previa. Y el análisis de esta posición —aun cuando no se comparta— es indispensable, porque demuestra que la asignación de la investigación al Ministerio Público no constituye necesariamente una respuesta del legislador destinada a consolidar la separación de funciones (en tanto puede crearse un sistema, como el español, en el que el juez de instrucción y el órgano encargado del juzgamiento sean entes jurisdiccionales, pero distintos)¹¹.

Sin embargo, es cierto que es indispensable, también, que las decisiones vinculadas a la restricción de derechos fundamentales durante la investigación preparatoria sean adoptadas por una persona distinta al órgano que dirige la investigación, porque en este caso también puede existir una “contaminación procesal” que afecte, en palabras de SCHÜNEMANN, “la distancia valorativa necesaria respecto de sus propias investigaciones”^{12 13}.

10 Vid. DE LA OLIVA SANTOS, *Jueces imparciales, fiscales investigadores y una nueva reforma para la vieja crisis de la justicia penal*, ob. cit., p. 85 y ss.

11 FUENTES SORIANO, quien es partidaria de una investigación a cargo del fiscal, señala que un sistema de instrucción judicial puede ser tan acusatorio como otro de investigación fiscal, y que la clave que permite la adecuación del sistema de enjuiciamiento —ya dividido en dos fases que se otorgan a órganos diferentes— al modelo acusatorio reside en el valor procesal que se otorgue a las diligencias de investigación. FUENTES SORIANO, Olga, “El modelo acusatorio y el Ministerio Público”, en CUBAS VILLANUEVA, Víctor; Yolanda DOIG DÍAZ y Fany QUISPE FARFÁN (coords.), *El nuevo proceso penal. Estudios fundamentales*, Lima: Palestra, 2005, p. 143.

12 SCHÜNEMANN, *La reforma del proceso penal*, ob. cit., p. 76.

13 Dentro de las restricciones de derechos fundamentales que pueden adoptarse en el desarrollo del proceso penal, el caso de la prisión preventiva es el más claro. Que el encargado de la instrucción sea, a su vez, el responsable de determinar la necesidad de imponer una privación cautelar de libertad, presenta muchos inconvenientes. Vid. DEL RÍO LABARTHE, Gonzalo, *La prisión preventiva en el nuevo Código Procesal Penal*, Lima: Ara Editores, 2008, p. 76.

El peligro de parcialidad o la incompatibilidad de funciones no solo se presenta cuando se acumulan las funciones de instrucción y juzgamiento, también cuando deben adoptarse decisiones interlocutorias que involucran la restricción de derechos fundamentales durante el desarrollo de la investigación.

En un sentido similar se pronuncia GONZÁLEZ CUÉLLAR, quien advierte que una investigación dirigida por el Ministerio Público presenta las siguientes ventajas:

[P]ermite la necesaria coordinación de las investigaciones penales, asegura la imparcialidad del juez llamado a resolver sobre la adopción de medidas de investigación o cautelares restrictivas de derechos fundamentales; e impide que el juicio oral quede desplazado de su núcleo esencial del proceso, en el que toda la prueba (salvo contadas excepciones de reproducibilidad) debe ser practicada¹⁴.

En dicha línea, la nueva estructura del proceso penal no se limita a asignar la investigación al Ministerio Público, instituye también la figura del juez de garantías (juez de la investigación preparatoria), que será el encargado de ejercer un control de la investigación preparatoria y el órgano responsable de disponer —previa solicitud de parte— las medidas de investigación y las medidas cautelares que involucren la restricción de derechos fundamentales.

En el caso peruano, la figura del fiscal investigador no solo es el resultado de asumir la opinión de la doctrina dominante, sino que, sobre todo, responde a lo dispuesto por la propia Constitución Política de 1993, cuyo art. 159.4 exige que sea el Ministerio Público el encargado de *conducir*, desde su inicio, la investigación del delito. Opción constitucional que, a juicio de la doctrina nacional más autorizada, también presenta las siguientes ventajas:

- 1) Consolida el principio acusatorio formal.
- 2) Garantiza un adecuado desenvolvimiento de la defensa, al desvincular al juez de la investigación (quien afirma y construye la hipótesis incriminadora ya no decide sobre ella).

14 GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás, “Investigación y prueba: los nuevos retos ante la reforma del proceso penal”, en SANZ HERMIDA, Ágata (coord.), *Investigación y prueba en el proceso penal*, La Coruña: Colex, 2006, p. 22.

- 3) Afirma la compatibilidad institucional de un Estado democrático de derecho, por cuanto es imposible que en una sola persona (juez instructor) recaiga el ejercicio del poder de persecución penal y el control de ese ejercicio¹⁵.

En consecuencia, este modelo constitucional de organización de la instrucción permite que el fiscal se convierta en una institución idónea para un sistema procesal penal acusatorio¹⁶.

2. La investigación preparatoria

Una vez que hemos analizado cuáles son las razones que motivaron al legislador para optar por la figura del “fiscal investigador”, se debe analizar, de modo muy general, cuál es la justificación, estructura y contenido de la investigación preparatoria, y cuáles son las funciones que el nuevo CPP atribuye al Ministerio Público y al juez de garantías.

Siguiendo a MONTERO AROCA, el *proceso civil* comienza cuando ante un tribunal se presenta una demanda en la que una parte, el actor, formula una pretensión contra otra, el demandado. La presentación de la demanda suele estar precedida de una actividad preparatoria privada (realizada por el abogado del futuro actor) en la que se recogen los materiales necesarios para, inicialmente, decidir si es conveniente para el cliente que la demanda sea presentada y, después, utilizar estos como fuentes de prueba con los cuales afrontar con éxito el proceso.

La situación es distinta en el *proceso penal*, sostiene MONTERO AROCA, las leyes procesales penales de todos los países regulan la actividad preparatoria del proceso penal y le atribuyen naturaleza pública (principios de oficialidad y legalidad —necesidad procesal—), con lo que introducen un elemento desconocido para el proceso civil. No se está frente a una actividad —la investigación preparatoria— creada artificialmente, sino ante una que responde a necesidades prácticas evidentes¹⁷.

En el nuevo Código Procesal Penal, el inicio de una investigación penal es motivada por la existencia de una denuncia (art. 326 del nuevo CPP), por

15 SAN MARTÍN CASTRO, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 444.

16 *Ibid.*, p. 451.

17 MONTERO AROCA, *Proceso penal y libertad. Ensayo polémico sobre el nuevo proceso penal*, ob. cit., pp. 97-100.

la comunicación de la existencia de un delito por parte de la Policía o por una actuación de oficio del Ministerio Público (art. 329 del nuevo CPP), situaciones que *pueden* dar inicio a las diligencias preliminares, etapa de carácter *contingente*.

Las diligencias preliminares cumplen, de ser el caso, la finalidad inmediata de realizar actos urgentes o inaplazables destinados a determinar si han tenido lugar los hechos objeto de conocimiento y su delictuosidad, así como asegurar los elementos materiales de su comisión e *individualizar* a las personas involucradas, incluyendo a los agraviados.

Esta fase culmina con el archivo de las investigaciones o, en su caso, con la formalización de la investigación preparatoria¹⁸; por eso se sostiene que es una etapa cuya finalidad consiste, precisamente, en determinar si el fiscal debe o no formalizar la investigación¹⁹.

Por formalizar la investigación se entiende el acto de formalización y continuación de la investigación preparatoria regulado en los arts. 3 y 336 del nuevo CPP. Esta es una decisión formal del fiscal que debe ser comunicada al juez de la investigación preparatoria y al imputado (disposición) y que implica que, del análisis de la denuncia, el informe policial o las diligencias preliminares, se advierta que existen *indicios reveladores de la existencia de un delito*, que la acción penal no ha prescrito, que se ha individualizado al imputado y, de ser el caso, que se han satisfecho los requisitos de procedibilidad (art. 336.1 del nuevo CPP).

La disposición²⁰ de formalización debe contener el nombre completo del imputado, los hechos y la tipificación, el nombre del agraviado y las diligencias

18 Según el art. 334 del nuevo CPP, el fiscal puede declarar que “no procede formalizar y continuar la investigación” y ordenar el archivo definitivo de lo actuado, si “al calificar la denuncia” o “después de haber realizado o dispuesto realizar diligencias preliminares” considera que el “*hecho denunciado no constituye delito, no es justiciable penalmente o se presentan causas de extinción previstas en la ley*”. El art. 336 nuevo CPP, por su parte, ordena al fiscal disponer “la formalización y la continuación de la investigación preparatoria”, “si de la denuncia, del informe policial o de las diligencias preliminares que realizó aparecen indicios reveladores de la existencia 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”. Es por esta razón que las diligencias preliminares son una etapa de carácter contingente, no constituyen una fase por la que obligatoriamente debe transitar el fiscal en el inicio de una investigación penal.

19 ORÉ GUARDIA, “El Ministerio Fiscal en el nuevo Código Procesal Penal peruano”, art. cit., p. 163.

20 El art. 122 del nuevo CPP establece que las disposiciones se dictan para decidir: a) el inicio, la continuación o el archivo de las actuaciones; b) la conducción compulsiva de un imputa-

que deban actuarse (art. 336.1 del nuevo CPP). Esto no es otra cosa que la *imputación formal*, que reemplaza a la “formalización de la denuncia” y al “auto apertorio de instrucción”, regulados en el anterior sistema procesal. Implica que el imputado *conozca* la imputación mediante una disposición motivada que también debe ser comunicada al juez de garantías.

La importancia de esta disposición para el desarrollo de este estudio radica en uno de los *efectos* que le atribuye el art. 339 del nuevo CPP, a saber, que con ella —a diferencia de lo que sucede en el marco de las diligencias preliminares— el fiscal perderá la facultad de *archivar* la investigación *sin intervención judicial*. Esto significa que la formalización de la investigación preparatoria es un requisito previo indispensable para la aparición de la fase intermedia en el proceso común. Además, es un acto imprescindible para la formación de la acusación fiscal, toda vez que constituye una referencia obligada para establecer ciertos límites: cuáles son los hechos y personas que pueden ser incluidos en ella (art. 349.2 del nuevo CPP).

La disposición de formalización constituye así el inicio de la investigación preparatoria propiamente dicha. Esta etapa cumple la función de reunir la información que permita establecer si existe causa probable de responsabilidad penal que permita emitir acusación o, en su caso, solicitar el archivamiento de la causa²¹.

El nuevo CPP se aparta así del Código de Procedimientos Penales que, como ya se advirtió, establecía como objeto de la instrucción *reunir la prueba* de realización del delito, opción que desnaturalizaba —a través de la lectura de actas— la realización de un proceso penal cuya legitimidad radica en una resolución sobre el fondo cuyo soporte descansa, exclusivamente, en las pruebas *actuadas* en el juicio.

Establece como función de la investigación preparatoria reunir los “elementos de convicción” que permitan al fiscal determinar la delictuosidad de la conducta inculpada, las circunstancias y móviles de su perpetración, la identidad del autor o partícipes y de la víctima, y la existencia del daño causado.

do, testigo o perito, cuando pese a ser emplazado debidamente durante la investigación no cumple con asistir a las diligencias de investigación; c) la intervención de la policía a fin de que realice actos de investigación; d) la aplicación del principio de oportunidad, y e) toda otra actuación que requiera *expresa motivación* dispuesta por la ley.

- 21 REYNA ALFARO, Luis Miguel, *La terminación anticipada en el Código Procesal Penal*, Lima: Jurista Editores, 2009, p. 37.

Un aporte fundamental del nuevo Código Procesal Penal es que establece claramente que el fiscal debe reunir elementos de *cargo y de descargo* (arts. iv.2 del título preliminar, 61 y 321 del nuevo CPP). Esta disposición corrige la vieja costumbre de considerar que la investigación solo cumple con recoger los elementos necesarios para *determinar si se debe sostener la acusación fiscal y para preparar esta*, con olvido de que esa actividad también debe dirigirse a todo lo que excluye y, en su caso, a todo lo que matiza o condiciona la acusación, proporcionando los elementos tácticos necesarios para la defensa²².

El art. 325 del nuevo CPP, por su parte, establece que las actuaciones de la investigación *solo* sirven para emitir resoluciones propias de la investigación y de la *etapa intermedia*. Señala, además, que, para efectos de la sentencia, solo tienen carácter de actos de prueba, las pruebas anticipadas (art. 242 del nuevo CPP) y las preconstituidas²³. A través de esta norma, el nuevo Código Procesal Penal recupera la noción de que el juicio oral es la etapa *central* del proceso penal y de que una persona solo puede ser sentenciada sobre la base de pruebas actuadas en dicha etapa. La regulación actual cumple así dos de los objetivos que al inicio apuntábamos como aspectos centrales de la reforma: la “división de roles” y el “regreso” del juicio oral.

3. Las funciones del Ministerio Público en la investigación preparatoria

Asignar la conducción de la investigación penal al Ministerio Público involucra, necesariamente, redefinir los roles que el sistema procesal penal instaurado por el Código de Procedimientos Penales asignaba al Ministerio Público y al Poder Judicial en la fase previa al juicio.

El art. iv del título preliminar del nuevo CPP establece que el Ministerio Público es el titular del ejercicio público de la acción penal y que “tiene el deber de la carga de la prueba”. Asume la conducción de la investigación desde el inicio y está obligado a actuar con objetividad (de ahí que se le exija practicar actos de investigación *de cargo y de descargo*).

Pero el fiscal no solo está en la obligación de obtener los elementos de convicción que puedan favorecer al imputado, también debe garantizar —en

22 MONTERO AROCA, *Proceso penal y libertad. Ensayo polémico sobre el nuevo proceso penal*, ob. cit., p. 105.

23 El art. iv.3 del título preliminar del nuevo CPP establece, a su vez, que los actos de investigación que practica el Ministerio Público o la Policía Nacional *no tienen carácter jurisdiccional*.

aras de una manifestación práctica de la igualdad procesal— su derecho de defensa en la investigación preparatoria; la contradicción no se limita a la fase de enjuiciamiento.

Esto obliga a construir una investigación preparatoria donde el imputado no participe como objeto de la investigación, sino como sujeto de derechos, y, sobre todo, asuma una posición activa, en la medida en que también se le debe permitir —ya no a través del Ministerio Público, sino por sí mismo y a través de su abogado defensor— realizar los actos de investigación que permitan contrarrestar o descartar la hipótesis incriminatoria.

SCHÜNEMANN sostiene que es necesario que la defensa juegue un papel activo “para hacer contrapeso en aquella etapa del proceso [la investigación] en la que se tiran los dados para el resultado final”. Este fortalecimiento, según el autor, puede lograrse sobre la base del desarrollo de tres ámbitos específicos: derechos de información y de vista del expediente, derechos de presencia y participación, y derecho a realizar investigaciones propias²⁴.

En dicha línea, el art. 338 del nuevo CPP menciona que el fiscal deberá permitir la asistencia de los sujetos procesales en las diligencias. Además, de conformidad con el art. 337.4 del mismo cuerpo legal, el imputado y los demás intervinientes pueden solicitar al fiscal todas las diligencias que consideren pertinentes y útiles para el esclarecimiento de los hechos.

El rechazo de estas diligencias por el fiscal, por no estimarlas conducentes pertinentes y útiles para el desarrollo de la investigación, permite que los sujetos procesales acudan al juez de la investigación preparatoria para obtener un pronunciamiento judicial con relación a la procedencia de la diligencia (art. 337.5 del nuevo CPP).

Si bien el nuevo Código Procesal Penal mantiene la figura de una investigación “reservada”, no lo es para las partes procesales, quienes pueden enterarse de su contenido de manera directa o a través de sus abogados debidamente acreditados en autos.

Un paso decidido hacia el fortalecimiento del derecho de defensa —aun cuando parezca un aspecto esencialmente formal— radica en que el nuevo Código Procesal Penal permite que, *en cualquier momento*, las partes puedan obtener

24 SCHÜNEMANN, *La reforma del proceso penal*, ob. cit., pp. 60 y 61.

copia simple de las actuaciones (arts. 138 y 324 del nuevo CPP). Ello posibilita que, en la práctica, la defensa técnica sea mucho más solvente y específica que en el modelo anterior.

Con relación al secreto de las actuaciones (art. 324 del nuevo CPP), este solo puede darse en situaciones excepcionales de peligro para la investigación. El fiscal debe motivar la disposición que ordene el secreto de una actuación o documento específico —se supera la idea de “secreto genérico”— por un plazo máximo de veinte días (que cuenta con una prórroga por igual plazo)²⁵.

Respecto de la relación entre el Ministerio Público y la Policía, el Código Adjetivo señala que el Ministerio Público es el órgano encargado de *conducir* y *controlar* jurídicamente los actos de investigación que aquella realice (art. iv del título preliminar del nuevo CPP). En el mismo sentido se expresa el art. 60 del nuevo CPP cuando señala que la Policía Nacional está *obligada* a cumplir los mandatos del Ministerio Público en el ámbito de su función.

Se intenta transmitir dos aspectos fundamentales de la reforma en el ámbito de la dirección funcional del Ministerio Público sobre la Policía:

- 1) El Ministerio Público debe comprender que la entidad que realiza, por regla general, las actividades de investigación es la Policía, por razones de experiencia profesional, cobertura territorial y medios disponibles; y 2) el Ministerio Público debe ser capaz de mostrar a la Policía que sin una coordinación de su trabajo los resultados de las investigaciones sirven de poco o nada²⁶.

Se redefine así la figura de la Policía en la investigación penal, en tanto está obligada a actuar como *órgano de apoyo* del Ministerio Público (art. 67.2 del nuevo CPP). Ello no supone que le esté vedado realizar actos de investigación por iniciativa propia (art. 67.1 del nuevo CPP), tampoco implica que el nuevo sistema

25 FUENTES SORIANO cuestiona el hecho de que en el nuevo CPP (art. 324) el fiscal pueda decretar el secreto de la investigación sin el concurso de un órgano jurisdiccional, en la medida que se está ante la afectación del derecho fundamental a la defensa. Señala, incluso, que resulta ilógico que sí se requiera la intervención judicial en la prórroga, porque la afectación de derechos fundamentales “no es una cuestión de tiempo”. FUENTES SORIANO, “El modelo acusatorio y el Ministerio Público”, art. cit., p. 144.

26 DUCE, Mauricio, “Reforma procesal penal y reconfiguración del Ministerio Público en América Latina”, en *Seminario Reforma Procesal Penal*, Santiago de Chile: Jurídica Conosur, 2001.

procesal penal desconozca la función esencial que cumple este organismo en el desarrollo de la investigación penal, sobre todo en una serie de aspectos técnicos para los que necesariamente se requiere su concurso.

Regula una serie de aspectos que son fundamentales para implementar un *control jurídico* de la actuación de la Policía, lo que resulta vital en el desarrollo de un proceso penal respetuoso de los derechos fundamentales. Probablemente, los aspectos más importantes son la *obligación* de comunicar inmediatamente al fiscal el conocimiento de un hecho delictivo (art. 67.1 del nuevo CPP) y la regulación específica del “informe policial”. El nuevo Código Procesal Penal determina que la Policía, en *todos los casos* que intervenga, debe elevar al Ministerio Público un informe que debe contener los antecedentes que motivaron su intervención, la relación de diligencias efectuadas y el análisis de los hechos investigados; sin embargo, necesariamente debe *abstenerse de calificar jurídicamente los hechos y de imputar responsabilidades* (art. 332 del nuevo CPP).

La importancia de esta disposición radica en que sitúa a la Policía en su real dimensión y obliga al Ministerio Público a efectuar un control estricto de sus actos; sobre todo, es el fiscal el que ejerce el monopolio sobre la valoración jurídica de los hechos.

Evidentemente, la intención de la reforma es evitar la influencia ejercida por el atestado policial en el proceso penal regulado por el Código de Procedimientos Penales, que al “calificar” el hecho delictivo, muchas veces se convertía en una pieza central del proceso, incluso, en relación con el resultado final²⁷.

El atestado no tiene mucho sentido si se toma en cuenta —además del hecho, extensamente discutido, de que el atestado no constituye prueba— que, por regla general, se está ante una calificación jurídica de los hechos por un organismo que carece de competencia para tal fin, sobre todo si consideramos que permite una calificación jurídica realizada por personas que no son profesionales del derecho. Además, la Policía es un organismo que está *netamente* vinculado al ideal de persecución penal y puede carecer, en muchos casos, de una *visión objetiva*.

27 SAN MARTÍN CASTRO sostiene que el nuevo modelo debe *descartar* la figura del “atestado policial” (calificación jurídica de los hechos por la Policía) porque expresa una visión “autonomista” de las averiguaciones policiales. *Vid.* SAN MARTÍN CASTRO, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 452.

Por otro lado, es importante apuntar que la reforma del proceso penal no se agota en el “destierro” de la figura del juez instructor con el propósito de preservar la imparcialidad de las decisiones judiciales, sino que también procura eliminar la fatal rigidez del sistema “judicialista” de instrucción, de modo que rompa la mentalidad formalista y burocrática que caracteriza al sumario judicial y que, por el concurso de un juez, tiende inevitablemente a convertirse en la dueña del resultado del proceso, relegando a un plano secundario el enjuiciamiento²⁸.

Uno de los grandes problemas de la *instrucción judicial* se percibe en la tendencia a considerar que los actos de investigación son prueba por el solo hecho de haber sido practicados ante un órgano jurisdiccional. Si bien es cierto que en los últimos tiempos la doctrina jurisprudencial ha insistido en implementar la contradicción también en la instrucción judicial, ni siquiera una “investigación que permita el contradictorio” puede sustituir al juicio oral, única etapa que garantiza la publicidad, el derecho de defensa, la concentración, la inmediación y el principio acusatorio, garantías básicas de cualquier proceso penal moderno.

La nueva investigación preparatoria también debe afianzar el contradictorio en sede preliminar, pero ello no debe ocurrir con el propósito de “reemplazar” al juicio oral, sino con el único objetivo —fundamental para la cabal comprensión de la etapa intermedia— de que el imputado también ostente la posibilidad de reunir los elementos de descargo y contrarrestar los elementos de cargo a fin de *evitar el desarrollo del juicio*.

Por otro lado, no hay que olvidar que la reforma actúa en dos vías paralelas que procuran sintetizar un proceso que además de *garantista* debe ser *eficaz*. La investigación fiscal no debe tener mayores ribetes de formalización “sacramental”, debe ser *dinámica y flexible* y organizarse según las características del delito y la complejidad de las actuaciones que demande su esclarecimiento inmediato. Esto era imposible en una instrucción judicial, porque el juez se encontraba sometido a reglas estrictas de competencia y normas estrictas de actuación funcional.

Probablemente, el caso más grave y palpable en el antiguo sistema se da en el ámbito de las declaraciones del imputado y de la propia víctima. En algunos casos, estas declaraciones se dan en sede policial, donde suelen ampliarse; en sede fiscal; en sede judicial, donde suelen ampliarse, y en el juicio oral. Salvo supuestos excepcionales de reproducibilidad, las declaraciones en el juicio oral son obligatorias —si con ellas se *pretende formar* la sentencia—, pero declarar

28 *Loc. cit.*

tres veces (¡o más!) en la etapa previa al juicio oral es, la mayoría de las veces, un auténtico despropósito, un mero ritual.

Sobre todo porque en la mayoría de los supuestos no existe ninguna conexión lógica entre las primeras declaraciones y sus sucedáneas. No se busca aclarar ciertos hechos o descubrir algunas contradicciones o profundizar en nuevos aspectos surgidos en la investigación con posterioridad a la declaración o declaraciones anteriores. No, se sigue el ritual, se ejerce a manera de “acto obligatorio” sin importar lo que se ha dicho previamente. Las contradicciones suelen analizarse recién en el juicio oral.

El nuevo Código Procesal Penal no “encorseta” al fiscal en su labor de investigador. El art. 337.1 del nuevo CPP le permite realizar las diligencias de investigación que *considere pertinentes y útiles*, dentro de los límites de la ley. El art. 337.2 del nuevo CPP, siguiendo una línea coherente de flexibilización del sistema, prohíbe la repetición de las diligencias preliminares.

Por esta razón, el art. 65.4 del nuevo CPP es de gran utilidad para comprender la “nueva dimensión” de la investigación penal. Este artículo establece que el fiscal debe decidir *la estrategia de investigación adecuada al caso*. Debe programar y coordinar el empleo de pautas, técnicas y medios indispensables para la eficacia de la investigación.

MAIER señala que es necesario “organizar” al Ministerio Público para que pueda responder a la nueva “demanda” de persecución penal que plantea la llamada criminalidad socioeconómica. Afirma que tal organización exige la “desburocratización” de la Fiscalía, sobre todo en el sistema de asignación de casos, de manera que pueda reunir equipos para la persecución, conforme a su complejidad. También debe existir cierta posibilidad de elección de casos, de manera que se destine más y mejores recursos a los más importantes y graves, y que esa posibilidad de selección vaya acompañada de alternativas en la solución²⁹ (oportunidad, proceso inmediato, colaboración eficaz, etc.)

No hay duda de que el diseño de la estrategia y de las pautas a seguir es competencia exclusiva del fiscal. Esto permite empezar a buscar índices de eficacia en la resolución de conflictos. Se debe superar el sistema anclado en la burocratización de una investigación que cumple formalmente con “revisar” todos los casos en condiciones iguales, pero que al final del camino termina siendo una justicia mucho más lenta, lo que involucra que la mayoría de los ciudadanos sometidos a

29 MAIER, Julio, *Antología. El proceso penal contemporáneo*, Lima: Palestra, 2008, p. 503.

persecución penal sean afectados en su derecho fundamental a un plazo razonable de duración de la investigación.

La misma norma restringe la *ampliación* de la investigación preparatoria a los casos en que se advierte que la actuación de una diligencia específica es indispensable, porque se advierte un grave defecto en su actuación o porque es inevitable la necesidad de completar la investigación como consecuencia de la incorporación de nuevos elementos de convicción.

Esta disposición es el reflejo de una actividad que debe respetar el plazo razonable de duración. Esto significa, primero, que no debe limitarse a cumplir con la duración establecida en el Código y, segundo, que cualquier ampliación debe encontrarse justificada. Esto permite evitar la tendencia a ampliar las investigaciones penales de forma automática y sin justificación alguna (o mediante “justificaciones aparentes”), lo que conduce al absurdo de que el titular solo *apura* el trámite de las diligencias cuando está por vencerse el plazo y, lo que es peor, el plazo ampliatorio.

Otra norma que refuerza la desburocratización de la investigación es el art. 343 del nuevo CPP, cuando establece que el fiscal dará por concluida la investigación preparatoria cuando considere que ha cumplido con su objetivo, *aun cuando no hubiere vencido el plazo*. Es una disposición normativa que refuerza la idea de que la investigación penal tiene un carácter esencialmente *instrumental*, donde lo primordial es que cumpla un objetivo determinado y no la satisfacción de un ritual que pierde de vista el objetivo central para ceñirse, sin justificación alguna, al estricto cumplimiento de los plazos máximos.

4. Las funciones del juez de garantías³⁰ en la investigación preparatoria

El nuevo Código Procesal Penal utiliza la expresión *investigación preparatoria*, técnica legislativa que sin duda pretende diferenciar la actual investigación —

30 El nuevo Código Procesal Penal opta por la denominación “juez de la investigación preparatoria”, en lugar de la expresión “juez de garantías” utilizada en otros ordenamientos (es el caso del nuevo Código Procesal Penal chileno). Sin embargo, estamos hablando de la misma figura y en este trabajo utilizaremos indistintamente ambas denominaciones. Sí es importante resaltar que la expresión juez de garantías es preferible, porque, además de ser juez de la investigación preparatoria (art. 29.4 del nuevo CPP), también lo es de la etapa intermedia. Y la diferencia entre una y otra, como se verá en este estudio, es muy clara en el nuevo Código Procesal Penal. Incluso es el titular en la fase de ejecución penal.

dirigida por el Ministerio Público— de la “instrucción” (Código de Procedimientos Penales), que es un concepto ligado a una investigación de carácter judicial.

Sin embargo, sin perjuicio de reconocer que es una discusión estrictamente semántica, la diferencia fundamental estriba en que el vocablo instrucción en realidad incluye distintos actos procesales, no se limita a regular “actividades puras” de investigación. Siguiendo a BINDER, durante la investigación preparatoria existen cuatro tipos de actividades: “1) Actividades de pura investigación. 2) Decisiones que influyen sobre la marcha del procedimiento. 3) Anticipos de prueba. 4) Decisiones o autorizaciones, vinculadas a actos que pueden afectar garantías procesales o derechos constitucionales”³¹.

Independientemente de que se utilice la expresión “investigación preparatoria”, debe quedar claro que esta fase previa comprende la investigación y una serie de actos vinculados a ella que se asignan al juez de garantías, además de los actos que ejercen la defensa y los demás sujetos procesales, a quienes se les debe facilitar una actuación procesal que permita influir en el desarrollo de la investigación con el propósito de garantizar el derecho a la igualdad procesal.

Al Ministerio Público se le asigna la *conducción* de la investigación, no la *etapa* de investigación preparatoria propiamente dicha, que reúne un conjunto mayor de actos y una pluralidad de actores. En dicha línea, el art. 323 del nuevo CPP establece que al juez de la investigación preparatoria le corresponde en esta etapa: “a) autorizar la constitución de las partes; b) pronunciarse sobre las medidas limitativas de derechos que requieren orden judicial³² [...]; c) resolver excepciones, cuestiones previas y prejudiciales; d) realizar los actos de prueba anticipada, y e) controlar el cumplimiento del plazo [de la investigación preparatoria]”.

Siguiendo la definición expuesta, la posibilidad de autorizar la constitución de las partes; la de resolver excepciones, cuestiones previas y prejudiciales, y la de controlar el cumplimiento del plazo *son decisiones que influyen sobre la marcha*

31 BINDER, *Introducción al derecho procesal penal*, ob. cit., p. 214.

32 El Código Adjetivo incluye aquí a las medidas de protección, pero sucede que estas pueden ser incluidas en el ámbito de las medidas limitativas de derechos fundamentales, que es el género. Por otro lado, menciona a las medidas limitativas que “requieren orden judicial”, porque es evidente que el nuevo Código Procesal Penal también regula ciertas medidas coercitivas que no requieren la autorización del órgano jurisdiccional. Fundamentalmente, supuestos vinculados a la urgencia y flagrancia, y la conducción compulsiva que en supuestos excepcionales puede ordenar el fiscal.

del procedimiento. También se asigna al juez los *anticipos de prueba* y las *medidas limitativas de derechos fundamentales* (búsqueda de pruebas y restricción de derechos y medidas cautelares personales y patrimoniales —medidas de coerción—).

El juez de garantías cumple así, en la investigación preparatoria, una función de *control*, que no busca definir o determinar la labor del fiscal, sino más bien cautelar que dicho rol se ejerza respetando los derechos fundamentales del imputado y las garantías que asisten a la víctima³³. Por esta razón, se le califica como un “contrapeso” de la actuación del Ministerio Público³⁴.

Además, en tanto la investigación se encuentra asignada al Ministerio Público, el juez de garantías se ubica en una posición *supra partes* y, por regla general, *actúa cuando media solicitud de alguna de ellas*. Es por esta razón que el art. 323 del nuevo CPP menciona expresamente que los actos procesales que el Código Adjetivo autoriza al juez de la investigación preparatoria se producen “a *requerimiento* del fiscal o a *solicitud* de las demás partes” (principio rogatorio).

Esto es una clara expresión del principio acusatorio, el juez no actúa de oficio (¿por qué iba a hacerlo, si ya no es el responsable de la investigación?), tutela los derechos de las partes siempre que se le convoque para tal fin. Y, lo que es más importante, la necesidad del requerimiento o solicitud previa obliga al juez de garantías a tomar una decisión solo luego de un debate contradictorio.

La audiencia no es una exclusividad del ejercicio de la acción penal (acusación), se encuentra presente en todas aquellas decisiones interlocutorias que configuren una limitación de derechos fundamentales, la actuación (anticipada) de una prueba o cualquier otra decisión crucial para el desarrollo del procedimiento (cuando se solicita un ejercicio de tutela de una garantía procesal; v. gr.: cumplimiento de plazos, admisión de pruebas, acceso a la carpeta fiscal).

Todas estas decisiones, por su trascendencia, deben regirse por los principios de oralidad, inmediación y contradicción. El juez debe tomar una decisión, pero debe hacerlo luego de un debate oral, por la sencilla razón de que esa es la mejor manera que tiene el ser humano de minimizar sus errores.

33 ORÉ GUARDIA, “El Ministerio Fiscal en el nuevo Código Procesal Penal peruano”, art. cit., p. 170.

34 GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás; William RABANAL PALACIOS y Hamilton CASTRO TRIGOSO, *El Código Procesal Penal. Comentarios descriptivos, explicativos y críticos*, Lima: Jurista Editores, 2008, p. 657.

No hay duda de que la mejor forma de preservar el contradictorio es conservando la neutralidad del juez y exigiendo una *solicitud* o *requerimiento*³⁵ que determina el inicio de un debate, la necesidad de una audiencia y la conformación de una decisión respaldada por el hecho de haber percibido una dualidad de posiciones que justifican la exigencia de una ponderación y justificación del pronunciamiento contenido en la resolución que se dicte.

5. Conclusión de la investigación preparatoria

Los arts. 342 y 343 del nuevo CPP desarrollan el procedimiento que regula las reglas de cierre de la investigación preparatoria, fase que fija la pauta que constituye el fin de esta etapa y, en consecuencia, que da inicio a la etapa intermedia.

El art. 342 del nuevo CPP señala que la duración de la investigación preparatoria es de 120 días naturales, plazo que, por causa justificada, puede ser prorrogado por 60 días naturales más cuando medie una disposición expresa del fiscal. La prórroga puede dictarse solo en una oportunidad.

En las investigaciones complejas, el plazo de duración de la investigación es de 8 meses, y la prórroga por igual plazo debe concederla el juez de la investigación preparatoria, siempre a solicitud del Ministerio Público (art. 342.2 del nuevo CPP). En el caso de la investigación del delito perpetrado por imputados integrantes de organizaciones criminales, personas vinculadas a ella o que actúan por encargo de ella, el plazo es de 36 meses. Y también tiene una prórroga por igual plazo que debe ser autorizada por el juez.

Para considerar una causa como compleja debe evaluarse si es que la investigación: exige la actuación de una cantidad significativa de actos de investigación; comprende numerosos delitos, involucra una cantidad importante de imputados y agraviados; comprende delitos perpetrados por imputados integrantes o colaboradores de bandas u organizaciones delictivas; demanda la realización de pericias que comportan la revisión de una nutrida documentación o complicados análisis

35 El art. 323 del nuevo CPP utiliza las expresiones requerimiento y solicitud porque cada una de ellas hace referencia a un impulso procesal realizado por sujetos distintos. De acuerdo al art. 121 del nuevo CPP, los requerimientos los formula el fiscal para dirigirse a la autoridad judicial solicitando la realización de un acto procesal específico. El término solicitud se reserva para los casos en los que el petitorio de realización de un acto procesal se encuentra a cargo de las demás partes (imputado, actor civil, agraviado, tercero, etc.).

técnicos; necesita realizar gestiones de carácter procesal fuera del país, o revisar la gestión de personas jurídicas o entidades del Estado.

Por su parte, el art. 343 del nuevo CPP establece que el fiscal dará por concluida la investigación preparatoria cuando considere que ha cumplido con su objeto, aun cuando no hubiere vencido el plazo (art. 343.1 del nuevo CPP). Tal como se advirtió anteriormente, esta norma busca la desburocratización de la investigación y refuerza la idea de que tiene un carácter esencialmente *instrumental*.

El fiscal no solo está obligado a disponer la conclusión de la investigación preparatoria por el cumplimiento del plazo o de su objeto, las partes también pueden solicitar al juez de la investigación preparatoria su conclusión en lo que se conoce como “control del plazo”. Para tal fin, el juez, siempre luego de la solicitud, debe citar al fiscal y a las demás partes a una “audiencia de control del plazo” y, luego de revisar las actuaciones y escuchar a las partes, debe dictar la resolución que corresponda (art. 343.2 del nuevo CPP).

Puede ordenar la continuación de la investigación, si considera que no ha vencido el plazo, u ordenar la conclusión de la investigación, cuando sí haya vencido. En el plazo de 10 días, el fiscal deberá pronunciarse solicitando el sobreseimiento o formulando acusación, según corresponda. Su incumplimiento acarrea responsabilidad disciplinaria (art. 343.3 del nuevo CPP).

CAPÍTULO II

LA ETAPA INTERMEDIA CUESTIONES GENERALES

I. CONCEPTO

Puede decirse que la discusión vinculada a la existencia o inexistencia de la etapa intermedia se encuentra superada con la sistematización del nuevo Código Procesal Penal, que no solo la regula —en la sección II, del libro tercero, “El proceso común” (art. 344 y ss.)—, sino que expresamente le otorga tal denominación¹.

Desde una perspectiva estrictamente formal, la etapa intermedia es la fase o periodo que se ubica entre la conclusión de la investigación preparatoria y la apertura del juicio oral.

Ha sido calificada por la doctrina como “bifronte”, porque, por un lado, mira a la investigación para resolver sobre su *correcta clausura* y, por otro, a la fase de juicio oral, para determinar si esta *debe desarrollarse*².

Ambas premisas indican que estamos frente a un conjunto de actuaciones procesales que constituyen un auténtico “filtro”, la etapa intermedia cumple una función de *revisión e integración* del material instructor³. Funge de “puente” entre la investigación preparatoria y el juicio oral, y tiene por finalidad la viabilidad del juzgamiento y su contraparte: la cesación de la persecución penal⁴.

1 El Código Procesal Penal de Costa Rica de 1996 también regula expresamente esta fase, a la que denomina “procedimiento intermedio” (art. 310 y ss.). El Código Procesal Penal de Honduras del 2000 la denomina “etapa intermedia”, pero solo incluye la audiencia preliminar de control de la acusación y el “auto apertorio a juicio” (art. 300 y ss.); no incluye el sobreseimiento ni la acusación (requerimiento fiscal), a los que ubica en la “etapa preparatoria”.

2 ARMENTA DEU, Teresa, *Lecciones de derecho procesal penal*, 3.^a ed., Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 209.

3 SAN MARTÍN sostiene que la etapa intermedia está destinada a *calificar* la investigación preparatoria. SAN MARTÍN CASTRO, César, “Introducción general al estudio del nuevo Código Procesal Penal”, en CUBAS VILLANUEVA, Víctor; Yolanda DOIG DÍAZ y Fany QUISPE FARFÁN (coords.), *El nuevo proceso penal. Estudios fundamentales*, Lima: Palestra, 2005, p. 37.

4 PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso R., “La etapa intermedia en el Código Procesal Penal del 2004. Las funciones del Ministerio Público y el juez de la investigación preparatoria”, en *Actualidad Jurídica*, n.º 157, Lima: diciembre del 2006, p. 133.

Es necesario diferenciar las actuaciones de la investigación preparatoria de las vinculadas a la etapa intermedia. Las primeras consisten en la práctica de actos de investigación, aseguramiento y medidas cautelares que procuran el acopio de fuentes de información relacionadas a hechos delictivos y a las circunstancias que pueden tener relevancia para su calificación penal y la determinación de su autoría. En la fase intermedia, en cambio, se revisa y valora los resultados de la investigación resolviendo sobre el reconocimiento de la acción penal con el fin de decidir si procede o no abrir juicio⁵.

La Corte Suprema describe la etapa intermedia como un elemento *imprescindible* del proceso común. Señala que dentro de sus funciones más importantes se encuentra “el control de los resultados de la investigación preparatoria, para lo cual ha de examinar el mérito de la acusación fiscal y los recaudos de la causa con el fin de decidir si procede o no abrir juicio oral, el procedimiento principal”⁶.

En consecuencia, la fase intermedia se funda en la idea de que los juicios deben ser preparados convenientemente y se debe llegar a ellos luego de una actividad responsable. Como señala BINDER: “[U]n proceso correctamente estructurado tiene que garantizar, también, que la decisión de someter a juicio al imputado no sea apresurada, superficial o arbitraria”⁷.

II. FINES

SAN MARTÍN CASTRO sostiene que la etapa intermedia tiene dos grandes funciones: una principal y otra accesoria o secundaria. Por un lado, su función principal consiste en “el examen de la fundamentación fáctica y jurídica del requerimiento fiscal y de los presupuestos de admisibilidad del juicio oral; revisa por tanto el material instructorio para decidir si debe enjuiciarse a una persona o, en su caso, sobreseer la causa”. Por otro lado, cumple una “función contin-

5 ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, Guillermo, *El periodo intermedio del proceso penal*, Madrid: McGraw-Hill, 1997, p. 2.

6 V PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIAS, *Acuerdo Plenario N.º 5-2008/CJ-116*, Lima: 13 de noviembre del 2009, f. j. n.º 17. Recuperado de <<https://bit.ly/3x1MOyU>>.

7 BINDER, Alberto, *Introducción al derecho procesal penal*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 1993, p. 223.

gente, de revisión e integración del material investigativo”, al depurar vicios o irregularidades⁸.

Por su parte, ROXIN entiende que la etapa intermedia cumple una “función de control negativa”, porque se discute “la *admisibilidad y necesidad* de la persecución penal posterior por un juez independiente”. Proporciona “*otra posibilidad de evitar el juicio oral*, que siempre es discriminatorio para el procesado”⁹ (“pena del banquillo”). La intervención judicial es “un requisito de orden constitucional para la protección del acusado ante juicios orales injustificados” y “para afirmar la garantía de la tutela jurisdiccional efectiva de las demás partes procesales”¹⁰.

Opera, así, como un filtro de selección que parte de un doble baremo: positivo, convalida actos de investigación con el propósito de que la persecución penal pase a su etapa final, y negativo, dispone el cese de la persecución penal por defectos probatorios o por no cumplirse con los niveles de imputación delictiva¹¹.

En este contexto, el juez de la investigación preparatoria 1) debe examinar si la investigación está bien concluida o es necesario practicar nuevas diligencias para su correcta conclusión, y 2) si estimase que existe una correcta conclusión de la investigación, debe decidir si concurren los presupuestos necesarios para decretar la apertura del juicio oral o, en caso contrario, sobreseer la causa¹².

Pero esta fase también cumple una función de clasificación del objeto y de los medios de prueba que deben ser actuados en el juzgamiento. Precisa el “objeto del juicio con relación a los hechos que deben ser debatidos y las pruebas que se presentarán para acreditarlos”¹³.

8 SAN MARTÍN CASTRO, César, *Derecho procesal penal. Lecciones*, Lima: INPECCP-Cenales, 2015, pp. 368 y 369.

9 ROXIN, Claus, *Derecho procesal penal*, traducción de la 25.ª ed. alemana (1998) por Gabriela E. Córdova y Daniel R. Pastor, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000, p. 347. La cursiva es nuestra.

10 SAN MARTÍN CASTRO, *Derecho procesal penal. Lecciones*, ob. cit., p. 370.

11 PEÑA CABRERA FREYRE, “La etapa intermedia en el Código Procesal Penal del 2004. Las funciones del Ministerio Público y el juez de la investigación preparatoria”, art. cit., p. 134.

12 DE LA OLIVA SANTOS, Andrés; Sara ARAGONESES MARTÍNEZ; Rafael HINOJOSA SEGOVIA, Julio MUERZA ESPARZA y José Antonio TOMÉ GARCÍA, *Derecho procesal penal*, 6.ª ed., Madrid: Ramón Areces, 2003.

13 HORVITZ LENNON, María y Julián LÓPEZ MASLE, *Derecho procesal penal chileno*, t. II, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2002, p. 21.

TALAVERA ELGUERA señala que en la fase intermedia se pueden plantear, discutir y decidir las siguientes cuestiones: a) saneamiento de vicios procesales; b) aclaración de la acusación; c) resolver excepciones y otros medios de defensa; d) adopción o variación de medidas de coerción; e) actuación de prueba anticipada; f) dictar el sobreseimiento; g) admitir pruebas o rechazarlas, y h) aprobar (o rechazar) las convenciones probatorias¹⁴.

A los fines descritos, que tienen que ver con una perspectiva estrictamente procesal, se deben agregar otros, que forman parte de la concepción de la etapa intermedia desde una visión político-criminal.

DAMASKA sostiene que en la reforma del proceso penal existen dos tipos de presiones a favor de un cambio de modelo. De un lado, una fuente de presiones que puede ser calificada de *ideología procesal*, vinculada a la necesidad de un *proceso justo* y cuya preocupación ha sido consagrada en los instrumentos básicos para la protección internacional de derechos humanos (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y las Convenciones Americana y Europea de Derechos Humanos, etc.). De otro lado, una fuente de presiones de carácter *pragmático*, motivada por el hecho de que tanto en el mundo desarrollado como en los países en desarrollo las condiciones de la modernidad han producido un aumento vertiginoso en el número de casos que ingresan al sistema de justicia penal¹⁵.

El enorme aumento de la cantidad de comportamientos desviados en la sociedad industrial posmoderna, la rápida expansión de la criminalidad organizada y las enormes exigencias probatorias de los delitos económicos han quebrantado por completo los límites de los procesos penales creados en el siglo XIX¹⁶. MAIER llega a sostener que las reformas del sistema de persecución penal son las de *mayor importancia* y las *únicas idóneas* para intentar crear una respuesta eficiente contra la criminalidad económica¹⁷.

14 TALAVERA ELGUERA, Pablo, *Comentarios al nuevo Código Procesal Penal*, Lima: Grijley, 2004, p. 63.

15 DAMASKA, Mirjan, "Aspectos globales de la reforma del proceso penal", en *Reformas a la justicia penal en las Américas*, Washington: Fundación para el Debido Proceso Legal, 1998. Recuperado de <<https://bit.ly/3AaoLQc>>.

16 El Código de Procedimientos Penales de 1940 reguló un proceso penal anclado en la tendencia europea del siglo XIX.

17 MAIER, Julio B., *Antología. El proceso penal contemporáneo*, Lima: Palestra, 2008, p. 500.

Sería iluso sostener que la reforma del proceso penal solo apunta a la configuración de un proceso penal más garantista. Es cierto que el nuevo Código Procesal Penal recoge la tendencia universal en materia de derechos humanos y las garantías procesales penales que integran los tratados internacionales suscritos por el Perú. Es un Código que intenta satisfacer las exigencias internacionales en el ámbito de protección de los derechos del imputado en el curso de un proceso penal. Pero también es cierto que se está ante una legislación procesal que incluye como objetivos centrales la celeridad y la eficacia.

El nuevo Código Procesal Penal enfrenta la dura tarea de procurar una síntesis que no presenta pocos problemas en el ámbito del desarrollo del derecho procesal penal: ser un proceso más justo y, a su vez, más eficaz. Celeridad y justicia, eficacia y garantía, no deben ser consideradas como antítesis.

Por esa razón, ROXIN señala que en un Estado de derecho la regulación del conflicto entre el *ius puniendi* y las libertades públicas “no es determinada a través de la antítesis Estado-ciudadano, el Estado mismo está obligado por ambos fines: aseguramiento del orden a través de la persecución penal y protección de la esfera de libertad del ciudadano”¹⁸, y la etapa intermedia juega un rol fundamental en el desarrollo de esa síntesis.

La etapa intermedia cumple, como se ha dicho, un rol decisivo frente al imputado, porque otorga una posibilidad adicional de evitar la “pena del banquillo”¹⁹. La investigación preparatoria tiene una naturaleza reservada que permite proteger al imputado en el ámbito del derecho a la presunción de inocencia, pero es imposible otorgarle tal cobertura en el desarrollo de un juicio oral, que necesariamente debe ser público²⁰. Y si bien se puede oponer a este argumento el hecho de que muchas de las investigaciones penales —su existencia y conteni-

18 ROXIN, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 258.

19 Sobre la “pena del banquillo”, CARNELUTTI decía que en el sistema punitivo se hace sufrir no solo a los responsables, sino a los imputados en general para saber si son culpables o inocentes. *Vid.* CARNELUTTI, Francesco, *Las miserias del proceso penal*, traducción por Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1959, p. 75.

20 Las únicas excepciones a la publicidad del juicio oral son las siguientes: la posible afectación del pudor, la vida privada o la integridad física de algún participante; grave afectación del orden público o la seguridad nacional; afectación de los intereses de la justicia o el peligro de un secreto comercial o industrial cuya revelación indebida puede causar un perjuicio injustificado; o cuando lo disponga una ley específica (art. 357 del nuevo CPP). Pero evidentemente no se puede oponer a la publicidad la preservación de la presunción de inocencia del acusado, ello conduciría a que todos los procesos sean “a puerta cerrada”.

do— también se convierten en públicas (a través de los medios de comunicación en casos de interés público), es evidente que, por su naturaleza y estructura, el juicio oral configura una exposición mucho más estigmatizante para el acusado.

Sobre los efectos perjudiciales de la publicidad, BINDER señala:

Así como la publicidad implica una garantía en la estructuración del proceso penal, también tiene un costo²¹: por más que la persona sea absuelta y se compruebe su absoluta inocencia, el sometimiento a juicio siempre habrá significado una cuota considerable de sufrimiento, gastos y aun de descrédito público²².

El derecho a la presunción de inocencia (art. 2.24.e de la Const. Pol. y art. iv del título preliminar del nuevo CPP) constituye un principio informador del proceso penal en virtud del cual se tiende a minimizar el impacto que la actuación estatal está llamada a producir en el ejercicio del *ius puniendi*²³; tiene como fin encontrar el justo equilibrio entre dos intereses contrapuestos: el interés del Estado en la represión de la delincuencia y el interés del imputado en la salvaguarda de su libertad y dignidad²⁴.

Por esta razón, la etapa intermedia configura una institución procesal que brinda una importante herramienta al imputado —y, en su caso, al juez de garantías y al propio “fiscal objetivo”— para evitar juicios orales innecesarios donde se expone la dignidad del individuo sin bases sólidas que permitan identificar la necesidad de un enjuiciamiento.

Por ejemplo, como se verá, resulta muy ilustrativo el supuesto en el que suceda que el juez tenga la “certeza” de que el hecho delictivo existe y, sin embargo, razonablemente, no haya posibilidad alguna de incorporar nuevos datos a la

21 ANDRÉS IBÁÑEZ sostiene que en muchas ocasiones la publicidad de la *notitia criminis* es para el afectado bastante más gravosa que la eventual sentencia condenatoria. Así, la prensa tiene a su alcance la posibilidad de imponer verdaderas penas preventivas o anticipadas. *Vid.* ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Justicia penal, derechos y garantías*, Palestra: Lima, 2007, p. 273.

22 BINDER, *Introducción al derecho procesal penal*, ob. cit., p. 223.

23 ASENSIO MELLADO, José María, “Cien años de derecho procesal en España”, en AA. VV., *El derecho español en el siglo XX*, Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 321.

24 FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes, *Prueba y presunción de inocencia*, Madrid: Iustel, 2005, p. 120.

investigación, ni elementos de convicción que justifiquen el enjuiciamiento de determinado imputado (art. 344.2.d del nuevo CPP).

Someter al imputado a un juicio oral porque existe el “convencimiento” —privado del juez— de que se cometió un delito, cuando también existe la certeza de que será imposible atribuírselo al imputado, dista mucho de una decisión acorde con la justicia y la preservación del derecho a la presunción de inocencia como principio informador del proceso penal. Someter al imputado a la “pena del banquillo”, a sabiendas de que una sentencia condenatoria es de imposible consecución, atenta contra el derecho a un proceso justo.

La concepción adoptada por el nuevo Código Procesal Penal, como señala SAN MARTÍN CASTRO, parte de la premisa de que el derecho de acusar y el derecho de penar del Estado son dos cosas distintas:

Una cosa es que la existencia de un juicio oral se condicione a la existencia de una acusación, y otra, que el ejercicio de la acusación se presente como un derecho incondicional y abstracto, desvinculado de la verosimilitud de los hechos objeto de la acusación, del examen de su tipicidad y de la responsabilidad del sujeto a cuyo cargo se ponen²⁵.

Un proceso penal en el que la sola denuncia basta para que se someta a las personas a un juicio público es uno que sirve más bien como un mecanismo de persecución y descrédito de las personas antes que como un mecanismo institucionalizado para resolver los conflictos penales²⁶.

Por otro lado, la etapa intermedia también cumple el objetivo —central para la eficacia del sistema— de *racionalizar* los recursos del Estado en pos de una mayor flexibilización y celeridad en la administración de justicia. Sería un error de cálculo fatal considerar que esta fase pervierte el sistema y convierte al proceso en uno “más largo”²⁷.

En efecto, un análisis “plano” de la duración de un proceso penal “con etapa intermedia”, frente a otro “sin etapa intermedia” puede conducir a una conclusión

25 SAN MARTÍN CASTRO, *Derecho procesal penal. Lecciones*, ob. cit., p. 370.

26 BINDER, *Introducción al derecho procesal penal*, ob. cit., p. 224.

27 Cosa distinta es comprender que toda etapa del proceso penal debe ser analizada desde la lógica de un plazo razonable. En la actualidad, la duración promedio de una etapa intermedia en el proceso penal no resiste el menor análisis.

que privilegie la sustanciación de un proceso penal sin esta fase, aduciendo que, en todo caso, las cuestiones de depuración del procedimiento y el juicio de la acusación pueden resolverse en el juicio oral.

Pero es necesario comprender que el juicio oral es una de las etapas que exige más concentración de recursos humanos y materiales, y que involucra una importante cantidad de tiempo y esfuerzo para los sujetos procesales (sobre todo si se analiza las horas/persona que acarrea esta fase por la cantidad de intervinientes que deben actuar de manera concentrada). La creación de un filtro que permita evitar la realización de juicios orales innecesarios no solo ahonda en la protección de las garantías del imputado, sino que también es un importantísimo factor para descongestionar los procesos, racionalizar los recursos y potenciar el sistema.

Es muy importante concebir la etapa intermedia como una fase fundamental para el desenvolvimiento de la persecución penal y la propia defensa del imputado. En la aplicación del nuevo Código Procesal Penal existe una tendencia, probablemente innecesaria, de encorsetar la fase de investigación preparatoria con excesiva rigurosidad: pretender “proteger” todas las actuaciones procesales de la fase preliminar con una serie de garantías que, en muchos casos, devienen en un proceso plagado de nulidades, lo que no necesariamente satisface las expectativas del imputado.

La comprensión de un nuevo sistema procesal penal ágil, contradictorio, garantista, concentrado y público exige trasladar a la sede de audiencia las principales discusiones en torno a la viabilidad de la acusación penal y a la valoración de la idoneidad de los medios de prueba que deberán ser actuados en el juicio oral. Para eso existe la etapa intermedia, por lo que es inútil establecer un rigor excesivo en una fase de investigación, cuyo único objetivo es el de preparar el —posible— juicio.

Con esto no se quiere sostener que deba existir una flexibilización de las garantías del imputado en la fase de investigación, esto no forma parte de la propuesta, pero sí que es necesario dotar de valor a una fase —la intermedia— que constituye el eje central para discutir los problemas principales vinculados a la posibilidad de discutir el fondo del asunto en un juicio de carácter público.

La importancia jurídica que tiene este ámbito de discusión para los litigantes, sobre todo en el caso del abogado defensor y del propio fiscal, es mayúscula. Es la etapa donde el saneamiento procesal exige un muy fino

análisis del caso, tanto en su perspectiva material como procesal, incluyendo el ámbito de control de validez y calidad del acervo probatorio.

III. COMPETENCIA

El nuevo Código Procesal Penal encarga la *conducción* de la etapa intermedia al juez de la investigación preparatoria (art. 29.4 del nuevo CPP)²⁸, con lo cual instituye una importante diferencia con el Código de Procedimientos Penales; en este, la fase intermedia —o lo que podía interpretarse como tal— era competencia de la Sala Superior (antes Tribunal Correccional), que además era la encargada del juzgamiento (en los procesos ordinarios)²⁹.

Otorgar la competencia funcional de la etapa intermedia al mismo órgano que debe decidir sobre la condena o absolución produce una “unificación” que, a juicio de la doctrina, puede perjudicar la imparcialidad del órgano judicial, porque las circunstancias que determinan el derecho de acusar no son las mismas que las que puedan determinar la condena. Esto puede dar lugar a una “contaminación” de los magistrados integrantes del órgano jurisdiccional, porque una misma persona —o un mismo ente colectivo— es la encargada de dictar la apertura del juicio oral y la que va a dictar la sentencia³⁰.

Tampoco parece ideal la solución del ordenamiento procesal español, que en el proceso abreviado (art. 780 de la LECrim) y en el proceso ante el Tribunal de Jurado (art. 29 y ss. de la LOTJ) encarga la fase intermedia al juez de instrucción. Es difícil que la persona encargada de la instrucción tenga la *distancia valorativa* suficiente para evaluar la “correcta clausura” de esta etapa, sus presupuestos formales o para valorar si existe o no base suficiente para acudir al juicio oral.

28 El Código Procesal Penal chileno del 2000 también encarga la etapa intermedia al juez de garantías (art. 299 y ss.)

29 En el caso de los procesos sumarios, en realidad, no existe una etapa intermedia definida ni “definible”.

30 CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín y VÍCTOR MORENO CATENA, *Derecho procesal penal*, 2.^a ed., Valencia: Tirant Lo Blanch, 2005, p. 57. En contra, RIFÁ SOLER, GONZÁLEZ y RIAÑO BRUN, quienes sostienen que resulta más adecuado asignar la etapa intermedia al órgano juzgador, por cuanto se trata de una función decisora, más que instructora. *Vid.* RIFÁ SOLER, José María; Manuel Richard GONZÁLEZ e Iñaki RIAÑO BRUN, *Derecho procesal penal*, Pamplona: Gobierno de Navarra, 2006, p. 436.

Pareciera que el propósito de un correcto desenvolvimiento de esta fase en el sistema procesal penal acusatorio es otra de las razones que permiten justificar que se asigne al Ministerio Público la conducción de la investigación. Permite que la etapa intermedia pueda ser conducida por un órgano —el juez de garantías— que previamente no ha cumplido una labor de instrucción y que luego tampoco cumplirá una labor de enjuiciamiento. Mantiene una posición neutral y puede cumplir con razonabilidad, sin contaminación de ningún tipo, los objetivos que la etapa persigue³¹.

La cuestión referida a la competencia funcional para la conducción (y —ojo— decisión) en esta etapa jurisdiccional no es una cuestión baladí. Situémonos en el contexto de un ejemplo: en la audiencia de control de sobreseimiento se discute la presencia de una causal de atipicidad, la imputación contiene, en realidad, lo que debe concebirse como una conducta amparada en el “principio de confianza” y no puede ser sancionada penalmente. Pensemos también que es una propuesta del fiscal (requerimiento de sobreseimiento) respaldada por la defensa.

Si surge en el proceso lo que se conoce como “procedimiento para forzar la acusación”, entonces existe un serio riesgo si es que quien toma la decisión de activarlo es además el encargado de emitir sentencia en caso de existir una *rectificación* por parte del fiscal superior.

Nótese que en este tipo de casos no se discute la existencia o inexistencia del hecho, se discute la tipicidad de una conducta que sí existió, pero no es relevante penalmente. ¿Es posible que, en el juicio oral, el encargado del juzgamiento “cambie de opinión”? ¿Es posible actuar pruebas en el juicio que confirmen que se está ante una conducta que se ampara en el “principio de confianza”? Pareciera que no.

Estamos frente a un supuesto de subsunción, de interpretación jurídica de hechos que en realidad no son controvertidos³². El hecho existe, se discute su

31 PEÑA CABRERA FREYRE sostiene: “[El encargado de la etapa intermedia] es un ‘juez de garantías’, no un ‘juez instructor’; al no dirigir la investigación preparatoria, no está en la posibilidad de contaminarse con una dosis de subjetivismo”. PEÑA CABRERA FREYRE, “La etapa intermedia en el Código Procesal Penal del 2004. Las funciones del Ministerio Público y el juez de la investigación preparatoria”, art. cit., p. 135.

32 Aquí nos ubicamos en un ejemplo en el que no existe una controversia con relación a los hechos, sino a su interpretación jurídica, que es lo que se discute, por ejemplo, en el ámbito de la excepción de improcedencia de acción. Más adelante, en el análisis del control de la acusación, sostenemos que no es materialmente imposible discutir cuestiones vinculadas a la antijuricidad, punibilidad o culpabilidad de la conducta, desde una perspectiva probatoria

calificación jurídica. Es muy difícil, incluso cuando queda de por medio un juicio oral, que el órgano encargado de la etapa intermedia no se encuentre seriamente contaminado por su decisión previa.

En cambio, si se separan las funciones de conducción de la etapa intermedia y la fase de juzgamiento, pareciera mucho más natural la posibilidad de que el órgano unipersonal o colegiado admita la posición de la defensa al momento de emitir sentencia. Porque el juicio oral no solo permite un debate fáctico apoyado en pruebas que intentan demostrar la existencia del hecho, sino también un debate jurídico.

Es lógico que el encargado de sentenciar asumirá una decisión legitimada por el hecho de que no “adelantó opinión” sobre un argumento central en el caso. En consecuencia, la razón de asignar la etapa intermedia al juez de garantías radica, fundamentalmente, en el propósito de preservar la imparcialidad judicial del órgano encargado del juicio³³.

Exactamente lo mismo ocurre con la audiencia de control de la acusación, porque, de acuerdo con el art. 352.4 del nuevo CPP, el juez de la investigación preparatoria puede y debe declarar el sobreseimiento de la causa en los supuestos del art. 344.2 del nuevo CPP, esto es, en los supuestos de atipicidad, inculpabilidad, no punibilidad e, incluso, en los casos de insuficiencia probatoria patente. En este caso también existe el riesgo de que la causal de sobreseimiento se discuta y se rechace. Si esta función fuera encargada al mismo órgano, existiría *un prejuicio* evidente respecto de una de las discusiones centrales del juicio oral.

En el caso de un “juez instructor”, que además conduce la etapa intermedia, si bien no se presenta el peligro anterior, aparece otro no menos relevante. Un ejemplo —entre muchos otros— puede ser el análisis de lo que sucede cuando se considera que no existe, razonablemente, la posibilidad de incorporar nuevos datos a la investigación y no hay elementos de convicción suficientes para solicitar el enjuiciamiento (344.2.d del nuevo CPP).

Resulta cuando menos peligroso que el encargado de conducir la investigación sea, a su vez, quien tiene el deber de controlarla y, en su caso, quien tiene la posibilidad de determinar que esta ha sido *insuficiente*. Siendo una función

y, por tanto, controvertida. Son situaciones límite que pueden ocurrir y que tienen un tratamiento específico en el ámbito del control sustancial.

33 TALAVERA ELGUERA, *Comentarios al nuevo Código Procesal Penal*, ob. cit., p. 60.

esencialmente fiscalizadora, la simple lógica de la razón indica que no pueden coincidir en una persona los roles de fiscalizador y fiscalizado.

No hay duda, entonces, de que la elección del nuevo Código Procesal Penal es la más acertada. El Ministerio Público realiza la investigación penal; el juez de garantías controla la limitación de derechos fundamentales y tutela las garantías procesales durante su desarrollo. En la etapa intermedia, el fiscal postula y el juez resuelve sobre la base del control de presupuestos específicos (controla el resultado de la investigación y realiza un juicio sobre la solicitud de sobreseimiento o, en su caso, *controla* la acusación penal)³⁴.

El órgano jurisdiccional —unipersonal o colegiado— encargado del juicio y la sentencia, se limitará a resolver la pretensión acusatoria con independencia de criterio y siempre que esta haya superado los filtros que establece la etapa intermedia, última posibilidad para evitar un juicio oral innecesario.

Es por esta razón que en el proceso común la fase de juzgamiento está reservada para los juzgados penales, que pueden ser unipersonales o colegiados. Los juzgados penales colegiados son integrados por tres jueces y conocen los delitos que tengan señalados en la ley, en su extremo mínimo, una pena privativa de libertad mayor de seis años. Los juzgados unipersonales conocerán materialmente aquellos delitos cuyo conocimiento no se atribuye a los juzgados colegiados (art. 28 del nuevo CPP).

El nuevo Código Procesal Penal consolida así una regulación procesal penal que prioriza el principio acusatorio y la imparcialidad judicial. Elige un “juzgador no contaminado”, que debe recibir un proceso penal saneado y una acusación

34 Sin embargo, debe quedar claro que con esta casuística no se agota el debate del análisis de imparcialidad judicial, precisamente, porque hay que analizar su protección caso por caso. Supuestos a los que se debe prestar particular atención son aquellos en los que el juez de la investigación preparatoria resuelve procesos especiales como el de colaboración eficaz y terminación anticipada (entre otros) antes de la etapa intermedia del proceso principal. La homologación de un acuerdo (o lo que, en estricto, es la emisión de una sentencia contra personas vinculadas al caso) es un claro ejemplo para evaluar si estas actuaciones pueden, también, afectar la imparcialidad de un juez que debe pronunciarse sobre los criterios del art. 344 del nuevo CPP, que en muchos casos pueden haber sido rechazados en resoluciones anteriores de este tipo (piénsese en la atipicidad como ejemplo central, pero no el único). Estos casos también son una oportunidad para aquella asignación rígida que realizamos —a diferencia de Chile— de la competencia en los procesos, donde un mismo juez de investigación preparatoria resuelve todos los asuntos vinculados al caso.

sometida a un mecanismo riguroso de control, que permitirá que el juicio oral se realice de forma eficiente y que la decisión verse sobre un objeto procesal correctamente definido.

Además, la fase de juzgamiento se inicia luego de que los medios de prueba han sido correctamente introducidos al proceso, después de superar el análisis de utilidad, pertinencia y conducencia. La labor previa se convierte en un mecanismo que garantiza la eficiencia de un juicio que debe ser dirigido por un órgano que solo debe construir su convicción sobre la base de las pruebas y el debate desarrollados en el juicio (inmediación, oralidad, publicidad, contradicción y concentración).

IV. LA ACCIÓN CIVIL Y LA ETAPA INTERMEDIA

Para continuar con el análisis de la etapa intermedia, concretamente, con las dos instituciones más importantes de esta fase, es decir, el sobreseimiento y la acusación, es indispensable dar una mirada previa y general al ejercicio de la acción civil en el proceso penal. Porque este condiciona la participación de los distintos sujetos procesales en la etapa intermedia, sobre todo, la posición del actor civil y del tercero, cuya participación en el proceso común regulado para el ejercicio de la acción pública está vinculada a la solicitud de una reparación, indemnización o restitución. Esto tiene una importancia singular en un proceso penal que permite resolver el objeto civil del proceso penal sin que sea condición necesaria la sentencia penal de condena (art. 12.3 del nuevo CPP).

1. La naturaleza de la acción civil en el proceso penal

Siguiendo a ASENCIO MELLADO³⁵, debe partirse de la idea de que la responsabilidad civil que se exige en el proceso penal no deriva de la comisión de un hecho delictivo; el delito tiene como consecuencia una pena, el ilícito civil, una consecuencia de su misma naturaleza, civil, no hay dos tipos de responsabilidad civil por el hecho de que una de ellas dimane de un ilícito civil sin repercusión penal y otra lo haga de un hecho que a la vez puede ser considerado como delito.

35 ASENCIO MELLADO, José María, *La acción civil en el proceso penal. El salvataje financiero*, Lima: Ara Editores, 2010, pp. 42 y 43.

La respuesta judicial a la acción civil nunca es de carácter penal, sino civil, y consiste en una restitución, reparación o en una indemnización. La responsabilidad civil nace porque el hecho produce el daño o porque implica un menoscabo patrimonial a la víctima³⁶, lo que interesa al actor civil es que exista un daño reparable, no que el hecho del que deriva sea delito³⁷.

Por lo tanto, la acción civil *no es accesoria* de la penal, lo que existe es una *simple acumulación de pretensiones*, cuyo fundamento radica en la *economía procesal*. El actor civil no tiene ninguna legitimación para sostener, aunque sea indirectamente, la acción penal, y menos para, sin ostentar interés civil, instar a la continuación de un proceso penal³⁸.

Clara muestra de ello es la regulación del alegato final del actor civil en la fase de juzgamiento. El art. 388.1 del nuevo CPP dispone que el abogado del actor civil argumentará sobre el agravio que *el hecho ha* ocasionado a su patrocinado, demostrará el derecho a la reparación que tiene su defendido, destacará la cuantía en que estima el monto indemnizatorio y solicitará la restitución del bien, si esto aún es posible, o el pago de su valor.

En la misma línea se pronuncia el art. 388.2 del nuevo CPP, que permite al abogado del actor civil esclarecer con *toda amplitud* los hechos delictuosos, siempre que *sean relevantes para la imputación de la responsabilidad civil*, pero le *prohíbe* de calificar el delito. En el mismo sentido se expresa el art. 105 del nuevo CPP, cuando dispone que al actor civil si bien le está permitido esclarecer el hecho y la intervención de su autor o partícipe, *no le está permitido pedir sanción*.

Esto fija un derrotero en el análisis de una serie de instituciones procesales que luego realizaremos (situaciones que involucren al ejercicio de la acción civil en la etapa intermedia, tanto en el ámbito del sobreseimiento como en la acusación; además del análisis de la participación del actor civil en el procedimiento para forzar la acusación y en la oposición para una investigación suplementaria).

36 CORTÉS DOMÍNGUEZ y MORENO CATENA, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 165.

37 ASENCIO MELLADO, *La acción civil en el proceso penal. El salvataje financiero*, ob. cit., p. 44. Sostiene, además, que un entendimiento erróneo de esta cuestión (derivado de una confusión generalizada que tiene como origen el entender que la responsabilidad civil que se exige en el proceso penal deriva de la comisión de un hecho delictivo –delito o falta–) es lo que ha llevado a que, durante muchos años, en el derecho comparado, la resolución de la cuestión civil se vinculara siempre a la emisión de una sentencia condenatoria (accesoriedad restringida), fenómeno superado –como luego se verá– por el art. 12.3 del nuevo CPP.

38 *Ibid.*, pp. 45 y 46.

Porque el Ministerio Público, quien tiene el monopolio de la acción penal, es el único legitimado para solicitar una sanción penal en los delitos perseguibles por acción pública. Nuestro sistema procesal no regula la figura del acusador particular³⁹, por lo tanto, el actor civil *solo tiene legitimidad para cuestionar la decisión penal cuando ella afecte la respuesta al ejercicio de su pretensión civil incorporada al proceso penal* (v. gr.: supuestos de inexistencia del hecho).

Por otro lado, del hecho que el Ministerio Público pueda ejercitar —en determinados casos y en forma excepcional— la acción civil no debe desprenderse que esta pierda su naturaleza civil ni que el fiscal actúe por imperio de una suerte de “acción popular privada”⁴⁰.

Si bien cuando el Ministerio Público decide promover la acción penal —de acuerdo al art. 1 de la LOMP⁴¹— *debe ejercer*, acumulativa y obligatoriamente, la acción civil *ex delicto*, debe diferenciarse —tal como apunta SAN MARTÍN CASTRO— la naturaleza civil de la institución con la legitimación procesal activa que permite introducir la pretensión en el proceso penal; es esta una legitimación extraordinaria, dado que el Ministerio Público no es el titular del derecho subjetivo privado, sino que, por disposición de la ley, actúa en nombre propio, *pero afirmando derechos subjetivos ajenos*⁴².

Sin embargo, en el sistema procesal anterior, si bien se siguió la postura de una legitimación extraordinaria, no se entendió que esta además debe serlo *por*

39 La referencia más clara de este modelo es la LECr española. Recientemente, sigue esta postura el nuevo CPP chileno. En estos ordenamientos el particular puede constituirse en parte acusadora y, en algunos casos, sustituir al Ministerio Público, pero no es esa la opción de nuestro nuevo CPP.

40 ASENCIO MELLADO, *La acción civil en el proceso penal. El salvataje financiero*, ob. cit., p. 48.

41 El art. 1 de la LOMP establece: “El Ministerio Público es el organismo autónomo del Estado que tiene como funciones principales [...] la persecución del delito y la reparación civil”.

42 SAN MARTÍN CASTRO, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 342. SAN MARTÍN CASTRO sostiene esta postura en el ejercicio de una crítica a la posición de CASTILLO ALVA, quien defiende la idea de que solo habrá de fijarse la reparación civil si la víctima se constituye en actor o parte civil, pues lo contrario implicaría, tácitamente, mantener el criterio de que la institución procesal de la parte civil o bien tiene carácter prescindible (o lo que es más: no tiene razón de ser) o bien su función no tiene como objetivo principal lograr la indemnización; situación que según este autor generaría una desigualdad de armas en el proceso, puesto que el Ministerio Público y el actor civil actuarán de manera conjunta, mientras que el imputado quedaría desprotegido. CASTILLO ALVA, José Luis, *Las consecuencias jurídico-económicas del delito*, Lima: Idemsa, 2001, p. 85.

*sustitución*⁴³. Esto condujo a que cuando el agraviado se constituía en parte civil, el fiscal insistía —se entiende, en aplicación del art. 1 de la LOMP— en solicitar una reparación civil específica que “coincidía” en muchos casos con la pretensión del actor. De esta forma, se planteaban dos pretensiones distintas, cuando el único titular del derecho subjetivo alegado era el perjudicado.

Esta es probablemente una de las razones que explican la absoluta falta de hábito en los abogados del actor civil respecto a introducir una pretensión civil expresa, *probar* el daño y exigir un monto específico. En la aplicación del Código de Procedimientos Penales, la parte civil se limitó siempre a pronunciarse sobre aspectos vinculados a la responsabilidad penal, *que no le competen*.

Si el Ministerio Público actúa en interés de la víctima —al proteger ese interés privado—, no se explica por qué es necesario que insista en introducir una pretensión cuando el agraviado, constituido en actor civil, está ejerciéndola en el proceso.

La participación del Ministerio Público en el ámbito descrito por la LOMP, por su propia naturaleza, parece dirigirse al “desamparo”, a los casos en los que el perjudicado —por la razón que fuere— no se ha constituido en actor civil en el proceso penal. *No* tiene sentido la participación del fiscal en la acción civil cuando el agraviado formaliza su pretensión y participa en el proceso. Sobre todo, si se tiene en cuenta que respecto de la acción civil ejercitable en el proceso penal cabe el mismo poder de disposición que sobre cualquier otra acción civil, al punto de que su titular puede renunciar y transigir. Esto conduce a la doctrina a afirmar que, si el ofendido se pronuncia expresamente renunciando o transigiendo con el obligado civil respecto del derecho a la restitución, reparación o indemnización, no cabe otra opción que *inhibirse* a instar el pago de la reparación civil⁴⁴.

Por lo tanto, si la renuncia o la transacción obligan a la inhibición del Ministerio Público en el extremo referido a la acción civil, exactamente lo mismo debería ocurrir cuando el actor civil realiza una declaración de voluntad destinada a participar en el proceso penal y ejercer en él su derecho de reparación, indemnización o restitución. El Ministerio Público está obligado a inhibirse como consecuencia de una declaración de voluntad del perjudicado que demuestra que

43 CORTÉS DOMÍNGUEZ y MORENO CATENA, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 124.

44 SAN MARTÍN CASTRO, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 343.

no existe necesidad de sustituirlo en su interés, porque este ha sido expresado formalmente.

Esta es la postura elegida por el nuevo Código Procesal Penal, cuyo art. 11 dispone —a diferencia del modelo anterior— que el ejercicio de la acción civil derivada del hecho punible corresponde al Ministerio Público y, *especialmente, al perjudicado por el delito*, y establece en forma expresa que, *si el perjudicado se constituye en actor civil, cesa la legitimación del Ministerio Público para intervenir en el objeto civil del proceso*.

Permanece la legitimación extraordinaria del Ministerio Público, pero siempre que el titular de ese o esos derechos no introduzca o esté dispuesto a introducir su pretensión; de lo contrario, la “sustitución” o subrogación del fiscal carece de sentido. En el mismo tenor se expresa la Corte Suprema vía acuerdo plenario, al sostener que “la participación del Ministerio Público [en el ejercicio de la acción civil] será [solo] por sustitución, esto es, representa [en forma excepcional] un interés privado. Por tanto, su intervención cesa *definitivamente* cuando el actor civil se apersona al proceso”⁴⁵.

Además, la acción civil derivada del hecho punible podrá ser objeto de transacción (art. 14.1 del nuevo CPP). Y si esto ocurre y se formaliza ante el juez de la investigación preparatoria, el fiscal queda obligado a *abstenerse* de solicitar la reparación civil en su acusación (art. 14.2 del nuevo CPP). Por otro lado, el nuevo Código Procesal Penal también dispone que el perjudicado por el delito puede ejercer la acción civil en el proceso penal o ante el orden jurisdiccional civil y que, una *vez* que opta por una vía, no puede deducir la acción en la otra (art. 12.1 del nuevo CPP).

El perjudicado también puede desistirse de su pretensión antes del inicio de la etapa intermedia; ello no perjudica la posibilidad de ejercerla en la vía del proceso civil (art. 13.1 del nuevo CPP). Aun cuando no lo indique expresamente, siguiendo la misma lógica del Código, es evidente que, si el perjudicado por el delito se desiste y/u opta por la jurisdicción civil, entonces también *cesa* la legitimación del Ministerio Público para solicitar la reparación civil en el proceso penal⁴⁶.

45 VII PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIA, *Acuerdo Plenario N.º 5-2011/CJ-116*, Lima: 6 de diciembre del 2011, f. j. n.º 7. (La cursiva es nuestra).

46 Otra cosa es cómo llegue esa información al proceso penal. Pero lo cierto es que, frente a ella, resulta absurdo que el fiscal insista en solicitar una pretensión de contenido civil. Si el

Por lo tanto, si bien el nuevo CPP no deroga el art. 1 de la LOMP, sí lo complementa. Obliga al Ministerio Público a renunciar a la petición de carácter civil y concentrarse únicamente en el —posible— ejercicio de la acción penal cuando el perjudicado por el delito se ha constituido como actor civil o, sencillamente, en cualquier ocasión en la que el perjudicado realiza una declaración de voluntad que indique —expresa⁴⁷ o tácitamente— que la “sustitución” del Ministerio Público carece de sentido (es decir, en los casos de transacción, desistimiento o cuando el perjudicado opta por ejercer su derecho en la jurisdicción civil)⁴⁸.

Se reafirma la idea de que la acción civil ejercitada en el proceso penal es privada y, por ello, dispositiva, y esto supone que la regla general —lógica y coherente con el principio dispositivo— es que el perjudicado muestre su voluntad de

ejercicio de la acción civil en el proceso penal responde a una acumulación de acciones, es irrelevante dónde incorpore su pretensión el perjudicado. Sea en el mismo proceso penal o en la jurisdicción civil, ambas situaciones obligan al fiscal a inhibirse. No tiene que sustituir al perjudicado porque este se está haciendo cargo de sus intereses.

47 Digo tácita y expresa porque el mandato de la norma es claro: “si el perjudicado se constituye en actor civil, *cesa* la legitimación del Ministerio Público” (art. 11 del nuevo CPP), entonces, si el perjudicado se constituye en actor civil, el efecto es inmediato (declaración tácita), pero incluso puede instar a la inhibición del Ministerio Público al momento de su constitución (expresa).

48 Es justo reconocer, con CASTILLO ALVA, que se supera una situación que presentaba, por lo menos, un riesgo en relación con el derecho a la igualdad procesal. Véase CASTILLO ALVA, *Las consecuencias jurídico-económicas del delito*, ob. cit., p. 85. Tal como se advirtió *supra*, SAN MARTÍN CASTRO critica esta postura al señalar que la concurrencia del Ministerio Público y el actor civil no puede implicar una afectación a la igualdad procesal por cuanto ese principio procesal no se mide en función del número de sujetos en una concreta posición procesal, sino en mérito a las posibilidades de intervención de cada una de las partes, evitando privilegios irrazonables o situaciones de desigualdad procesal y garantizando los mismos medios de ataque y de defensa. Véase SAN MARTÍN CASTRO, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 342. Pues bien, es cierto que la “cantidad” de sujetos en una posición procesal específica no tiene por qué afectar, *per se*, dicho derecho, es decir, cualquier asimetría generada por el número de sujetos procesales en una posición específica no debe conducir al reconocimiento de una desigualdad procesal. Pero también es cierto que cuando ese número no tiene ninguna justificación razonable, el derecho sí se puede ver afectado. Si varios sujetos procesales defienden una postura específica por imperio de una legitimación, no existe siquiera un privilegio (sería absurdo obligar a que todos los agraviados sean representados por un solo sujeto procesal para “equilibrar” el proceso). Sin embargo, si tal número no se justifica, el número de sujetos procesales que se debe enfrentar siempre es un criterio a tener en cuenta en el análisis de los medios de ataque y de defensa (nunca es lo mismo enfrentar a X que enfrentar a X + 1). Lo que debe analizarse es si determinado número tiene una justificación objetiva, y pareciera que en este caso no la tiene.

que la acción civil sea enjuiciada en el proceso penal. Por otro lado, “la sentencia que se dicte en el proceso penal ha de ser congruente con las peticiones de las partes civiles, siendo de aplicación lo dispuesto en las leyes procesales civiles. Ni se podrá condenar a más de lo pedido, ni a menos de lo resistido, ni a cosa distinta, ni a sujeto no demandado”⁴⁹.

2 . El ejercicio de la acción civil en la etapa intermedia

El art. 12.3 del nuevo CPP establece que “la *sentencia absolutoria o el auto de sobreseimiento* no impedirá[n] al *órgano jurisdiccional* pronunciarse sobre la acción civil derivada del hecho punible⁵⁰ válidamente ejercida, cuando proceda”⁵¹. Para Asencio Mellado, esta norma “rompe” definitivamente con una *accesoriedad mal comprendida*, al permitir que el juez pronuncie una sentencia que satisfaga la pretensión civil, incluso, frente a una sentencia absolutoria o el archivo definitivo⁵². En un sentido similar, la Corte Suprema entiende que “cuando se sobresee la causa o se absuelve al acusado no necesariamente la jurisdicción debe renunciar a la reparación de un daño que se ha producido como consecuencia del hecho que constituye el objeto del proceso, incluso cuando ese hecho —siempre ilícito— no puede ser calificado como una infracción penal”⁵³.

Es importante anotar que esta situación es posible en casos específicos. En principio, si el sobreseimiento o la absolución se amparan en la *inexistencia del hecho* que conforma el objeto procesal, es imposible condenar al pago de una reparación civil en la resolución.

Por “inexistencia del hecho” cabe entender solo dos supuestos: 1) cuando esté probado que el hecho no ha sucedido y 2) cuando resulte probado que el acusado no fue el autor del hecho criminal, pues se entiende que, respecto de este,

49 ASENCIO MELLADO, *La acción civil en el proceso penal. El salvataje financiero*, ob. cit., pp. 51 y 52.

50 Obviamente, este es un error de redacción. Luego de la sentencia absolutoria o el auto de sobreseimiento no se puede calificar el hecho como “punible”, debió utilizarse la frase “acción civil derivada del hecho objeto del proceso”.

51 El art. 124 del CPP de Guatemala tiene una disposición muy similar: “Sin embargo, después del debate, la sentencia que absuelva al acusado o acoja una causa extintiva de la persecución penal, deberá resolver también la cuestión civil válidamente introducida”.

52 ASENCIO MELLADO, *La acción civil en el proceso penal. El salvataje financiero*, ob. cit., p. 47.

53 VII PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIA, *Acuerdo Plenario N.º 5-2011/CJ-116*, Lima: 6 de diciembre del 2011, f. j. n.º 7.

el hecho no ha existido⁵⁴. Solo cuando la sentencia penal declare que el hecho del que la responsabilidad civil hubiera podido nacer no ha existido o considere probado que el acusado no es su autor, el perjudicado no podrá ejercer la acción civil, por inexistencia del hecho dañoso⁵⁵.

Sin embargo, los supuestos de atipicidad, no punibilidad, la presencia de una causa de justificación y, en el algún caso, algunas reglas de prescripción, no siempre extinguen la acción civil porque precisamente existe un daño de carácter civil y, si bien no se constata la existencia de un delito, sí se comprueba la necesidad de una indemnización por el daño causado.

Es necesario advertir que, por razones metodológicas, aquí evaluaremos ejemplos muy sencillos, pero puede suceder en la realidad que existan casos de extrema complejidad.

Probablemente, el caso más común sea el del incumplimiento contractual. Es muy usual que se denuncie a título de delito de estafa (art. 196 del CP) lo que en sentido estricto constituye un incumplimiento contractual en el que no hay dolo o no media un engaño que configure el tipo delictivo. Este es un caso que debe ser considerado atípico; sin embargo, es posible que el incumplimiento (responsabilidad contractual) obligue al órgano jurisdiccional a dictar una indemnización por daños y perjuicios en la resolución de sobreseimiento o en la propia sentencia absolutoria.

Otro ejemplo típico es la figura de daños, nuestro Código Penal solo regula los daños dolosos (art. 205 del CP), pero pueden existir circunstancias en la que un acto negligente del imputado daña, destruye o inutiliza un bien mueble o inmueble. Este es otro supuesto común en el que el proceso penal resuelve clausurar la acción penal porque la conducta imputada es atípica; sin embargo, es posible que en la sustanciación del procedimiento se compruebe la existencia de un daño indemnizable de conformidad con las reglas del Código Civil (responsabilidad extracontractual).

54 PÉREZ CEBADERA, María Ángeles, “Vida o muerte de la pretensión civil tras la absolución penal por inexistencia del hecho: Estados Unidos y España”, en GÓMEZ COLOMER, Juan Luis (coord.), *Prueba y proceso penal*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2008, pp. 275 y 276. Esta autora desarrolla y cita la sentencia del Tribunal Supremo español de 28 de noviembre de 1992.

55 GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal y otras leyes del proceso penal*, vol. I, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2004, p. 569.

Como ya se dijo, los ejemplos pueden ser innumerables y puede haber otros mucho más complejos; sin embargo, los que aquí describo pueden dar un alcance de la situación para analizar cuáles son los distintos escenarios que puede enfrentar el proceso penal en el concurso de pretensiones:

- 1) El fiscal emite acusación penal y, en ella, solicita el pago de la reparación civil al no existir un actor civil legítimamente constituido en el proceso.
- 2) El fiscal emite acusación penal y el actor civil legítimamente constituido (durante la investigación preparatoria) incorpora al proceso penal su pretensión civil y los medios de prueba pertinentes. Discutirá su pretensión en el juicio oral.
- 3) El fiscal solicita el sobreseimiento y, en la propia solicitud, requiere el pago de una reparación civil en aplicación del art. 12.3 del nuevo CPP⁵⁶ al no existir un actor civil legítimamente constituido.
- 4) El fiscal solicita el sobreseimiento y el actor civil, legítimamente constituido, debe incorporar su pretensión para que sea resuelta con el sobreseimiento, de ser el caso.

En principio, es necesario entender que, en todos estos casos, el juez solo puede pronunciarse sobre el objeto civil si un sujeto procesal lo solicita (el actor civil o el Ministerio Público —por sustitución y en interés del perjudicado—). Es importante recordar que respecto del objeto civil del proceso penal rige el *principio dispositivo, en él debe ampararse la acción civil*; recuérdese, acumulada al proceso penal, por estrictas razones de economía procesal.

Además, siguiendo la estructura de un “proceso de partes”, solo se podrá conceder la pretensión si ha sido sometida a una contradicción efectiva —lo que implica que tanto el imputado como el tercero civil, por lo menos, estén en condiciones de defenderse— o si, en su caso, opera el allanamiento del sujeto pasivo de la pretensión. Es necesario que la prueba del daño se practique en una audiencia pública en pleno régimen de oralidad, contradicción, concentración

56 Si bien se sostiene que la pretensión puede ser “incluida” en el requerimiento, es un análisis en términos puramente formales, no es necesario presentar dos escritos con dos petitorios o requerimientos distintos. Sin embargo, desde un plano teórico, sí son dos peticiones absolutamente diferenciadas. Cuando se presenta una acusación y una pretensión civil, existen dos pretensiones acumuladas. En el caso de sobreseimiento es incluso más clara la diferencia. Por un lado, se renuncia al ejercicio de una acción, la penal, y, por otro, se ejercita la acción civil. Evidentemente, son dos actos absolutamente independientes.

e intermediación; de lo contrario, la resolución que declare la existencia de una obligación de carácter civil carecerá de las garantías básicas del debido proceso.

Lo que sucede es que la regulación del nuevo Código Procesal Penal en cuanto al posible ejercicio de la acción civil por parte de los sujetos procesales en los supuestos de sobreseimiento o sentencia absolutoria es muy pobre. Una lectura del nuevo CPP muestra un “peligroso silencio” con relación a estos aspectos.

En la regulación de la etapa intermedia (art. 344 y ss. del nuevo CPP), no existe ninguna norma que complemente al art. 12 del nuevo CPP, que establezca cuál es el procedimiento contradictorio previo exigido para el pronunciamiento civil en la resolución de sobreseimiento, ni siquiera una norma que indique cuál es la oportunidad del fiscal para introducir la pretensión civil.

La situación del actor civil es, incluso, más complicada. La única norma que parece otorgarle un espacio para pronunciarse sobre su pretensión es el art. 345.2 del nuevo CPP, cuando dispone que los sujetos procesales pueden formular “oposición” a la solicitud de archivo.

Tampoco existe una norma que regule cuál es la forma y oportunidad que tiene el juez para pronunciarse con relación a la acción civil ejercida. Lo que es más grave, la audiencia de control de sobreseimiento no admite la actuación de medios de prueba, por lo que resulta prácticamente imposible condenar al pago de una reparación civil luego de un debate contradictorio donde la responsabilidad civil haya sido efectivamente *probada*.

Lo mismo ocurre con la regulación de la sentencia absolutoria. El art. 398 del nuevo CPP no incluye detalle alguno relacionado con el pronunciamiento civil en la sentencia absolutoria. Sin embargo, sí se regula detalladamente en el art. 399 del mismo cuerpo normativo, que regula la sentencia condenatoria, lo que demuestra que no existe un desarrollo posterior del art. 12.3 del nuevo CPP.

Pero, a pesar del evidente vacío de la ley, es necesario buscar una interpretación que ofrezca una salida a la posibilidad expresamente contemplada en el art. 12.3 del nuevo CPP.

De los cuatro supuestos anotados, los dos primeros ofrecen una solución a la ausencia de una regulación expresa, que no presenta mayores problemas en la interpretación sistemática del nuevo Código Procesal Penal.

Porque la acusación supone la definición de un objeto procesal que será debatido en un juicio oral plenamente contradictorio. La oportunidad del debate, de la contradicción frente a ambas pretensiones —la civil y la penal—, está garantizada. El hecho de que el art. 398 del nuevo CPP no incluya en su definición el pronunciamiento civil no ofrece mayor resistencia si se tiene en cuenta que una interpretación sistemática de esta norma con el art. 12.3 del nuevo CPP deja claramente establecida la posibilidad de un pronunciamiento civil en la sentencia absolutoria.

Si bien esto también ocurre con el art. 12.3 del nuevo CPP y el sobreesi-
miento, la diferencia radica en el hecho de que en la absolució el “debate de la
pretensión civil” sí está garantizado por la existencia de un juicio oral.

Es muy ilustrativo, a estos efectos, lo señalado por la Corte Suprema con
relación al objeto procesal:

El objeto del proceso penal —o, con más precisión, el hecho punible—
es fijado o delimitado por la fiscalía, a partir del cual se consolidan y
desarrollan los principios acusatorios y de contradicción. [Pero] [e]llo
no quiere decir [...] que las demás partes no decidan en la determina-
ción o ámbito de la sentencia [...] o que esta solo deba pronunciarse
con relación a los aspectos fijados por la acusación. El principio de
exhaustividad a su vez impone la obligación al juez de pronunciarse
sobre los alcances más relevantes de los hechos, de las pruebas y de
las *pretensiones* de las demás partes procesales o de la resistencia hecha
valer por el acusado, que es lo que se denomina *objeto del debate*. Esto
significa que el hecho punible se delimita en el juicio oral por el fiscal
o acusador, mientras que el acusado y las [...] [partes civiles], *si bien no
pueden alterar el objeto (penal) del proceso*, sí pueden ampliar el objeto
del debate⁵⁷. [La cursiva es nuestra].

Una vez que se abre el juicio oral, existe un debate procesal con un objeto
penal y, en su caso, un objeto civil, que se postulan en la audiencia y donde los
sujetos pasivos de cada pretensión mantienen o pueden mantener una posición
defensiva que satisface el derecho de defensa y la igualdad de armas procesales.

57 PLENO JURISDICCIONAL DE SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIAS, *Acuerdo Plenario*
N.º 4-2007/CJ-116, Lima: 16 de noviembre del 2007, f. j. n.º 9.

Si bien este no es el lugar para desarrollar estas instituciones —que forman parte del juicio oral y no de la etapa intermedia—, es obvio que, durante el juicio oral, el actor civil o, en su caso, el fiscal, tienen plenas facultades para sostener la pretensión civil y que esta puede ser debatida con contradicción plena (arts. 371.2, 372.3, 388 del nuevo CPP, entre otros). El juicio oral no solo se centra en la discusión del objeto penal, también en el objeto civil y su prueba.

La absolución resuelve el fondo del asunto, por lo tanto, las partes han tenido plenas opciones de discutir la pretensión en el debate, exactamente en la misma forma en la que se puede apreciar la responsabilidad civil en una sentencia condenatoria. En consecuencia, el dictado de la reparación civil en la sentencia absolutoria no presenta mayores problemas.

El problema está en los otros dos supuestos, es decir, frente al requerimiento de sobreseimiento, y radica en identificar cuál es el espacio procesal para discutir la pretensión civil que puede ser resuelta con el archivo del proceso penal.

Recuérdese los ejemplos propuestos. Si en el caso de la estafa lo que existe es un incumplimiento contractual, entonces ello puede motivar un requerimiento fiscal de archivo del caso por atipicidad de la conducta imputada en la disposición de formalización. Pero ese mismo fundamento puede conducir a la declaración de la existencia de una obligación de carácter civil, no son peticiones contradictorias ni excluyentes, pero sí diferentes.

Lo mismo sucede en el caso del delito de daños, es posible que el fiscal solicite el sobreseimiento de la causa alegando atipicidad subjetiva (nuestro Código Penal no regula el delito de “daños culposos”), pero existe la posibilidad de declarar la existencia de una indemnización por daños y perjuicios basada, precisamente, en la negligencia que motiva el archivo de la acción penal.

El problema se ubica en el hecho de que la audiencia de control de sobreseimiento solo regula la oportunidad de debatir la solicitud de archivo, pero no plantea un debate sobre el objeto civil del proceso penal.

El art. 345.3 del nuevo CPP establece, claramente, que, vencido el plazo del traslado, el juez citará al Ministerio Público y a los demás sujetos procesales a una audiencia preliminar *para debatir los fundamentos del requerimiento de sobreseimiento*. Luego menciona que la audiencia preliminar se instalará con los asistentes, a quienes se escuchará por su orden *para debatir los fundamentos del requerimiento fiscal*.

Existe una clara omisión con relación al debate del objeto civil, de hecho, solo se plantea la discusión del requerimiento fiscal; no se admite que pueda existir debate respecto a una pretensión introducida por un sujeto procesal distinto al Ministerio Público.

Y el problema no es baladí ni la solución es sencilla, porque, en principio, esta audiencia no admite la actuación probatoria, y es imposible emitir un pronunciamiento civil si no se discute la pretensión de la misma naturaleza, sobre todo si no es objeto de prueba. El daño ocasionado debe ser probado —en el ejemplo, el incumplimiento contractual también— y ello exige, naturalmente, la actuación de pruebas en un debate contradictorio.

Pero, además, deben diferenciarse las dos situaciones apuntadas: cuando el actor civil está constituido y cuando no lo está. El primer caso es el más sencillo de resolver porque la solicitud de archivo del fiscal puede incorporar, a su vez, una pretensión civil que acaso puede ser debatida también en la audiencia de control de sobreseimiento.

El problema radica en qué es lo que sucede cuando el perjudicado está constituido como actor civil. Como ya se dijo, en este caso el fiscal debe abstenerse de emitir cualquier pronunciamiento con relación al objeto civil del proceso penal (art. 11.1 del nuevo CPP). La pregunta entonces es cuál es la oportunidad del actor civil para introducir su pretensión.

Al parecer, lo ideal hubiese sido que el nuevo Código Procesal Penal fije una audiencia especial para discutir la responsabilidad civil luego de decretar el sobreseimiento de la acción penal. Esto permitiría una actuación probatoria que se centre en el objeto civil, debate al que además podría acudir el juez solo si existiese la posibilidad de una condena civil.

Siguiendo este criterio, lo lógico hubiera sido que el nuevo Código Procesal Penal otorgue un espacio al actor civil para introducir su pretensión, sin que ello suponga “cuestionar” la solicitud de requerimiento propuesta por el fiscal. Es por esta razón que existe el art. 12.3 del nuevo CPP, que permite al actor civil satisfacer su pretensión, incluso, en aquel supuesto en el que el fiscal renuncie a la persecución penal.

De hecho, también hubiese sido la solución ideal en el ámbito en el que el encargado de solicitar la reparación es el propio fiscal que solicita el sobreseimiento. En todos los casos se hubiera planteado una “audiencia especial” que

posibilitase la discusión de la pretensión civil una vez resuelta la improcedencia del juicio oral por las razones que sustentan la declaración del sobreseimiento.

Más aún si se tiene en cuenta que la discusión, fundamentalmente, se centrará en determinar por qué es que existe la necesidad de declarar la existencia de una obligación de carácter civil, incluso, cuando se ha descartado la existencia de un ilícito penal. De esta forma, se evitan resoluciones contradictorias, ya que, en muchos casos, puede suceder que el archivo de la acción penal y la condena civil constituyan fundamentos incompatibles entre sí.

El nuevo Código Procesal Penal regula una institución muy parecida en el ámbito de la conclusión anticipada del juicio oral. El art. 372 del nuevo CPP establece que si el acusado admite —previa consulta con su abogado defensor— ser autor o partícipe del delito materia de acusación y responsable de la reparación civil, el juez puede declarar la conclusión del juicio mediante una sentencia de conformidad que puede incluir un acuerdo entre el acusado y el fiscal sobre la pena (art. 372.2 del nuevo CPP). No obstante, si se aceptan los hechos objeto de acusación fiscal, pero se mantiene un cuestionamiento a la pena y/o reparación civil fijada, el juez, previo traslado a todas las partes y siempre que en ese ámbito subsista la contradicción, establecerá la delimitación del debate a la sola aplicación de la pena y/o la fijación de la reparación civil, y determinará los medios de prueba que deberán actuarse (art. 372.3 del nuevo CPP).

Es interesante esta norma porque de alguna manera constituye un ejemplo en el que es posible acotar el objeto del debate a aquel extremo en el que *subsiste* la controversia. Siguiendo este ejemplo, *de lege ferenda*, es posible regular una audiencia especial que pueda satisfacer la propuesta del art. 12.3 del nuevo CPP.

Pero frente a la ausencia de la regulación expresa de una “audiencia especial” específica, la única salida es concebir la audiencia de control de sobreseimiento como un espacio procesal donde deberá discutirse la pretensión civil y aportarse las pruebas necesarias para probar el daño ocasionado por el hecho que configura el objeto del proceso en trámite. Es la única forma de satisfacer un art. 12.3 del nuevo CPP que aún constituye cobertura (suficiente, no la ideal) para poder resolver la pretensión civil con la resolución de sobreseimiento.

El fiscal puede presentar una solicitud de sobreseimiento acompañada de una pretensión civil que, una vez notificada a todas las partes, permite al imputado y, en su caso, al tercero civil cuestionar la pretensión en todos sus extremos

y contrarrestar los efectos del pedido en la propia audiencia de control de sobreseimiento.

Si el art. 12.3 del nuevo CPP permite al representante del Ministerio Público introducir una pretensión civil junto al requerimiento de sobreseimiento, cuando el art. 345.2 del nuevo CPP indica que los sujetos procesales pueden *oponerse* a la solicitud de archivo, ello debe involucrar la oposición de aquellas personas (imputado y tercero) que se ven perjudicadas por la solicitud en el extremo del ejercicio de la acción civil del proceso penal.

Cuando exista la constitución del actor civil, como ya se explicó, cesa la legitimación del fiscal para introducir la pretensión civil en el proceso (en este caso, para introducirla con el requerimiento de sobreseimiento). Esto significa que también se debe apreciar en forma muy extensa el término “oposición” utilizado por el art. 345.2 del nuevo CPP para describir las opciones que tiene el actor civil en este escenario.

Puede ocurrir que el actor civil se oponga al sobreseimiento (opte por el procedimiento para forzar la acusación o solicite una investigación suplementaria —v. gr., en los casos en los que se solicita el sobreseimiento por inexistencia del hecho—) o puede suceder, sencillamente, que el actor civil introduzca su pretensión porque considera que el hecho objeto del proceso, independientemente de la opinión fiscal en torno a la acción penal, le ha ocasionado un perjuicio que debe ser reparado. Puede alegar la existencia de un daño, cuya declaración no debe verse afectada ni cuando se dicte una resolución de sobreseimiento.

En este supuesto, es evidente que será necesario actuar prueba para comprobar el daño indemnizable. Pero no solo basta con admitir los medios de prueba, también debe existir un debate que permita cuestionar la pretensión; debe afianzarse o descartarse la existencia de una obligación de restituir, indemnizar o reparar el daño ocasionado por el hecho que constituye el objeto procesal.

CAPÍTULO III

EL SOBRESEIMIENTO

I. CONCEPTO

Una vez terminada la fase de investigación preparatoria, no siempre se obtienen los datos suficientes para abrir el juicio oral con ciertas garantías de llevar adelante un juzgamiento con un material suficiente para ello. Puede suceder que la investigación haya deparado *bastantes razones* para estimar con certeza que el hecho imputado no ha existido como tal, que este aun existiendo no es típico, no es punible, o que el imputado no es su autor (recuérdese que el fiscal también está obligado a obtener elementos de descargo). En estos casos es evidente que lo procedente es no formular acusación y no entrar en el juicio oral. Se debe dictar un auto de sobreseimiento, cuyo objeto es poner fin en forma *definitiva* al proceso, sin necesidad de pronunciar una sentencia sobre el fondo¹.

El sobreseimiento libre es la resolución “opuesta” al auto de enjuiciamiento, reviste forma de auto y pone fin, de forma definitiva, al proceso penal. Es una *negación anticipada* del derecho de penar del Estado o, dicho en otras palabras, una declaración judicial de que no es posible abrir juicio oral porque de antemano sabemos que por unas u otras causas no es posible sostener que existe el derecho previo de acusar².

Encuentra su justificación en la evitación de la paralización o pendencia indefinida del proceso, de tal modo que el auto de sobreseimiento se dicta para poner término o dejar cerrada la investigación en los casos en los que no es posible pasar a la fase de juicio oral³.

II. PRESUPUESTOS

El sobreseimiento, según el art. 344 del nuevo CPP, procede en los siguientes casos:

- 1 ASENCIO MELLADO, José María, *Derecho procesal penal*, 4.^a ed., Valencia: Tirant Lo Blanch, 2008, p. 217.
- 2 CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín y VÍCTOR MORENO CATENA, *Derecho procesal penal*, 2.^a ed., Valencia: Tirant Lo Blanch, 2005.
- 3 ROMERO PRADAS, María Isabel, *El sobreseimiento*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2002, p. 91.

1. **El hecho objeto de la causa no se realizó o no puede atribuírsele al imputado**

Se regulan dos supuestos: *la inexistencia del hecho* y *la falta de indicios de responsabilidad criminal*. El primer motivo atiende a la *convicción* del órgano jurisdiccional de que el hecho material que dio origen a la formación de la causa nunca existió en realidad⁴. En el segundo supuesto, al parecer el hecho existe, pero la investigación es incapaz de establecer un nexo causal que permita atribuir al imputado el hecho delictivo. Se llega a la *certeza absoluta* de que faltan indicios racionales de criminalidad respecto del imputado.

2. **El hecho imputado no es típico o concurre una causa de justificación o de inculpabilidad o de no punibilidad**

Regula todos los supuestos que amparan la excepción de improcedencia de acción (art. 6.1.b del nuevo CPP): *atipicidad*, que comprende tanto las imputaciones atípicas puras como la presencia de una *causa de justificación* (el hecho no constituye delito); y los casos de *no punibilidad*, que comprenden las condiciones objetivas de punibilidad y las causas de exclusión de la punibilidad (no es justiciable penalmente).

Este presupuesto involucra que en estos casos es imposible justificar el enjuiciamiento de cualquier persona por ese hecho, porque los juicios penales no se desarrollan en el vacío y para obtener resoluciones teóricas, sino para aplicar el derecho de penar en los casos concretos⁵.

En el ámbito de la tipicidad, se puede evaluar tanto la subjetiva como la objetiva. Pueden evaluarse supuestos de ausencia de dolo. La Sala de Apelaciones Huaura declaró el sobreseimiento en un proceso penal por delito de usurpación de funciones y exacción ilegal contra el alcalde de una municipalidad distrital, al considerar que su actuación estuvo amparada por la recomendación de su asesor legal. Por esta razón, la sala entiende que “si bien hay medios para probar que se exigió la contribución, [la] conducta se realizó careciendo del elemento subjetivo del dolo”⁶.

4 GÓMEZ COLOMER, Juan Luis; Juan MONTERO AROCA; Alberto MONTÓN REDONDO y Silvia BARONA VILAR, *Derecho jurisdiccional III. Proceso penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, p. 242.

5 CORTÉS DOMÍNGUEZ y MORENO CATENA, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 341.

6 SALA DE APELACIONES DE HUAURA, *Expediente N.º 938-2006*, Huaura: 8 de marzo del 2007, f. j. n.º 4. Aunque probablemente lo correcto hubiese sido considerar esta conducta como una de carácter atípica en el ámbito de la imputación objetiva. Es un caso bastante claro de

También podrá evaluarse los casos que involucren un análisis en torno a la imputación objetiva (principio de confianza, prohibición de regreso, la contribución de la víctima, etc.), y, por supuesto, las causas de justificación: legítima defensa, el estado de necesidad justificante, actuar por disposición de la ley, el ejercicio regular de un derecho, la obediencia debida, etc.⁷

La Sala de Apelaciones de Huaura también declaró el sobreseimiento en un caso seguido por delito de usurpación agravada. El colegiado se amparó tanto en la inexistencia de dolo como en la presencia de una causa de justificación. Fundamenta su resolución alegando que el imputado actuó en calidad de funcionario de una institución del Estado y dio cumplimiento a una resolución administrativa, lo que involucra, según el Tribunal, ausencia de dolo; pero, además, dispusieron que resulta aplicable la causal eximente de responsabilidad penal porque el imputado obró en el ejercicio legítimo de un cargo (art. 20.8 del CP)⁸.

Este presupuesto también incluye las situaciones de *inculpabilidad* o ausencia de culpabilidad. GARCÍA CAVERO entiende que son supuestos de ausencia de culpabilidad los siguientes: la inimputabilidad, que incluye a los menores de edad (art. 20.2 del CP), la anomalía psíquica grave, la grave alteración de la conciencia y la alteración de la percepción (art. 20.1 del CP); el error de prohibición, cuando no es posible imputar al autor el conocimiento del carácter antijurídico del hecho (art. 14 del CP); el error culturalmente condicionado (art. 15 del CP); y las situaciones de inexigibilidad: exceso en la legítima defensa, el estado de necesidad exculpante, el medio insuperable (art. 20.7 del CP), la objeción de conciencia (art. 2.3 de la Const. Pol.) y la estrecha vinculación en los delitos de encubrimiento (art. 406 del CP)⁹.

Finalmente, los supuestos de *no punibilidad* incluyen la ausencia de una condición objetiva de punibilidad y las causas de exclusión de la punibilidad, tanto las personales como las materiales¹⁰.

una actuación amparada en el “principio de confianza”. Vid. GARCÍA CAVERO, Percy, *Lecciones de derecho penal. Parte general*, Lima: Grijley, 2008, p. 337.

7 Otro supuesto de atipicidad lo constituyen los casos en los que debe sobreseerse la causa porque, para el momento de la etapa intermedia, se ha despenalizado un hecho que era considerado punible. Vid. GÓMEZ COLOMER *et. al.*, *Derecho jurisdiccional III*, ob. cit., p. 243.

8 SALA DE APELACIONES DE HUAURA, *Expediente N.º 110-2007*, Huaura: 13 de junio del 2007. A mi juicio, esta resolución es contradictoria: o el actuar es voluntario, consciente y justificado, o la conducta no es dolosa; pero dudo que puedan coincidir ambos aspectos.

9 GARCÍA CAVERO, *Lecciones de derecho penal*, ob. cit., p. 526.

10 Vid. GARCÍA CAVERO, *Lecciones de derecho penal*, ob. cit., p. 677 y ss.

Al respecto, es indispensable tener en cuenta la opinión de GIMENO SENDRA, quien sostiene, en forma acertada, que existen ciertas causas que son fácilmente acreditables y otras que requieren una actividad probatoria¹¹.

Desde luego, no es lo mismo establecer la minoría de edad del imputado o la estrecha vinculación en los delitos de encubrimiento que establecer si se está frente a un supuesto de legítima defensa o frente a un error culturalmente condicionado. Se repite aquí una vieja discusión planteada en el Código de Procedimientos Penales, en torno a la “posibilidad” de incorporar prueba al momento de deducir una excepción de naturaleza de acción (hoy, improcedencia de acción).

Sin embargo, como analizamos en el contexto del control sustancial, es claro que, a diferencia de la excepción de improcedencia de acción, en la etapa intermedia sí es una instancia que permite valorar los elementos de convicción. Si bien no es en sentido estricto una fase de actuación probatoria —esto puede hacerse en el juicio oral—, constituye una etapa donde tanto el fiscal como el juez y las demás partes realizan un análisis de suficiencia probatoria, que obliga a archivar el proceso en los casos en que esta situación se manifieste en forma patente.

3. La acción penal se ha extinguido

El art. 78 del CP establece que son causales de extinción de la acción penal: la muerte del imputado, la prescripción, la amnistía, el indulto y el derecho de gracia. La acción también se extingue por autoridad de cosa juzgada^{12 13}.

Por otro lado, el art. 79 del CP establece que la acción penal se *extingue* si de la sentencia ejecutoriada dictada en la jurisdicción civil resulte que el hecho imputado como delito es lícito. Esta regulación privilegia la *unidad de respuesta del ordenamiento jurídico* y pretende impedir resoluciones contradictorias en dos jurisdicciones distintas, en salvaguarda del principio de seguridad jurídica. SCHMIDT califica este supuesto como un presupuesto procesal (impedimento procesal) que define como “intangibilidad procesal del asunto”.

11 GIMENO SENDRA, José Vicente, *Derecho procesal penal*, 2.^a ed., Madrid: Colex, 2007, p. 607.

12 Otra de las causales que regula el art. 79.3 es que en los casos en los que solo procede la acción privada, la acción penal también se extingue por desistimiento o transacción. Pero es evidente que no es una regla aplicable al proceso común, sino al proceso por faltas, proceso especial en el que, en realidad, no existe una fase intermedia propiamente dicha.

13 SCHMIDT, Eberhard, *Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal*, Buenos Aires: Lerner, 2006, p. 105.

La causal que puede plantear algún problema en el ámbito de las reglas de extinción de la acción penal es la *prescripción*. Fundamentalmente, porque es necesario interpretar cómo interacciona el art. 339.1 del nuevo CPP con los arts. 83 y 84 del CP, sobre todo en el ámbito de la prescripción extraordinaria.

El tratamiento de la prescripción de la acción penal en nuestro ordenamiento procesal se rige —hasta la entrada en vigor del nuevo Código Procesal Penal— por el art. 83 del CP, el cual dispone que la prescripción de la acción penal se *interrumpe* por las actuaciones del Ministerio Público o de las autoridades judiciales, así como por la comisión de nuevo delito doloso, situaciones que dejan sin efecto el tiempo transcurrido¹⁴.

El segundo párrafo de la norma menciona que después de la interrupción comienza a correr un nuevo plazo de prescripción a partir del día siguiente de la última diligencia. Sin embargo, esta última cuestión, algo confusa, ha sido impracticable en nuestro sistema, en tanto quedó cubierta por el último párrafo del propio art. 83 del CP, que establece que la acción penal prescribe, *en todo caso*, cuando el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad al plazo ordinario de prescripción.

La lectura de este último párrafo condujo a computar un plazo extraordinario de prescripción (así lo denomina la jurisprudencia) siempre que existiera un proceso penal en trámite y que —antes del inicio de las actuaciones del Ministerio Público o, en su caso, de la autoridad judicial— no hubiera transcurrido el plazo ordinario de prescripción de la acción penal.

Por otro lado, el art. 84 del CP establece la suspensión de la prescripción de la acción penal para los casos en los que el *comienzo* o la *continuación* del proceso penal dependa de cualquier cuestión que deba resolverse en otro procedimiento (v. g.: el caso de las cuestiones prejudiciales). En estos casos, la prescripción se considera en suspenso hasta que aquel quede concluido, y el plazo vuelve a correr con la conclusión del procedimiento extrapenal, computando el tiempo transcurrido antes de la suspensión (a diferencia de la interrupción, en la suspensión el plazo transcurrido no queda sin efecto).

Si ilustramos la situación con un ejemplo, podríamos decir que si la pena máxima aplicable a un delito es de 6 años, en el antiguo sistema era/es necesi-

14 Vid. MORALES, Pamela, *La prescripción en derecho penal: entre el mito y la realidad*, Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2021, pp. 42-44.

rio formalizar denuncia penal antes de los 6 años contados desde el inicio del cómputo (art. 82 del CP). Si esto ocurría, la jurisdicción penal podía condenar al imputado si es que el transcurso de tiempo entre el inicio del cómputo de la prescripción y la sentencia firme no sobrepasaba los 9 años.

Si previo a la formalización de la denuncia era necesario resolver una cuestión en otro procedimiento, el plazo se suspendía. Lo que quería decir que, para computar el plazo ordinario, la suma del tiempo entre el inicio del cómputo hasta la suspensión, más el tiempo entre la finalización de la suspensión y la denuncia, tampoco debería superar los 6 años.

Si ocurría que fuese necesario resolver una cuestión en otro procedimiento para *continuar* con el proceso penal, entonces la suma entre el inicio del cómputo hasta la suspensión, más el tiempo entre la finalización de la suspensión y la condena, no debía superar los 9 años (plazo extraordinario).

El único giro sustancial que probablemente dio la doctrina jurisprudencial en torno a esta institución fue considerar que la incoación y trámite del recurso de queja —respecto de resoluciones que ponen fin a la instancia en los procesos sumarios— constituye un “procedimiento” en los términos del art. 84 del CP y, por lo tanto, también debía suspender la prescripción de la acción penal¹⁵.

La pregunta que cabe realizarse ahora es cómo se compatibiliza esta interpretación con el art. 339.1 del nuevo CPP, que establece que *la formalización de la investigación preparatoria suspende el curso de la prescripción de la acción penal*. Todo parece indicar que esta disposición determina que, durante la investigación, es prácticamente imposible declarar extinta por prescripción la acción penal. Además, se generan dudas de que esto también pueda ocurrir en la etapa intermedia.

SÁNCHEZ VELARDE sostiene, al respecto, que el art. 339.1 del nuevo CPP involucra que *solo se podrá hacer valer la excepción de prescripción hasta antes que el fiscal disponga la formalización y continuación de la investigación preparatoria, porque con su inicio, el plazo se suspende*¹⁶. Esta afirmación también es perfectamente

15 La Corte Suprema de Justicia de la República resolvió: “No puede considerarse el lapso comprendido entre la interposición del recurso de queja excepcional, como consecuencia del denegatorio del recurso de nulidad, y la remisión al Tribunal Superior de la copia certificada de la ejecutoria suprema que estima el recurso en cuestión y concede el recurso de nulidad respectivo”. PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIAS, *Acuerdo Plenario N.º 6-2007*, Lima: 16 de noviembre del 2007, f. j. n.º 10.

16 SÁNCHEZ VELARDE, Pablo, *El nuevo proceso penal*, Lima: Idemsa, 2009, p. 127.

aplicable a la solicitud de sobreseimiento por extinción de la acción penal. Cabría sostener, con el autor, que no es posible solicitar el sobreseimiento por esta causa en la etapa intermedia, porque la formalización suspendió el plazo.

Sin embargo, no parece existir ningún impedimento procesal en solicitar la prescripción de la acción penal —por excepción o vía requerimiento de sobreseimiento— durante o luego de la investigación preparatoria.

Si desde el inicio del cómputo de la prescripción hasta el momento de formalización transcurrió un plazo superior al fijado por el Código Penal (6 años en el ejemplo anterior), se puede deducir la excepción de prescripción o solicitar el sobreseimiento en atención al transcurso del plazo. Es cierto que no debió formalizarse la investigación si el plazo de prescripción había vencido, pero eso no quiere decir que con la formalización la oportunidad “precluya”.

Es tan sencillo como que se puede deducir una excepción de prescripción (por transcurso del plazo ordinario) en aquellos casos en los que el fiscal simplemente no advierte la extinción de la acción penal al momento de la formalización, y no es un caso poco frecuente, sobre todo si se tiene en cuenta que el cómputo involucra, en muchos casos, varias líneas de interpretación, y en otros el dato temporal exige ser probado mediante el acopio de fuentes de prueba.

Situación distinta, y a eso parece dirigirse la interpretación que realiza SÁNCHEZ VELARDE, es que pareciera que el cómputo del plazo extraordinario de prescripción de la acción penal “desaparece”. Luego de la formalización, solo sería posible insistir en el vencimiento del plazo ordinario —que el fiscal no advirtió—, pero ya no en el plazo extraordinario, porque la suspensión dispuesta por el art. 339 del nuevo CPP no establece un momento “final” de la suspensión, en el que se reanude el cómputo de la prescripción¹⁷.

Tomando distancia de esta postura, considero que sí es posible una interpretación que permita la interacción de los arts. 83 del CP y 339 del nuevo CPP.

Es posible alegar que el plazo de prescripción ha transcurrido cuando, si bien existe la actuación de diligencias preliminares —y, por lo tanto, opera la *interrupción* dispuesta por el primer párrafo del art. 83 del CP—, el plazo extraordinario vence durante su desarrollo. El nuevo Código Procesal Penal es claro

17 La discusión vinculada a la posibilidad de declarar la prescripción de la acción penal en la investigación preparatoria no es un tema menor, si se tiene en cuenta que la excepción de prescripción, en principio, se deduce en esta fase por mención expresa del art. 8 de nuevo CPP.

en señalar que es la investigación preparatoria la que origina la *suspensión*, no las diligencias preliminares¹⁸. En este caso también se puede solicitar la prescripción a través de una excepción o como causal de sobreseimiento.

Sin embargo, también es necesaria una interpretación sistemática de los arts. 84 del CP y 339.1 del nuevo CPP para comprender que la naturaleza de la suspensión no involucra un congelamiento absoluto del cómputo que haga imposible reclamar la prescripción extraordinaria de la acción penal una vez iniciada la fase de investigación.

A falta de previsión legal respecto a la duración de la suspensión que establece el art. 339.1 del nuevo CPP, el AP N.º 1-2010 señaló que se extendía desde la formalización de la investigación preparatoria hasta la culminación del proceso con una sentencia o resolución judicial que le ponga fin o, en su caso, hasta que se acepte la solicitud de sobreseimiento del fiscal¹⁹. Sin embargo, el AP N.º 3-2012 cambió este criterio y estableció que la suspensión que dispone el art. 339.1 del nuevo CPP no podía prolongarse más allá de un tiempo acumulado equivalente al plazo ordinario de prescripción más una mitad²⁰.

Con este pronunciamiento lo único que aclara la Corte Suprema es que en los supuestos más extremos la prescripción podría suspenderse, como máximo, por un periodo equivalente al plazo extraordinario (máximo de la pena más la mitad)²¹. Esto debido a que “no podrá prolongarse más allá de” no es lo mismo que “la suspensión dudará”²². Queda la duda entonces respecto a cuál es el criterio para dar por terminada la suspensión que genera la formalización de la investigación.

18 Debe quedar claro que las diligencias preliminares son controladas por el fiscal y, en esa línea, existe una actuación del Ministerio Público en los términos del art. 83 del CP, que interrumpe el plazo. Por lo tanto, es posible que la prescripción extraordinaria opere luego del inicio de las diligencias preliminares y antes de la formalización de la investigación preparatoria, si se toma en cuenta que la doctrina jurisprudencial parece admitir, en la actualidad, diligencias preliminares bastante largas. En cualquier caso, es obvio que solo operará la prescripción extraordinaria, en casos como este, frente a penas de muy corta duración.

19 VI PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIAS, *Acuerdo Plenario N.º 1-2010*, Lima: 16 de noviembre del 2010, f. j. n.º 26.

20 Este criterio fue declarado doctrina jurisprudencial vinculante. SALA PENAL PERMANENTE (ponente: Sr. juez VILLA STEIN), *Casación N.º 383-2012 La Libertad*, Lima: 15 de octubre del 2013.

21 MORALES, *La prescripción en derecho penal: entre el mito y la realidad*, ob. cit., p. 47.

22 *Loc. cit.*

Una interpretación conjunta de ambas normas (arts. 84 del CP y 339.1 del nuevo CPP) permite entender que, si el inicio de la investigación preparatoria configura la suspensión, por su propia naturaleza, esta debe cesar con la conclusión de dicha fase. Debe reanudarse el cómputo del plazo extraordinario al momento de la conclusión, y computarse —como sucede con el art. 84— el tiempo transcurrido hasta el momento de la suspensión.

Tal norma cubre al imputado de cualquier dilación procesal porque en la investigación preparatoria existe un control de plazo (la suspensión de la prescripción no afecta en este ámbito el derecho a un plazo razonable). Esta interpretación permite que la investigación preparatoria cumpla, en el art. 339 del nuevo CPP, el rol que cumple en el art. 84 del CP el procedimiento extrapenal. Permite deducir la prescripción de la acción penal al vencimiento del plazo extraordinario, luego de superada la fase de investigación preparatoria.

Esta postura no ha sido la adoptada por la jurisprudencia. En la Cas. N.º 779-2016 Cusco se señaló que “vencido el plazo de suspensión por formalización, que corresponde al máximo de la pena más la mitad, continuará el curso de la prescripción que inicialmente se suspendió”²³. Para la Corte Suprema, el cómputo de la prescripción se reactiva una vez cumplido el plazo extraordinario contado a partir de la disposición de formalización, sin importar cuándo concluyó la investigación preparatoria.

Finalmente, cabe señalar que, evidentemente, el nuevo Código Procesal Penal se limita a regular los supuestos de extinción de la acción penal, en tanto la extinción de la pena (art. 85 del CP), en realidad, no brinda supuestos que puedan legitimarse en la etapa intermedia porque estos se presentan en los casos en los que ya existe una sanción penal interpuesta y, en consecuencia, se ha superado la misma.

4. No existe razonablemente la posibilidad de incorporar nuevos datos a la investigación y no hay elementos de convicción suficientes para solicitar fundadamente el enjuiciamiento del imputado

Esta causal es similar al art. 344.2.a del nuevo CPP, cuando dispone que se debe declarar el sobreseimiento cuando no es posible atribuir al imputado el hecho objeto de la causa.

23 SALA PENAL PERMANENTE (ponente: Sr. juez PARIONA PASTRANA), *Casación N.º 779-2016 Cusco*, Lima: 26 de julio del 2017, f. j. n.º 7.6.

Considero que, en ambos casos, el hecho existe, de lo contrario la causal aplicable sería la *inexistencia* del mismo. Ambos supuestos apuntan a la ausencia de responsabilidad por el hecho. Esto es, a la imposibilidad de establecer una relación causal entre el hecho y la conducta que se imputa a determinada persona.

La diferencia radica en que el literal “a” de la norma citada regula un supuesto de *certeza absoluta*. El juez de la investigación preparatoria se convence de la imposibilidad de atribuirle el hecho delictivo y lo declara así en el auto de sobreseimiento.

Sin embargo, el literal “d” no regula un supuesto de certeza absoluta, regula un supuesto de *insuficiencia*, que, además, no solo está referido a la determinación del presunto autor (insuficiencia subjetiva), también está referido a la existencia del hecho (insuficiencia objetiva)²⁴. SAN MARTÍN entiende que en estos casos existen o subsisten determinados indicios, pero en sí mismos insuficientes. Además, no existen expectativas de obtener nuevos datos inculpatorios, todo lo cual debe razonarse en el auto que lo acuerde²⁵.

El juez de la investigación preparatoria, en estos casos, debe reconocer que es materialmente imposible “completar” la investigación y diseñar una teoría del caso. Debe ser consciente, también, de que con lo que tiene es imposible pasar a la fase de enjuiciamiento.

Desde luego que es un supuesto de duda, pero debe acordarse siempre que se tenga certeza que la práctica de la prueba en el juicio oral no aclarará dicha duda, porque lo que falta es precisamente la prueba y existe la imposibilidad de conseguirla en una ampliación de investigaciones. Por el contrario, debe quedar claro que no se requiere certeza judicial para la apertura del juicio oral. Si persisten las dudas, pero los elementos probatorios constan en la causa (es el caso de dudas de carácter jurídico), lo que procede es acudir a un juicio que permita resolver el fondo del asunto, pero siempre que existan fundadas razones para creer en una sentencia de condena²⁶.

La Corte Suprema, en vía de casación —en lo que constituye doctrina jurisprudencial vinculante—, ha establecido que “la acusación requiere un nivel

24 SAN MARTÍN CASTRO, César, *Derecho procesal penal*, Lima: Grijley, pp. 618 y 619.

25 SAN MARTÍN CASTRO, César, *Derecho procesal penal. Lecciones*, ob. cit., p. 549.

26 GÓMEZ COLOMER *et al.*, *Derecho jurisdiccional III*, ob. cit., p. 246.

de convicción completo para el fiscal, respecto de la responsabilidad penal del autor o partícipe y de sus circunstancias personales (certeza fiscal)”²⁷.

Por esta razón, la propia casación reconoce que es fundamental dotar de contenido a los elementos de convicción (art. 349.1.c del nuevo CPP), en la medida que estos son los fundamentos o las razones suficientes que tiene el fiscal para tener certeza o convencimiento de que se puede imputar un hecho punible a un imputado como autor o partícipe y, por ende, formularle una acusación e ir a juicio.

En dicha línea, establece cuáles son las reglas que deben seguirse para evaluar el art. 344.2.d del nuevo CPP, tanto en el ámbito del control de sobreseimiento como en el del control sustancial de la acusación fiscal:

- 1) Los elementos de convicción sirven de base para la formulación de una acusación fiscal.
- 2) No pueden tener la misma intensidad incriminatoria que la prueba —obtenible solo en juicio—, pues solo genera certeza en el fiscal, que es quien sostiene la acusación.
- 3) Por regla general, quienes determinan la suficiencia de los elementos de convicción son los fiscales, pues ellos son los titulares de la acción penal.
- 4) Solo cuando la insuficiencia de los elementos de convicción sea evidente o cuando no exista la posibilidad razonable de incorporar a juicio elementos de prueba —que en realidad son de convicción— puede instar al sobreseimiento la defensa o el juez decretarlo de oficio²⁸.

Por esta razón, con el nuevo Código Procesal Penal del 2004, nunca más pasarán a juicio oral casos en los cuales el fiscal mantiene la “ilusión” de que,

27 SALA PENAL PERMANENTE (ponente: Sr. juez FIGUEROA NAVARRO), *Casación N.º 760-2016 La Libertad*, Lima: 20 de marzo del 2017, f. j. n.º 15.

28 La casación se refiere, evidentemente, al control sustancial, que es donde surge el debate. Si el fiscal solicita el sobreseimiento, acude al criterio propio, a la certeza fiscal respecto de la imposibilidad de ir a juicio para obtener una condena. Pero este análisis tiene que ser tomado en cuenta para el control de la acusación, que analizamos más adelante. El juez de oficio, o a pedido de parte, puede aplicar el art. 344.2.d del nuevo CPP, a pesar de la existencia de una acusación fiscal y dictar el sobreseimiento. Solo cuando esta sea evidente. Es decir, a pesar de la insistencia del fiscal, del debate del control de la acusación resulta inevitable para el juez que dicha convicción no es razonable y que no será posible obtener una sentencia de condena en el juicio. Solo cuando ello es patente y se opera por vía excepcional, en la medida que así se protege el principio acusatorio.

en el juicio oral, como por arte de magia, aparecerán los medios de prueba que ofrezcan la información que no ha podido ser adquirida durante la investigación preparatoria²⁹. El nuevo proceso penal acaba con las “acusaciones formales”, que en el modelo anterior constituyeron un despropósito que obligó a muchos procesados a acudir a un proceso penal donde, en realidad, no existían posibilidades de lograr una sentencia condenatoria.

Por otro lado, un supuesto interesante es aquel donde la carga de la prueba civil y la penal difiere sustancialmente. Es posible que el fiscal considere que es imposible demostrar que el imputado actuó voluntariamente y, sin embargo, existan razones suficientes para considerar que existe una acción negligente. En el caso del delito de apropiación ilícita (art. 190 del CP), el derecho penal exige demostrar que el imputado realizó actos de disposición que configuran una apropiación intencional del bien objeto del delito; sin embargo, desde la perspectiva civil se exige al custodio acreditar la devolución del bien³⁰.

En ambos casos puede ocurrir que, si bien se renuncia a la acción penal —por absoluta imposibilidad de demostrar los elementos típicos del delito—, subsista la acción civil en función de los medios de prueba acopiados en la fase de investigación preparatoria. Son supuestos en los que, como se analizó en el capítulo II, puede mantenerse la discusión civil, sin perjuicio de la clausura del objeto penal, para fijar una reparación civil en la resolución de sobreseimiento.

III. LA AUDIENCIA DE CONTROL DE SOBRESEIMIENTO

El art. 345.1 del nuevo CPP establece que el fiscal enviará al juez de garantías el requerimiento de sobreseimiento acompañando el expediente fiscal, quien debe correr traslado del pedido a los demás sujetos procesales por el plazo de 10 días (art. 345.1 del nuevo CPP). Vencido el plazo del traslado, el juez emite la resolución de citación para la realización de la audiencia de control.

El hecho que se corra traslado del pedido (de sobreseimiento) a las partes, por el plazo único de 10 días, presenta serios problemas. Nótese que la norma

29 SALINAS SICCHA, Ramiro, “La etapa intermedia en el Código Procesal Penal de 2004”, en *Academia de la Magistratura*, Lima: 2008, p. 6.

30 Vid. PÉREZ CEBADERA, María Ángeles, “Vida o muerte de la pretensión civil tras la absolución penal por inexistencia del hecho: Estados Unidos y España”, en GÓMEZ COLOMER, Juan Luis (coord.), *Prueba y proceso penal*, Valencia: Tirant Lo Blanch, Valencia, pp. 267 y 268.

establece un mismo plazo sin hacer distinción entre procesos simples y complejos; o entre estos y los de criminalidad organizada. Tal regulación no resiste el menor análisis. En la práctica, la norma otorga a las partes 10 días para absolver un pedido que en determinadas circunstancias puede constar de miles de folios (y esto, como puede apreciarse en la práctica, no es ninguna exageración). No es solo que existan diferencias entre procesos de distinta naturaleza. De hecho, atendiendo a la dimensión del pedido, existen serias diferencias entre los mismos imputados en el proceso penal, en función de su distinta ubicación frente al objeto. Algo que, como se verá, evidentemente es mucho más grave en el ámbito del control de la acusación, sobre todo cuando el acusado ostenta la opción de realizar un control sustancial de esta.

Resulta evidente que, en los casos de optar por una audiencia de control, el derecho a un plazo razonable para preparar la defensa es algo que debe ser evaluado por el juez en el desarrollo de la etapa intermedia. El nuevo Código Procesal Penal regula un plazo legal, pero este debe estar sometido a criterios flexibles, en la medida en que, en su condición de juez de garantías, resulta fundamental otorgar a todos los actores del proceso penal un plazo razonable para realizar una oposición en condiciones de igualdad. Sobre todo porque un plazo prudencial, fijado caso por caso, permite un mejor debate y mucho más orden en la discusión de problemas jurídicos y probatorios esenciales en esta fase. A la larga, ofrecen más eficiencia en el desarrollo de la etapa. No existe ninguna duda, como se ha dicho, que en la actualidad existe un serio problema en torno a la duración —excesiva— de la etapa intermedia. Pero es cierto, también, que este problema no se ubica necesariamente en la duración del traslado a las partes, sino en la extensión de la etapa vista desde una perspectiva global. El principal problema reside en la impresionante cantidad de sesiones de audiencia que se requieren para resolver todas las oposiciones en casos complejos o de criminalidad organizada.

La audiencia de control de sobreseimiento *posibilita el contradictorio* entre los distintos sujetos procesales. Es una audiencia de carácter imperativo, por cuanto se realiza incluso cuando las partes no formulen oposición al requerimiento fiscal o no soliciten una investigación suplementaria para actuar los actos de investigación omitidos³¹.

31 SAN MARTÍN CASTRO, César, “Introducción al estudio del nuevo Código Procesal Penal”, art. cit., p. 37.

En la regulación de la etapa intermedia se entiende que también debe propiciarse un debate en torno al requerimiento fiscal y las demás cuestiones que puedan plantearse en esta fase, el principio de audiencia no solo se reduce al juicio oral (arts. 345 y 350 del nuevo CPP).

Sucede tanto en la audiencia de control de sobreseimiento como en la que ejerce el control de la acusación. Frecuentemente, suele sostenerse que este tipo de audiencias garantizan el principio de oralidad como eje central del proceso penal. Sin embargo, es bueno recordar que la oralidad, antes que un principio, constituye un *instrumento*. Un mecanismo previsto para garantizar ciertos principios básicos del proceso penal, en especial: la inmediación, la contradicción, la concentración y la publicidad, que son los que en realidad constituyen el eje central del proceso.

Si se utiliza la palabra hablada, las personas deben estar presentes (inmediación) y, además, se comunican de un modo que es fácilmente controlable por otras personas (publicidad)³². Por otro lado, permite el contradictorio, en el sentido de que existe una propuesta y respuesta inmediata que permite aclarar la controversia en virtud de la discusión de los puntos relevantes en tiempo real.

En tal virtud, por principio de oralidad hay que entender, antes que la sola mención al método hablado, la preeminencia de lo hablado sobre lo escrito, como medio de expresión entre los diferentes sujetos que intervienen en el proceso. El procedimiento suele acabar en una audiencia oral en la cual el juez se pone en relación directa con las partes, sin perjuicio de que esta audiencia haya sido preparada por una serie de actos escritos, en los cuales incluso puede haberse interpuesto la pretensión³³. Esto es exactamente lo que ocurre en el “procedimiento intermedio”.

La audiencia se instala con los asistentes que concurran (art. 345.3 del nuevo CPP), lo que significa que la exigencia con relación a los sujetos procesales radica en que todos ellos deben ser correctamente notificados, pero no se exige la presencia obligatoria de ninguno de ellos.

Una de las críticas más fuertes que realiza la doctrina española a la regulación de la fase intermedia (en el procedimiento abreviado del sistema español)

32 BINDER, Alberto, *Introducción al derecho procesal penal*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 1993, pp. 96 y 97.

33 MONTERO AROCA, Juan, *Proceso (civil y penal) y garantía. El proceso como garantía de libertad y de responsabilidad*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2006, p. 61.

es que dicho ordenamiento solo prevé la intervención del Ministerio Fiscal y las acusaciones personadas: existe un absoluto olvido del imputado. Se sostiene que dicha omisión no es admisible, por cuanto el imputado puede tener interés tanto en solicitar la práctica de nuevas diligencias como en pedir el sobreseimiento de la causa. La estructura formal contradictoria y el principio de igualdad de partes exigen dar al imputado la posibilidad de intervenir en esta fase³⁴.

El nuevo Código Procesal Penal sí prevé la presencia del imputado y su abogado defensor, de hecho, exige al juez de la investigación preparatoria que corra traslado del requerimiento a todos los sujetos procesales por el plazo de diez días. Sin embargo, es importante preguntarse si no es acaso necesario que también se corra traslado al imputado de la oposición formulada por cualquier sujeto procesal en el mismo trámite previo a la audiencia (art. 345.2 del nuevo CPP).

El imputado y su abogado defensor deben conocer esta situación antes de la audiencia para poder participar en el contradictorio de manera efectiva.

Es importante mencionar, también, que cuando el art. 345.2 del nuevo CPP establece que “los sujetos procesales podrán formular oposición a la solicitud de archivo”, en realidad se está ante una frase poco feliz del legislador. El término “oposición” parece limitar la participación a los sujetos procesales que tengan una posición contraria a la asumida por el fiscal (agraviado y actor civil, o, en su caso, limita la participación del imputado y el tercero civil solo para los casos en los que el fiscal solicite el pago de una reparación en la resolución de sobreseimiento en aplicación del art. 12.3 del nuevo CPP).

Sin embargo, es evidente que el imputado y el tercero civil también deben participar activamente en la audiencia y aportar los argumentos que consideren necesarios para *apoyar* un requerimiento fiscal que consideran legítimo y que favorece su posición procesal. Nada impide que esto ocurra, de hecho, debe ocurrir atendiendo al principio de igualdad de armas procesales (art. 1.3 del título preliminar del nuevo CPP).

En el caso de los sujetos procesales que formulen oposición a la solicitud de archivo, esta debe ser fundamentada o de lo contrario debe ser declarada inadmisibles. Además, puede solicitarse la realización de actos de investigación adicionales

34 DE LA OLIVA SANTOS, Andrés; Sara ARAGONESES MARTÍNEZ; Rafael HINOJOSA SEGOVIA; José Antonio TOMÉ GARCÍA y Julio MUERZA ESPARZA, *Derecho procesal penal*, 6.ª ed., Madrid: Ramón Areces, 2003, pp. 436 y 437.

(investigación suplementaria), siempre que se indique el objeto y los medios de investigación que se consideren procedentes (art. 345.2 del nuevo CPP).

A diferencia de lo que sucede con la acusación, el *nuevo CPP* no regula un *control formal del requerimiento de sobreseimiento*. No existe norma expresa que permita al juez devolver los actuados al fiscal para que subsane algún error cometido, a pesar de que sí establece requisitos expresos para la formación de la resolución.

Larazón de ser de esta situación se ubica en el hecho de que los “errores” en los que pueda haber incurrido el fiscal pueden subsanarse en la propia resolución de sobreseimiento o, en su caso, pueden ser corregidos por el fiscal superior si es que solicita la rectificación, luego de la activación del “procedimiento para forzar la acusación”.

La necesidad de subsanar errores formales de la acusación, como se verá, tiene una importancia directa en la formación del objeto del proceso e incide intensamente en el derecho de defensa del imputado. Pero si el juez está de acuerdo con la solicitud de sobreseimiento, los errores formales no son obstáculo para emitir la resolución “corrigiendo” los aspectos formales del requerimiento —sí pueden serlo en la acusación porque es un acto que condiciona al juez de garantías (en el auto de enjuiciamiento) y al propio juez encargado del juzgamiento—. Si no está de acuerdo con el requerimiento fiscal de sobreseimiento, no lo será precisamente por la existencia de errores formales, sino, más bien, por defectos sustanciales y estos y aquellos deberán ser corregidos, si fuera el caso, por el fiscal superior en el “procedimiento para forzar la acusación”.

IV. PRONUNCIAMIENTO

El art. 346 del nuevo CPP establece que el juez se pronunciará en el plazo de 15 días. Para casos complejos y de criminalidad organizada, el pronunciamiento no podrá exceder de 30 días³⁵. Por su parte, el art. 345.3 establece un plazo perentorio de tres días para resolver. Es evidente, como señala SAN MARTÍN, que existe una antinomia³⁶. Debe privilegiarse los plazos dispuestos en el art. 346; pri-

35 Este artículo fue modificado por el art. 2 del D. Leg. N.º 1307, de 30 de diciembre del 2016.

36 SAN MARTÍN CASTRO, *Derecho procesal penal. Lecciones*, ob. cit., p. 552. Este autor tiene una posición absolutamente contraria a la aquí expuesta. Para él, “en aras de consolidar la oralidad y la necesidad, debe regir el plazo de tres días, para preservar la memoria del juez para resolver con mayor conocimiento la causa”. Algo que a mi juicio también está vinculado al principio de concentración (esta también puede predicarse de los argumentos de las partes, aun cuando no

mero, porque el plazo de tres días es sumamente estrecho para la construcción de una resolución debidamente motivada. Pero, sobre todo, porque el art. 346 regula plazos diferenciados para casos complejos y de criminalidad organizada. Esto es correcto porque es necesario comprender que se regulan pronunciamientos que exigen tiempos totalmente diferentes para su construcción, la formación de la decisión, con atención a la complejidad del asunto.

Pero probablemente el problema más grave se ubique en la obligación de que no transcurran más de 30 días (60 en procesos complejos) entre el requerimiento de sobreseimiento y la audiencia que resuelve lo pertinente (art. 345.4 del nuevo CPP). Cabe llamar la atención sobre cuál fue la verdadera voluntad del legislador en este extremo: ¿celeridad procesal?, ¿concentración del procedimiento? Porque lo cierto es que, cuando la norma menciona a la audiencia que “resuelve” lo pertinente, parecería que existe una mayor preocupación en concentrar la “distancia” entre el requerimiento y la decisión que en acortar el transcurso entre el requerimiento y el inicio de la audiencia, lo cual ocurre en la práctica judicial. Esto se explica sobre todo por la diferencia de plazo entre un proceso simple y un proceso complejo o de criminalidad organizada. Es evidente que el legislador otorga un mayor plazo a estos casos porque su voluntad es regular la distancia entre el requerimiento y el fin del control —que, por razones de complejidad, requiere más tiempo—, no la distancia entre el requerimiento y el inicio de la audiencia.

La norma probablemente se situó en una posición ciertamente esperanzadora de creer que la etapa intermedia se iba a resolver en única sesión de audiencia. Sin embargo, lo cierto es que en la actualidad la duración de la etapa intermedia en los procesos complejos puede durar meses, incluso más de un año, algo para lo que evidentemente no estaba preparado el sistema y que puede causar un serio perjuicio a la administración de justicia. La etapa llamada a ser, como se ha dicho, un auténtico filtro de juicios orales —con base en la protección de derechos fundamentales, pero también con el propósito de buscar celeridad y eficacia— se ha convertido en un juicio paralelo interminable con el agravante

exista actuación probatoria). Sin embargo, sigo pensando que el plazo es muy estrecho, que en casos complejos emitir una resolución en tres días es difícil, si no imposible, y que 15 días no tienen por qué afectar la memoria de un juez que, además, tiene mecanismos a la mano para reproducir ciertos espacios de una audiencia, que puede y debe ser grabada en formato digital. Además, si como ocurre en la actualidad, estamos acudiendo a una duración de la etapa intermedia que dura varios meses, el problema de la memoria del juez está muy lejos de ubicarse en los tres días que se otorgan para resolver. Se ubica, en realidad, en la distancia entre las primeras sesiones de audiencia y la decisión final (de la etapa intermedia).

que, por razones obvias, el nuevo Código Procesal Penal no ha fijado para ella siquiera un plazo máximo de duración. Esta burocratización del sistema, esta tramitología y formalismo de una etapa llamada a “desburocratizar” el proceso penal, es probablemente, hoy, uno de los problemas más graves que enfrenta la reforma del proceso penal.

Son tres las posibilidades que tiene el juez de la investigación preparatoria frente al requerimiento de sobreseimiento fiscal luego de la audiencia de control:

- Si considera fundado el requerimiento, dictará *auto de sobreseimiento*.
- Si no lo considera fundado, expedirá un auto *elevando las actuaciones al fiscal superior* para que *ratifique o rectifique* la solicitud del fiscal provincial. La resolución judicial debe expresar las razones en las que se funda su desacuerdo.
- Si considera admisible la oposición formulada, en ese sentido, por una de las partes, dispondrá la realización de una *investigación suplementaria e indicará* el plazo y las diligencias que el fiscal debe realizar.

1. El auto de sobreseimiento

El auto de sobreseimiento es una resolución emanada del órgano jurisdiccional competente en la fase intermedia (juez de garantías) que pone fin al procedimiento penal con una decisión que sin actuar el *ius puniendi* —una vez firme— goza de la totalidad de los efectos de la cosa juzgada (sobreseimiento definitivo).

Para SAN MARTÍN CASTRO, esta resolución, pese a finalizar el proceso, revisite la forma de auto y no de sentencia. Sin embargo, esto no ha de impedir *exigir* que contenga una adecuada fundamentación jurídica (art. 139.5 Const. Pol.), debido a que incide en el derecho a la tutela (art. 139.3 Const. Pol.)³⁷.

El art. 347.1 del nuevo CPP establece que el auto de sobreseimiento de la causa debe expresar lo siguiente:

- Los datos personales del imputado.
- La exposición de hechos objeto de la investigación preparatoria.
- Los fundamentos de hecho y de derecho.

37 SAN MARTÍN CASTRO, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 615.

- La parte resolutive, con indicación expresa de los efectos del sobreseimiento que correspondan.

1.1. Efectos

El art. 347.2 del nuevo CPP indica que el sobreseimiento tiene carácter *definitivo* porque importa el archivo de la causa en relación con el imputado —o los imputados— en cuyo favor se dicte y *tiene autoridad de cosa juzgada*. Esta disposición es la lógica consecuencia de lo dispuesto por el art. 139.13 de la Const. Pol., que describe una garantía de la jurisdicción: “La prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada. La amnistía, el indulto, el sobreseimiento definitivo y la prescripción producen los efectos de cosa juzgada”.

El TC ha establecido que la *cosa juzgada* garantiza el derecho de todo justiciable a que las resoluciones que hayan puesto fin al proceso judicial no puedan ser recurridas mediante medios impugnatorios, ya sea porque estos han sido agotados o porque ha transcurrido el plazo para impugnarla.

Por otro lado, establece:

El contenido de las resoluciones que hayan adquirido tal condición no pueda ser dejado sin efecto ni modificado, sea por actos de otros poderes públicos, de terceros o, incluso, de los mismos órganos jurisdiccionales que resolvieron el caso en el que se dictó. Uno de los efectos que se deriva de haberse alcanzado dicha autoridad es la prohibición de que por los mismos fundamentos se pueda volver a juzgar a la misma persona. Esa eficacia negativa de las resoluciones, a su vez, configura lo que en nuestra jurisprudencia hemos denominado el derecho a no ser juzgado dos veces por el mismo fundamento (*ne bis in idem*)³⁸.

En la misma línea, el art. III del título preliminar del nuevo CPP regula expresamente la figura del *non bis in idem*³⁹, el cual indica que nadie podrá ser

38 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 4587-2004-AA/TC*, Lima: 29 de noviembre del 2005, f. j. n.º 38.

39 Para LÓPEZ BAJA DE QUIROGA, la traducción literal de la regla *ne bis in idem* es como sigue: “que no se sentencie dos veces por un mismo delito”. Por lo tanto, el deseo de transformar la frase a estilo es lo que hace que, en ocasiones, se prefiera expresar esta regla como *non bis in idem*. *Ne* es una conjunción que da inicio a una oración final negativa, por lo tanto, subordinada y que se suele traducir “para que no” o “que no”. Pero si extraemos la oración

procesado más de una vez por un *mismo hecho*, siempre que se trate del *mismo sujeto y fundamento*. Este principio tiene dos ámbitos de aplicación: el material y el procesal. En el ámbito material está prohibido sancionar dos veces por el mismo hecho a la misma persona. En el procesal, *no puede someterse a un segundo juicio a una persona por los mismos hechos. El principio actúa impidiendo la doble persecución*.

Resulta claro que el auto de sobreseimiento, al constituir cosa juzgada, y al establecer una suerte de absolución “anticipada” del imputado en relación con la hipótesis incriminatoria, se encuentra protegido por el *non bis in idem* de carácter *procesal*.

El sobreseimiento puede ser parcial o total, pero siempre *definitivo*. El núcleo de la decisión en torno al sobreseimiento radica en la persona que adquirió la condición de imputado al momento de la formalización de la investigación preparatoria. Una vez que se dicta contra ella auto de sobreseimiento, la resolución involucra que no podrá someterse, en ningún caso, a un nuevo proceso o investigación preliminar por el hecho y fundamento expuesto en la imputación.

Incluso cuando se hubiere demostrado que el hecho ocurrió y, sin embargo, al momento de emitir el auto se entiende que no existe, razonablemente, posibilidad de incorporar nuevos datos a la investigación (art. 346.2.d del nuevo CPP), esta decisión involucra una *renuncia* definitiva a la persecución del imputado por el hecho y fundamento expuesto en la disposición de formalización de la investigación preparatoria, al punto que es imposible iniciar una nueva investigación contra ese imputado, incluso si en un momento posterior aparecen pruebas que puedan variar la situación procesal.

El nuevo CPP opta así por un *non bis in idem* procesal claro, que impide la persecución penal múltiple (*double jeopardy*). Una vez que se inicia y concluye la investigación preparatoria, el Estado tiene esa oportunidad, y no otra, para sancionar al imputado por el hecho y fundamento que originó el inicio de la persecución penal.

subordinada del contexto y la convertimos en una oración principal, la conjunción subordinada se debe transformar en una simple negación, esto es, en *non*, que se traduce por “no”. Esto quiere decir que si castellinizamos el principio, si partimos de *ne*, habremos de decir principio “para que no (o ‘que no’) dos veces en (o por) lo mismo”, mientras que, si partimos de la conjunción *non*, diremos principio “no dos veces en (o por) lo mismo”. Por lo que si la regla se enuncia como principio, lo correcto, según el autor, es enunciarlo como principio *non bis in idem*. Vid. LÓPEZ BAJA DE QUIROGA, Jacobo, *Tratado de derecho procesal penal*, vol. 1, Navarra: Thomson-Aranzadi, pp. 178-180.

En consecuencia, los problemas relacionados al hecho y fundamento normalmente tendrán relación con la descripción de los hechos y la identificación del imputado que se realice en el auto de sobreseimiento. Por ello, la nueva normativa llama especialmente la atención respecto a la necesidad de que la resolución esté *debidamente motivada*.

Es fundamental identificar qué es lo que debe entenderse por objeto procesal penal, por cuanto su definición dota de alcances sólidos a la institución de cosa juzgada. Debe entenderse que existe identidad de hechos cuando existe coincidencia de los actos típicos de ejecución o cuando los bienes jurídicos ofendidos o lesionados son los mismos⁴⁰.

Es obvio que la delimitación objetiva de la eficacia de la cosa juzgada no se determina por las calificaciones que se haya podido hacer de los hechos sometidos a persecución penal. Lo que el *non bis in idem* impide es que los mismos hechos sean enjuiciados repetidamente, con indiferencia de que estos puedan ser contemplados desde distintos ángulos penales, formal y técnicamente distintos⁴¹. Ello involucra, evidentemente, que sea imposible juzgar a la persona por el mismo hecho alegando una calificación jurídica distinta a la anterior.

Por otro lado, dentro de sus *efectos secundarios* se encuentra la obligación del juez de garantías de levantar las medidas coercitivas, personales y reales que se hubieren expedido contra la persona o los bienes del imputado (art. 347.2 del nuevo CPP). Nótese que en este extremo el nuevo CPP asigna al sobreseimiento algunos de los efectos que se desprenden de la sentencia absolutoria, la misma que, de conformidad con el art. 398.2 del nuevo CPP, exige ordenar la inmediata libertad del acusado y la cesación de las medidas de coerción personales y patrimoniales.

Ello es lógico si se tiene en cuenta que, independientemente de la impugnación que pueda realizarse, existe una resolución judicial que determina una situación que constituye un “duro golpe” para el *fumus boni iuris* en el que se sustenta la medida cautelar. Por lo tanto, el efecto suspensivo que incorpora el recurso de apelación no puede impedir, por expresa mención del Código, la inmediata libertad del imputado⁴² (o en su caso, el levantamiento o variación de cualquier medida cautelar personal).

40 CORTÉS DOMÍNGUEZ y MORENO CATENA, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 163.

41 *Ibid.*, p. 443.

42 El art. 347.3 del nuevo CPP establece, en forma expresa, que el recurso de apelación interpuesto contra el auto de sobreseimiento no impide la inmediata libertad del imputado a quien favorece.

Si se acude a la provisionalidad de las medidas cautelares y se aplica la regla *rebus sic stantibus*, entonces se entiende que el juez deberá reformar la medida cautelar de prisión preventiva —u otra medida cautelar— en cualquier momento que considere que han variado las condiciones que justificaron su adopción, y no cabe duda de que el auto de sobreseimiento descarta la concurrencia de los fundados y graves elementos de convicción de la comisión del delito (*fumus boni iuris*), requisito indispensable para adoptar la prisión preventiva (art. 268.1.a del nuevo CPP)⁴³. Además, el auto de sobreseimiento también puede influenciar decididamente en la variación del peligro procesal que se consideraba hasta ese momento existente⁴⁴.

Lo mismo ocurre con las medidas patrimoniales. También puede existir una decidida variación de las circunstancias que justificaron la aparición del derecho en el que se sustenta la medida que proteja el cumplimiento de la obligación futura que postula la pretensión civil en el proceso penal, salvo que la resolución de sobreseimiento haya considerado que sí existió un daño y haya declarado la existencia de una obligación civil y fijado el cumplimiento de una reparación, indemnización o restitución (art. 12.3 del nuevo CPP). En este caso, el mantenimiento de la medida patrimonial se justifica, toda vez que sigue siendo necesario asegurar la pretensión en el trámite del recurso impugnatorio que pueda presentarse contra el extremo civil de la resolución de sobreseimiento.

1.2. Clases

1.2.1. *Total y parcial*

De conformidad con el art. 348.1 del nuevo CPP, el sobreseimiento será *total* cuando comprenda todos los delitos y a todos los imputados. Será *parcial* cuando solo se circunscribe a algún delito o algún imputado, de los varios que son materia de la disposición de formalización de la investigación preparatoria. En el primer caso, el archivo es definitivo y la causa se da por concluida en su integridad: solo puede quedar expuesta a un recurso impugnatorio. En el segundo caso,

43 DOIG DÍAZ, Yolanda, “El recurso de apelación contra sentencias”, en CUBAS VILLANUEVA, Víctor; Yolanda DOIG DÍAZ y Fany QUISPE FARFÁN (coords.), *El nuevo proceso penal. Estudios fundamentales*, Lima: Palestra, 2005, p. 554.

44 Si la finalidad primordial de la prisión preventiva es asegurar la presencia del imputado en el juicio oral, lo natural es que una resolución de sobreseimiento, aun cuando esta no sea firme, puede generar una respuesta del imputado mucho más favorable para el proceso penal. El temor de ser sometido a un juicio oral o a una pena grave se diluye en forma significativa.

continuará la causa respecto de los demás delitos o imputados no comprendidos en el sobreseimiento parcial (art. 348.2 del nuevo CPP).

Frente a un requerimiento fiscal mixto (acusatorio y no acusatorio) es obligatorio que el juez de la investigación preparatoria se pronuncie primero por el requerimiento de sobreseimiento (art. 348.3 del nuevo CPP). Solo luego de culminado el trámite, esto es, en una audiencia de control y con las garantías hasta aquí expuestas, podrá seguir el trámite previsto para la acusación fiscal. Es necesario, entonces, realizar dos audiencias de control claramente diferenciadas.

1.2.2. Adiós al sobreseimiento provisional

El art. 221 del CdePP señala que, si está comprobada la existencia del delito pero no la responsabilidad del inculpado, se archivará *provisionalmente* el proceso. Se está frente a la regulación del *sobreseimiento provisional* que, a diferencia de lo que ocurre con el sobreseimiento libre, no supone la terminación definitiva del proceso.

En el sobreseimiento provisional se ha probado la existencia del delito, pero no la responsabilidad penal del imputado⁴⁵, por lo tanto, existe una suspensión o paralización del proceso por faltar pruebas sobre la existencia del hecho delictivo o sobre su atribución a determinada persona.

Aunque el desenlace absolutorio del juicio resulta completamente previsible, el hecho de que existan indicios racionales de haberse perpetrado el delito y la probabilidad de que aparezcan nuevas pruebas suficientes para acreditar su comisión por una determinada persona impiden anticipar la absolución definitiva⁴⁶.

Así, en el antiguo modelo, una vez que se dictaba sobreseimiento provisional, se remitía la causa al Ministerio Público para la *ampliación de las investigaciones preliminares*, en orden a averiguar y descubrir a los autores del hecho delictivo declarado probado (art. 92.2 de la Ley Orgánica del Ministerio Público). El sobreseimiento provisional es, en rigor, *definitivo respecto del imputado*, pero las investigaciones no se clausuran, ya que pueden reabrirse en la búsqueda de evidencias que acrediten fundadamente la intervención de otras personas⁴⁷.

45 SAN MARTÍN CASTRO, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 617.

46 ARMENTA DEU, Teresa, *Lecciones de derecho procesal penal*, 3.^a ed., Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 214.

47 SAN MARTÍN CASTRO, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 617.

El nuevo Código Procesal Penal *renuncia* al sobreseimiento provisional: sencillamente no lo regula. De ello se desprende que todo sobreseimiento que se dicte es definitivo⁴⁸. Lo que ocurre es que la actual ausencia del sobreseimiento provisional no impide una nueva investigación por los mismos hechos, siempre que esta, naturalmente, no incluya a quien ha sido beneficiado por una resolución de sobreseimiento anterior⁴⁹. Es decir, si acudimos al análisis ya realizado con relación a los efectos de la cosa juzgada, queda claro que el sobreseimiento definitivo impide una nueva persecución penal *contra la misma persona*, siempre que la “nueva” imputación se sustente en el hecho y fundamento que ha sido materia del auto de sobreseimiento. Pero exactamente lo mismo ocurre con el sobreseimiento provisional.

Por esta razón, la institución de sobreseimiento provisional, más que presentar dificultades en relación con la cosa juzgada o el *non bis in idem*, presenta el problema de establecer si la continuación de las investigaciones destinadas a verificar al verdadero autor del delito deben producirse por imperio de una decisión de carácter jurisdiccional. Es decir, pareciera existir un problema vinculado al principio acusatorio, la nueva normativa impide que el órgano jurisdiccional sustituya la función del Ministerio Público, el único legitimado para decidir cuándo se debe activar la persecución penal (oficialidad).

Ahora, a diferencia del modelo anterior, la decisión de “clausurar” o “re-abrir” las investigaciones para identificar al “verdadero autor”, ya no depende del órgano jurisdiccional, sino del Ministerio Público, que tendrá la facultad de iniciar otra investigación penal por los mismos hechos y contra personas distintas, independientemente de que exista un sobreseimiento definitivo que no imposibilita la individualización posterior de autores no incluidos en el auto primigenio.

Así, se evita dejar “abierta” una puerta que permite una suerte de *inquisitio generalis*, destinada a la pendencia de una investigación penal de duración inde-

48 Incluso en el parcial, por cuanto es definitivo en todos sus extremos, cosa totalmente distinta es que el proceso puede continuar respecto de otros imputados u otros delitos. Pero el sobreseimiento, en sus alcances, sigue siendo definitivo.

49 El art. 252 del CPP chileno (2000) regula el “sobreseimiento temporal”, que debe decretarse en los siguientes casos: a) cuando para el juzgamiento criminal se requiere la resolución previa de una cuestión civil; b) cuando el imputado no compareciere al procedimiento y fuere declarado rebelde; y c) cuando después de cometido el delito el imputado cayere en enajenación mental.

terminada y, en muchos casos, contra un grupo determinado de personas sobre quienes pesa, por tiempo indefinido, “el brazo de la justicia”.

2. “Procedimiento para forzar la acusación”

El art. 346.1 del nuevo CPP establece que, cuando el juez de la investigación preparatoria *no considere fundado* el requerimiento fiscal de sobreseimiento, “expedirá un auto elevando las actuaciones al fiscal superior, para que *ratifique* o *rectifique* la solicitud del fiscal provincial”⁵⁰.

El fiscal superior debe pronunciarse en el plazo de diez días. Si *ratifica* el requerimiento de sobreseimiento, *obliga* al juez de la investigación preparatoria a dictar auto de sobreseimiento, el art. 346.3 del nuevo CPP menciona que lo hará “inmediatamente y sin trámite alguno”. Si no está de acuerdo con el requerimiento del fiscal provincial, ordenará *a otro fiscal* que formule acusación.

Para el análisis de este procedimiento es necesario revisar su antecedente inmediato, porque no cabe duda de que se esté frente a una “herencia” del Código de Procedimientos Penales. Lo importante es que el cambio en la estructura permite entender la diferencia de instaurar un procedimiento como este en un proceso donde existe una clara división de roles, frente a su instauración en un proceso de corte inquisitivo, donde las funciones del Ministerio Público y el juez pueden confundirse.

Así, el art. 220 del CdePP (modificado por Ley N.º 24388, de 6 de diciembre de 1985)⁵¹ establece que, si el fiscal opina por no haber mérito para

50 El Código Procesal Penal de Costa Rica (1996) dispone que si luego de la solicitud de sobreseimiento el “tribunal del procedimiento intermedio” *discrepa* con el Ministerio Público (y siempre que la víctima no haya querellado) debe remitir, *nuevamente*, las actuaciones al propio fiscal que solicitó el sobreseimiento a través de un acto fundado en el que debe solicitarle que modifique su petición. Solo si el fiscal ratifica su solicitud y el tribunal mantiene su posición, se envían las actuaciones al fiscal general o al fiscal superior, según sea el caso (art. 302 del CPP de Costa Rica).

51 SAN MARTÍN CASTRO señala que, en su origen, el CdePP incluso consagraba la figura del “control judicial”, lo que importaba que, en caso de discrepancia con el dictamen no acusatorio, *la opinión judicial se imponía a la del Ministerio Público*. Los autos se remitían a otro fiscal del mismo grado y, si este coincidía con el fiscal originario, interponía recurso de nulidad que era resuelto por la Sala Penal de la Corte Suprema. Con la entrada en vigor de la Constitución Política de 1979, que consagró la autonomía constitucional del Ministerio Público y le entregó la titularidad de la promoción de la acción penal pública (lo mismo

pasar a juicio oral, el Tribunal puede alternativamente: *disponer el archivamiento* (sobreseimiento), *ordenar la ampliación de la instrucción* o *eleva directamente la actuación al fiscal supremo*.

Como puede verse, también regula lo que se conoce como “procedimiento para forzar la acusación”. La diferencia fundamental estriba en que en el CdePP uno de los grandes problemas que presenta este procedimiento es que el encargado de “forzar la acusación” es, a su vez, el responsable de emitir sentencia. ¿Qué garantías de imparcialidad puede ofrecer un juzgador que ha participado, por lo menos en forma indirecta, en el nacimiento de la acusación?

Es una norma que ha sido muy criticada en el ámbito del análisis del principio acusatorio, porque se considera que es violatoria de la necesaria separación de funciones en el proceso penal, presupuesto imprescindible de la imparcialidad judicial. Se sostiene que un juez que discrepa del dictamen y logra que el Ministerio Público emita dictamen acusatorio no puede ser luego juez de la sentencia⁵².

Si bien es cierto que con esto no se cumple en forma directa con la antigua noción del proceso inquisitivo —en la que el juez sencillamente reunía las funciones de acusación, juzgamiento y sentencia—, existe una actuación indirecta que determina un serio peligro de contaminación procesal: aquel que evaluó la necesidad de ir a juicio, y quien consideró necesario solicitar un pronunciamiento del superior jerárquico —del Ministerio Público—, es además el encargado de emitir un pronunciamiento sobre el fondo. Quien está convencido de que existen fundadas razones para creer responsable penalmente del delito al imputado (prejuicio) es luego el encargado de evaluar la posible confirmación de esta hipótesis en sede de juicio oral.

ocurre con la Constitución Política de 1993), la nueva LOMP instauró el control jerárquico por la propia institución; es al Ministerio Público a quien corresponde decidir, siempre, si formula acusación contra una persona. *Vid.* SAN MARTÍN CASTRO, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 612. El Código Procesal Penal de Guatemala (1992) establece un control judicial que se *impone* al Ministerio Público, al punto que lo denomina “orden de acusación” y establece específicamente que la resolución que plantea la rectificación “obligará al Ministerio Público a plantear la acusación” (art. 326 del CPP de Guatemala). Esta es una norma de corte inquisitivo.

52 ÁVALOS RODRÍGUEZ, Constante Carlos, “¿Por qué el juez que discrepa del dictamen no acusatorio no puede ser juez de la sentencia?”, en *Actualidad Jurídica*, n.º 151, Lima. Recuperado de <<https://bit.ly/2UOnbn5>>. Además, califica la solicitud del juez como un “pedido de acusación” en sentido estricto.

En el procedimiento sumario, la aplicación de esta norma⁵³ adquirió ribetes grotescos. A diferencia de la aplicación del art. 220 del CdePP en el proceso ordinario, en el sumario la “distancia” entre la decisión del juez de “activar” el procedimiento para forzar la acusación y la sentencia —siempre, claro está, que el fiscal superior rectifique la decisión del fiscal provincial y ordene acusar— es, por decir lo menos, “ridícula”. La única posibilidad que tiene la defensa para revertir la “idea” del juez, de que se encuentra comprobada la existencia del delito, es la presentación de informes escritos y la realización de un informe oral de 5 minutos (ambos ni siquiera son obligatorios).

Puede resultar hasta desproporcionada una sentencia absolutoria de un juez que antes activó el procedimiento para forzar la acusación, sobre todo cuando entre dicho acto y la sentencia solo tuvo oportunidad de escuchar un informe oral de 5 minutos en una etapa que ni siquiera admite actividad probatoria.

En el proceso ordinario regulado por el Código de Procedimientos Penales, al menos existe un juicio oral entre la acusación —y el procedimiento para forzar la acusación— y la sentencia, y es evidente que el tribunal no solo puede cambiar de opinión, es imprescindible que lo haga si durante la actividad probatoria se descarta la hipótesis acusatoria, por cuanto son las pruebas actuadas en el juicio oral las únicas que deben constituir la base de la sentencia, atendiendo fundamentalmente a los principios de *oralidad*, *inmediación* y *contradicción*.

En el nuevo Código Procesal Penal, evidentemente, este riesgo se matiza⁵⁴ en forma decidida si se tiene en cuenta que el llamado a forzar la acusación es el juez de la investigación preparatoria, que no es el encargado de conducir el juzgamiento ni el responsable de emitir sentencia. Además, es él quien ha partici-

53 El art. 220 del CdePP se aplicaba (se aplica) al proceso sumario en vía supletoria. Aunque si se asume que la aplicación supletoria exige una evaluación que permita entender que la misma es razonable, los argumentos aquí expuestos pueden servir para que no se aplique el procedimiento para forzar la acusación en los procesos sumarios, en tanto la ausencia de un juicio oral no lo permite. Es una interesante solución para los procesos que aún se ventilan aplicando el Código de Procedimientos Penales.

54 Utilizo la expresión “matiza” porque considero que el riesgo no desaparece del todo. Recuérdese que este juez de garantías también limita derechos. Por ejemplo, evalúa la necesidad de imponer prisión preventiva, lo que supone haber evaluado (y confirmado) que existen altas probabilidades de someter al imputado a una pena. Es obvio que esta decisión —entre otras— también puede constituir un supuesto de “contaminación procesal”, en un sentido inverso; es decir, es posible que el juez que dictó la prisión preventiva tienda a “justificar” esa decisión para luego solicitar el procedimiento para forzar la acusación.

pado en la investigación preparatoria, pues ejerce una función tutelar, conoce los pormenores y tiene legitimidad para cuestionar una decisión fiscal que se apoya en el análisis de la labor de investigación previa.

Es legítimo sostener que el juez de garantías no solo debe estar en capacidad de tutelar los derechos del imputado, también el derecho de la víctima a recibir una respuesta del ordenamiento jurídico con relación al conflicto sometido a persecución penal y, por supuesto, el interés de la colectividad en un ejercicio eficaz del *ius puniendi* frente a las conductas delictivas, siempre que su oposición se limite a cuestionar la legalidad del acto postulatorio, nunca puede sustituir al Ministerio Público como titular de la acción penal pública.

El nuevo Código Procesal Penal, a diferencia del Código de Procedimientos Penales, exige que el pronunciamiento del juez de la investigación preparatoria, que expresa la discrepancia con el dictamen fiscal, esté *debidamente motivado*. El art. 346.1 del nuevo CPP menciona que la resolución judicial debe expresar “las razones en que funda su desacuerdo”, lo que supone un análisis que puede ser tanto fáctico como jurídico, debe analizarse —y cuestionarse— el requisito alegado por el fiscal para solicitar el sobreseimiento definitivo (art. 344.2 del nuevo CPP).

Por ejemplo, el análisis del juez debe justificar por qué es que considera que los actos de investigación establecen que el delito sí existió y cómo es que permiten que este sea atribuido al imputado. De ser el caso, puede discutirse el análisis jurídico realizado por el fiscal en torno a la atipicidad de determinada conducta o si es cierto que en el caso concurre una causa de justificación específica, etc. Lo importante es que el juez no se limite a activar el procedimiento para forzar la acusación sin el concurso de la expresión de las razones que deberán ser evaluadas por el fiscal superior para dirimir la discrepancia.

Un dato importante es que el nuevo Código Procesal Penal dispone que si el fiscal superior —no es más una función del fiscal supremo en el proceso común— *ratifica* el requerimiento del sobreseimiento solicitado por el fiscal provincial, entonces con su decisión *culmina el trámite*. Actualmente, se discute qué es lo que debe entenderse por “culminación del trámite”, sobre todo teniendo en cuenta lo dispuesto por el Tribunal Constitucional con relación al procedimiento para forzar la acusación regulado por el Código de Procedimientos Penales. La duda que se plantea es qué posibilidades hay de impugnar una resolución de sobreseimiento cuando el fiscal superior —vía el procedimiento para forzar la acusación— ya emitió un pronunciamiento en el que solicita el archivo definitivo del caso.

El Tribunal Constitucional estableció en el caso *Umbert Sandoval* (con relación al Código de Procedimientos Penales y al D. Leg. N.º 124), la imposibilidad de interponer recurso de apelación contra una resolución de sobreseimiento (en los procesos sumarios)⁵⁵ si es que previamente y luego de activarse el procedimiento para forzar la acusación existe una opinión del fiscal superior en el sentido de ratificar la posición del fiscal originario. Es así que el Tribunal Constitucional sostiene:

[...] ello vulnera el principio acusatorio, ya que, si bien el órgano jurisdiccional no está asumiendo, en estricto, el papel de acusador, ni se está obligando al titular de la acción penal a dictaminar en determinado sentido, el titular de la acción penal en su grado máximo según la vía procedimental correspondiente, ya ha tomado una decisión que impide la imposición de una condena⁵⁶.

La doctrina jurisprudencial vinculada al nuevo Código Procesal Penal sigue el derrotero propuesto por el Tribunal Constitucional, porque considera que dicho razonamiento sigue siendo aplicable al nuevo sistema procesal penal.

La Sala de Apelaciones de Huaura cita expresamente en su resolución la posición del Tribunal Constitucional en el caso *Umbert Sandoval*:

[E]l recurso de apelación interpuesto por el agraviado (contra la resolución de sobreseimiento dictada por el juez de garantías con posterioridad al procedimiento para forzar la acusación) deviene en inadmisible, toda vez que el órgano persecutor del delito (el Ministerio Público) ya se ha pronunciado en última y definitiva instancia opinando por el archivamiento definitivo de los actuados, lo que significa que el auto de sobreseimiento constituye cosa juzgada [...] [y] constituye una resolución irrecurrible⁵⁷.

Sobre esta base, cabe entender que, cuando el nuevo Código Procesal Penal establece que con la decisión del fiscal superior culmina el trámite, es porque la esta

55 Este razonamiento también es aplicable al análisis de la procedencia del recurso de nulidad en los procesos ordinarios.

56 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 2005-2006-PHC/TC*, Lima: 13 de marzo del 2016, f. j. n.º 9.

57 SALA DE APELACIONES DE HUAURA, *Expediente N.º 019-2007*, Huaura: 13 de marzo del 2007.

opera en forma definitiva con relación a la acción penal y ello no solo obliga al juez a dictar el auto de sobreseimiento (art. 346.3 del nuevo CPP), dicha resolución además será irrecurrible (*ne procedat iudex ex officio*) y constituye cosa juzgada.

Por otro lado, si el fiscal superior no está de acuerdo con el sobreseimiento, como ya se advirtió, ordenará a *otro fiscal* que formule acusación. Es este otro cambio respecto del modelo anterior, en la medida que el “fiscal obligado” ya no es el mismo que en una situación anterior solicitó el sobreseimiento. El nuevo Código Procesal Penal, con corrección, evita una situación bastante compleja que se presentaba en el Código de Procedimientos Penales, que exigía al fiscal provincial “cambiar de opinión” por orden de su superior jerárquico⁵⁸.

Si bien es cierto que el Ministerio Público responde a los principios de unidad y dependencia jerárquica, también lo es que la “contaminación procesal” no ocurre en un solo sentido. Resulta por demás dudoso que pueda esperarse un actuar objetivo y eficiente de un representante del Ministerio Público que en el mismo caso se pronunció en forma totalmente contraria a la posición que hoy le exige asumir su superior jerárquico.

Es razonable dudar de la eficiencia de una persona que se ve obligada a sostener algo en lo que sencillamente no cree. Lo correcto es que la instrucción se imparta a otro fiscal provincial que pueda continuar con el desarrollo del proceso⁵⁹.

PEÑA CABRERA entiende que esta institución configura una flagrante violación al principio de autonomía funcional (cita el art. 159 de la Const. Pol. y el art. 5 de la LOMP), en la medida que las instrucciones que pudieran impartir los superiores se sujetan a un ámbito administrativo u organizacional, mas nunca funcional⁶⁰. Sin embargo, ninguna de las normas citadas por el autor menciona

58 En el procedimiento para forzar la acusación (“forzamiento de la acusación”) regulado por el Código Procesal Penal chileno (2000), se admiten ambas posibilidades: el fiscal regional puede disponer que el caso continúe en manos del fiscal originario o puede designar uno distinto (art. 258 del CPP chileno). El Código Procesal de Honduras (2000) regula un procedimiento para forzar la acusación idéntico al nuestro (art. 299 del CPP hondureño).

59 No se puede negar que el problema puede persistir. El nuevo fiscal puede no estar de acuerdo con la orden interna, pero es una situación mucho menos complicada que la de aquel que ya emitió pronunciamiento. Además, como se verá, la obligación nunca incluye las instrucciones contrarias a derecho.

60 PEÑA CABRERA, Alonso Raúl, “La etapa intermedia en el Código Procesal Penal de 2004. Las funciones del Ministerio Público y el juez de la investigación preparatoria”, en *Actualidad*

que las instrucciones que pueden impartir los superiores —al interior del Ministerio Público— se limitan al ámbito administrativo u organizacional. Si bien los fiscales actúan con independencia en el ejercicio de sus funciones, son un cuerpo jerárquico y deben sujetarse a las instrucciones de sus superiores, incluso, en el plano funcional.

De hecho, la propia Corte Suprema ha establecido, interpretando los alcances del art. 5 de la LOMP, que el mandato fiscal que incorpora la aplicación del art. 220 CdePP se debe cumplir imperativamente porque, si bien los fiscales actúan independientemente, pertenecen a un organismo jerarquizado⁶¹.

La doctrina también admite la vinculación a las instrucciones internas como una expresión natural de la función de la fiscalía, tanto desde la perspectiva de la valoración fáctica como en el ámbito de los problemas jurídicos, e incluso en el margen discrecional y las valoraciones.

ROXIN sostiene que la fiscalía requiere patrones de uniformidad y que no es provechoso para la paz jurídica que cada fiscal pueda seguir su propia línea sin controles, de tal manera que se origine una práctica dispersa con respecto a la acusación, porque, si se considera al Ministerio Público como independiente de los criterios de la jurisprudencia, ello es solamente tolerable si se manifiesta en actuaciones homogéneas. Agrega que allí donde están justificadas diversas posibilidades de evaluación, se puede hacer prevalecer el criterio del superior de la fiscalía⁶².

En cualquier caso, la “instrucción” debe estar debidamente fundamentada, el fiscal superior debe explicar cuáles son las razones que lo llevan a resolver la discrepancia que ordena a formular acusación, y debe proveer el soporte necesario para que el —nuevo— fiscal provincial actúe conforme a su directiva.

Evidentemente, la motivación exige establecer pautas claras en la medida que el fiscal provincial no tiene la obligación de obedecer instrucciones que contravienen disposiciones legales ni tiene el deber de acatar directivas secretas. La

Jurídica, n.º 157, Lima: diciembre del 2006, p. 136.

61 Ejecutoria de 20 de noviembre de 1990, Expediente N.º 435-90 Arequipa. Citada por SAN MARTÍN CASTRO, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 241.

62 ROXIN, Claus, *Pasado, presente y futuro del derecho procesal penal*, trad. Óscar Julián Guerrero, Bogotá: Instituto de Estudios del Ministerio Público, 2004, p. 31. Asimismo, defiende la idea de la *sustitución del fiscal* frente a cualquier orden interna que genere discrepancia. *Ibid.*, p. 33.

plasmación escrita de la instrucción permite al fiscal negarse a acatar la orden del superior en supuestos específicos como pueden ser la absoluta ausencia de una justificación razonable o la posible violación de norma legal expresa⁶³, una orden contraria a derecho no puede ser acatada por el fiscal⁶⁴.

La doctrina nacional plantea una problemática que radica en qué es lo que sucede cuando en un sobreseimiento parcial se obliga a acusar a otro fiscal, porque podría suceder que dos fiscales distintos sostengan la acusación de un solo proceso⁶⁵. Sin embargo, me parece que esta opción se encuentra resuelta tácitamente por el art. 348.3 del nuevo CPP. Este señala que, cuando existe un requerimiento mixto (acusatorio y no acusatorio), “primero se pronunciará acerca del requerimiento de sobreseimiento y, *culminado el trámite*, abrirá las actuaciones relativas a la acusación fiscal”.

Una interpretación sistemática de los arts. 346.4, 345.2 y 345.3 del nuevo CPP permiten sostener que frente a la existencia de un requerimiento mixto se debe *suspender* el trámite de la acusación hasta que se emita un pronunciamiento con relación al sobreseimiento. Si el juez optara por activar el “procedimiento para forzar la acusación” en el extremo del sobreseimiento, *culmina el trámite* (346.2 del nuevo CPP) solo con la opinión del fiscal superior.

Si el fiscal superior ordena a otro fiscal formular acusación, entonces recién el juez de la investigación preparatoria tendrá que absolver ambas acusaciones. Lo natural en este caso es que quien asuma el planteamiento de ambas sea el nuevo fiscal, a quien no solo se le asigna el papel de realizar la acusación específica ordenada por el fiscal superior, sino que asume la causa con todas sus incidencias. Además, lo lógico es que plantee un solo escrito de acusación, en el que integre la acusación anterior con la ordenada por el fiscal superior⁶⁶.

63 Un caso interesante y usual en sede preliminar puede darse frente a un supuesto de avocamiento indebido, expresamente prohibido por la Constitución.

64 ROXIN, *Pasado, presente y futuro del derecho procesal penal*, ob. cit., p. 32.

65 PEÑA CABRERA, Alonso Raúl, “La etapa intermedia en el Código Procesal Penal de 2004. Las funciones del Ministerio Público y el juez de la investigación preparatoria”, art. cit., p. 136.

66 Podría sostenerse que esto perjudica el trámite del proceso en la medida que el nuevo fiscal no conoce los pormenores de la investigación. No obstante ello, contra lo que pudiera pensarse, actualmente, gran parte de la doctrina procesalista no solo admite, sino que considera indispensable que el “fiscal investigador” y el “fiscal acusador” sean personas distintas. Se concibe como una manifestación más del principio acusatorio, donde el encargado de la acusación debe evaluar la investigación en forma objetiva para luego utilizar sus fuentes de información para ejercer la acusación con independencia de criterio. *Vid.* ARMENTA DEU,

Otra de las cuestiones que plantea el procedimiento para forzar la acusación es si la decisión del fiscal superior en torno al sobreseimiento debe afrontarse solo frente al estudio de los actuados de la investigación, el dictamen del fiscal provincial y el pronunciamiento en discrepancia del juez de la investigación preparatoria.

Todo indica que también es necesario evaluar los argumentos de la defensa y, en su caso, los del tercero civil, porque, como ya se dijo, la audiencia de control del sobreseimiento también debe otorgar espacio a estos sujetos procesales en *un* ejercicio que les permita coadyuvar al Ministerio Público.

La defensa debe estar en condiciones de pronunciarse sobre el requerimiento fiscal y, en su caso, afianzar los argumentos y, si es necesario, incorporar argumentos que permitan reforzar la posición del Ministerio Público. Por su parte, el actor civil puede reforzar la posición discrepante del juez de la investigación preparatoria cuando proceda.

La duda que se plantea es si el fiscal superior se debe limitar a estudiar las oposiciones presentadas (escritas) y la discusión que formó parte de la audiencia (cuyas actas deben integrarse a la carpeta fiscal con la resolución judicial y el requerimiento fiscal), o si además debería continuarse con una costumbre que ha suscitado cierto arraigo en la práctica forense que consiste en informar oralmente ante el Ministerio Público, incluso en un debate contradictorio, citando a ambas partes. Si el fiscal superior tiene un plazo de diez días para pronunciarse (art. 344.2 del nuevo CPP), entiendo que no tendría por qué prohibirse esta posibilidad.

Nótese que estamos frente a una situación *sui generis* donde el Ministerio Público ejerce una función muy similar a las decisiones de carácter jurisdiccional. Es cierto que no es tal, pero su pronunciamiento involucra nada menos que el archivo definitivo del proceso o, en su caso, la apertura del juicio oral. Además, aun cuando no es una decisión de carácter jurisdiccional, involucra el análisis de dos posturas claramente enfrentadas: quienes alegan la existencia de una causal de sobreseimiento vs. quienes la niegan tajantemente, lo que en muchos casos exige un acucioso análisis jurídico⁶⁷.

Teresa, “Juicio de acusación, imparcialidad del acusador y derecho de defensa”, en *Ius et Praxis* n.º 2, vol. 13, 2007, *supra* nota al pie 7.

67 Las discusiones vinculadas a la tipicidad, punibilidad, inculpabilidad, presencia de causales de extinción y otros presupuestos procesales involucran un alto contenido dogmático y mu-

Aun en riesgo de que se considere que esta propuesta es dilatoria y poco funcional, creo que la decisión del fiscal superior en estos casos puede ser lo suficientemente importante como para plantearnos la necesidad de instaurar un procedimiento contradictorio específico previo al dictamen del fiscal superior.

Un dato importante a tener en cuenta es que el nuevo Código Procesal Penal no exige una oposición formal de alguna de las partes, como requisito previo para que el juez pueda activar el procedimiento para forzar la acusación. Es un dato curioso porque, como se verá, sí lo exige en el supuesto de la investigación suplementaria (art. 346.5 del nuevo CPP).

Suele entenderse la figura de la “oposición previa” como un acto postulatorio fundamental en un sistema procesal penal de corte acusatorio, en el que se pretende que el órgano jurisdiccional solo participe en el proceso por excitación de las partes procesales. Tal diseño asegura así dos postulados fundamentales: por un lado, se conserva la estricta división de roles y, por otro, se garantiza la contradicción y la imparcialidad judicial.

El principio rogatorio es una garantía del contradictorio, porque la mejor manera de propiciar un debate ocurre cuando las partes introducen una petición procesal específica y cuando el juez se mantiene en una posición neutral que lo obliga a percibir el debate como condición previa de su decisión.

Por lo tanto, no queda claro por qué el nuevo Código Procesal Penal exige que exista una oposición previa de las partes para activar la investigación suplementaria y, sin embargo, no la exige en el caso del procedimiento para forzar la acusación.

Probablemente, la situación que mejor explique esto deba reconducirse al análisis que hiciéramos en torno a la figura del ejercicio de la acción civil en la etapa intermedia. Si nos situamos en el marco de los sujetos que pudieran estar legitimados para solicitar el procedimiento para forzar la acusación, está claro que ello excluye al imputado, la persona jurídica, el tercero civil y, evidentemente, al propio fiscal, que ha decidido solicitar el sobreseimiento.

Tal situación nos conduce a que los únicos sujetos legitimados —distintos al juez— para solicitar la activación de este procedimiento serían el agraviado

chas veces resulta necesario que la decisión sea tomada luego de un debate contradictorio. Resultaría absurdo que allí donde existe un debate científico no exista un debate procesal, sin perjuicio de que sean discusiones de distinta naturaleza y efectos.

y el actor civil. Esto guardaría cierta lógica con el art. 95.1.d) del nuevo CPP, que establece el derecho del agraviado “a impugnar el auto de sobreseimiento y la sentencia absolutoria”⁶⁸. *Mutatis mutandis*, es lógico que, si el agraviado y el actor civil ostentan capacidad para impugnar la resolución de sobreseimiento, también deben ostentar capacidad para solicitar la activación del procedimiento para forzar la acusación.

Entonces, cuando el art. 345.2 del nuevo CPP establece que los sujetos procesales pueden formular oposición a la solicitud de archivo —la cual debe ser fundamentada—, se entiende que ello incluye la posibilidad de solicitar al juez que active el procedimiento para forzar la acusación. Es una consecuencia lógica de la disposición, si se asume que la propia norma indica que con la oposición los sujetos procesales “podrán” solicitar la realización de actos de investigación adicionales. Si en la oposición, la solicitud de una investigación suplementaria es “potestativa” (la norma utiliza el término “podrá”), entonces quiere decir que la oposición también puede dirigirse en otro sentido, que no es otro que solicitar el procedimiento para forzar la acusación.

Sin embargo, situación distinta es la de establecer cuándo ostentan legitimidad para solicitar la activación del procedimiento para forzar la acusación. Considero que se debe insistir en una idea fuerza que se ha desarrollado en este trabajo en el nuevo Código Procesal Penal: el actor civil no tiene ninguna legitimación para sostener, aunque sea indirectamente, la acción penal, y menos para, sin ostentar interés civil, instar a la continuación de un proceso penal.

Esto involucra una consecuencia específica importante para efectos del procedimiento para forzar la acusación, porque, en principio, no tendría ningún sentido que el actor civil solicite su activación cuando puede introducir su pretensión civil para que sea resuelta con la resolución de sobreseimiento (art. 12.3 del nuevo CPP). Si el actor civil introduce la pretensión y el juez de la investigación preparatoria no la concede o concede menos de lo pedido, puede impugnar la resolución del sobreseimiento en el extremo civil, respecto del cual ostenta legitimidad para obrar en el proceso penal.

Sin embargo, como ya se advirtió, no en todos los supuestos existe la posibilidad de un pronunciamiento civil en la resolución de sobreseimiento, de hecho, son

68 La legitimidad del actor civil para impugnar el auto de sobreseimiento está expresamente prevista en el art. 104 del nuevo CPP, que le otorga los mismos derechos que se reconocen al agraviado y, expresamente, la capacidad de interponer medios impugnatorios.

casos excepcionales. El ejemplo más claro es el de sobreseimiento por inexistencia del hecho, es obvio que bajo esa premisa el pronunciamiento civil es irrealizable y resulta imposible resolver favorablemente una pretensión de la misma naturaleza.

En estos supuestos resulta claro que el actor civil y el agraviado tienen plenas facultades para solicitar al juez de la investigación preparatoria que active el procedimiento para forzar la acusación, y esto no significa que tengan legitimidad para influir el ejercicio de la acción penal (nunca son, ni directa ni indirectamente, un acusador particular), simplemente, en este caso, la pretensión civil sí depende de la postulación fiscal porque no se puede aceptar el requerimiento de sobreseimiento en los términos propuestos por el fiscal y, en la misma línea, condenar al pago de una reparación civil por un hecho declarado inexistente.

De hecho, esta es la línea que sigue el nuevo Código Procesal Penal con relación al actor civil. Una lectura del art. 388.2 del nuevo CPP —alegato oral del actor civil— demuestra que su abogado puede esclarecer con toda amplitud los hechos delictuosos *en tanto sean relevantes para la imputación de la responsabilidad civil*, aun cuando está prohibido de calificar el delito.

En cualquier caso, es necesario reconocer que los supuestos en la realidad no son nada sencillos y que no todo requerimiento de sobreseimiento resulta lo suficientemente claro como para identificar cuándo el actor civil puede optar por introducir su pretensión para que sea resuelta con la resolución de sobreseimiento, y cuándo puede optar por solicitar la activación del procedimiento para forzar la acusación. Debe admitirse que es necesario interpretar con cierta flexibilidad la potestad de solicitar esta última, es decir, que en todo caso sea el actor civil el que tenga la opción de elegir el procedimiento que considere pertinente.

El caso del agraviado es algo más complicado, él depende de la solicitud del fiscal porque al no estar apersonado no puede introducir su pretensión en el proceso penal. Si el art. 95.1.d) del nuevo CPP permite al agraviado impugnar el sobreseimiento, es lógico que también pueda activar el procedimiento para forzar la acusación. Pero, a diferencia del actor civil, en este caso sí existe, a mi juicio, un requisito previo claro. El fiscal no debe haber solicitado una reparación civil en su favor⁶⁹, si así fuera, solo tendrá la opción de apelar una resolución, desfavorable en el “extremo civil del sobreseimiento”, pero no tendrá sentido que solicite una acusación que, en principio, no condiciona el pago de una indemnización en su favor.

69 Se insiste en que el fiscal solo puede solicitar el pago de una reparación civil en ausencia del actor civil, si este se encuentra legítimamente constituido, cesa su legitimidad, no existirá solicitud en ese sentido (art. 11 del nuevo CPP).

En cualquier caso, se debe reconocer que la postura que aquí defiendo, con relación a la influencia de la parte civil en el objeto penal del proceso, ha sido claramente superada por la jurisprudencia de la Corte Suprema, que, en reiteradas oportunidades, acude a una interpretación extensiva de la influencia del agraviado y el actor civil; a quienes reconoce, desde la perspectiva del derecho a la tutela jurisdiccional, un derecho a la verdad, con prescindencia de la pretensión civil que se pueda discutir en el proceso. Esta postura, amplia, evidentemente se inclina por entender que la investigación suplementaria y el procedimiento para forzar la acusación pueden ser siempre solicitados por el agraviado y el actor civil.

3. Investigación suplementaria

La etapa intermedia no solo cumple la función de analizar el material instructorio con el propósito de archivar definitivamente la causa (sobreseimiento) o pasar al juicio oral (acusación), también es posible revisar la investigación para determinar si es necesario realizar una investigación suplementaria con el propósito de *complementar* la fase previa al juicio oral.

Como lo ha advertido la Corte Suprema, la clave de esta institución reside en comprender que, luego de que el fiscal emite la disposición de conclusión de la investigación preparatoria, no es posible que lleve a cabo nuevos actos de investigación, pues con esta disposición se da inicio a la etapa intermedia, cuya conducción es de responsabilidad exclusiva del juez de la investigación preparatoria⁷⁰. Por lo tanto, solo él y a pedido de parte pueden ordenar en forma excepcional una investigación suplementaria.

El art. 346.5 del nuevo CPP establece que, cuando el juez de la investigación preparatoria considere *admisible y fundada* la oposición regulada por el art. 345.2 del nuevo CPP, dispondrá la realización de una investigación suplementaria indicando el *plazo* y las diligencias que el fiscal debe realizar. Cumplido este trámite, no procede oposición ni disponer la concesión de un nuevo plazo de investigación.

Es interesante la mención que realiza el nuevo Código Procesal Penal con relación a la oposición, en la medida que es obvio que el juez de garantías *solo*

70 SALA PENAL PERMANENTE (ponente: Sr. juez PARIONA PASTRANA), *Casación N.º 186-2018 Amazonas*, Lima: 10 de noviembre del 2020, f. j. n.º 16.

puede disponer la realización de una investigación suplementaria si esta ha sido expresamente solicitada *por alguna de las partes*.

Los sujetos procesales que formulen oposición deben fundamentarla y pueden solicitar la realización de actos de investigación adicionales, indicando su objeto y los medios de investigación que consideren procedentes (art. 345.2 del nuevo CPP). Esto quiere decir que, si el juez admite la investigación suplementaria, solo podrá ordenar los actos de investigación y medios de prueba solicitados por las partes, siguiendo la lógica de un proceso de tendencia *acusatoria*. En este escenario no puede ordenar la práctica de actos de investigación, de oficio⁷¹. En el mismo sentido, la Corte Suprema ha establecido que el juez solo podrá ordenar los actos de investigación propuestos por el actor civil, y no otros de oficio, con lo que se garantiza su imparcialidad⁷².

Por otro lado, es indispensable la realización de una interpretación sistemática de los arts. 345.2 y 346.5 del nuevo CPP. Tal como se analizó en el desarrollo del ejercicio de la acción civil en la etapa intermedia, debe diferenciarse el pronunciamiento penal que involucra el requerimiento de sobreseimiento de la posible solicitud civil que puede introducirse en esta etapa (ya sea que la introduzca el fiscal o el actor civil).

Partiendo de esa diferencia, debe analizarse con cautela cuándo es que el actor civil puede ser beneficiado por una investigación suplementaria y cuándo, simplemente, no la necesita, porque existen suficientes elementos para que su pretensión (civil) sea discutida en la audiencia y evaluada en la resolución de sobreseimiento.

Desde la perspectiva de la acción penal, queda claro que el sobreseimiento configura una renuncia (que favorece al imputado y al tercero) y, como tal, el único sujeto legitimado para solicitar la investigación suplementaria es el *actor civil*.

71 En contra, SALINAS SICCHA sostiene que el art. 346 del nuevo CPP es una norma que debe ser inaplicada de conformidad con los arts. iv, v y x del título preliminar del nuevo CPP, porque “distorsiona” el principio acusatorio. Sin embargo, no explica claramente cuáles son las razones que lo invitan a pensar que una investigación suplementaria solicitada por las partes, y aceptada por el juez, afecta la “división de roles”. Al parecer entiende que el juez puede disponer una investigación suplementaria de oficio, pero considero que esa no es una posibilidad. *Vid.* SALINAS SICCHA, Ramiro, “La etapa intermedia en el Código Procesal Penal de 2004”, en *Academia de la Magistratura*, Lima: 2008, p. 12.

72 SALA PENAL PERMANENTE (ponente: Sr. juez PARIONA PASTRANA), *Casación N.º 186-2018 Amazonas*, Lima: 10 de noviembre del 2020, f. j. n.º 18.

En dicha línea, se debería descartar la opción de solicitar una investigación suplementaria cuando el fiscal requiere el sobreseimiento y, a su vez, el pago de la reparación civil en aplicación del art. 12.3 del nuevo CPP.

También se debería descartar una investigación suplementaria cuando no existe un actor civil constituido como tal y, además, no existe una pretensión civil incorporada por el fiscal. En este caso tampoco hay quien pueda ejercer una oposición ni exigir la realización de actos de investigación adicionales (no existe una parte interesada en ampliar la investigación). El que se considere agraviado puede acudir al orden jurisdiccional civil, lo que, por lo demás, es una consecuencia natural del hecho de no haberse constituido en parte en el proceso penal. El efecto de cosa juzgada de la resolución penal no afecta, necesariamente, la posibilidad del agraviado de solicitar una indemnización en sede extrapenal⁷³.

Sin embargo, como se ha dicho, esta no es la postura adoptada por la Corte Suprema en el desarrollo jurisprudencial. Esta entiende que la víctima es el sujeto que padece directa o indirectamente las consecuencias perjudiciales de la comisión de un delito; y que, en esa perspectiva amplia de la definición de la víctima, desde hace mucho tiempo existe una tendencia a otorgarle un papel diferente en el proceso penal. Entiende, en esa línea, que la víctima no solo tiene un interés en la satisfacción de la reparación civil, sino también en que el delito en su agravio sea investigado y juzgado correctamente. Ambos intereses deben ser protegidos en el proceso penal⁷⁴. En dicha línea, esta concepción amplia permite a la víctima activar los mecanismos que permiten cuestionar la decisión fiscal (procedimiento para forzar la acusación) y complementar la fase de investigación (investigación suplementaria). El interés directo que ha establecido la Corte Suprema con rela-

73 Al respecto, PÉREZ CEBADERA sostiene lo siguiente: “[Q]ue se considere un hecho probado en el proceso civil que no lo fue en el penal, simplemente es consecuencia de que el mismo hecho se puede observar desde un prisma diferente, en cuanto a la normatividad probatoria, y nada tiene que ver con la doctrina del *non bis in idem* [...]”. Vid. PÉREZ CEBADERA, María Ángeles, “Vida o muerte de la pretensión civil tras la absolución penal por inexistencia del hecho: Estados Unidos y España”, en GÓMEZ COLOMER, Juan Luis (coord.), *Prueba y proceso penal*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2008, p. 278.

74 SALA PENAL PERMANENTE (ponente: Sr. juez PARIONA PASTRANA), *Casación N.º 186-2018 Amazonas*, Lima: 10 de noviembre del 2020, f. j. n.º 16. Asimismo, véase, al respecto, la *Casación N.º 1089-2017 Amazonas y Acuerdo Plenario N.º 4-2019*. Debo señalar que no soy contrario a un desarrollo de la participación de la víctima en el proceso que tenga la potestad de influir en la búsqueda de la verdad. Lo que sostengo hace mucho es que no es necesaria una interpretación extensiva, en suma, de aquello que la ley no prevé. Es necesario evaluar una modificación del código y la pertinencia de un acusador particular u otra figura similar.

ción a la investigación y juzgamiento releva al sistema de cualquier consideración adicional que permita activar mecanismos que insistan en la persecución penal.

Solo será admisible aquella solicitud que cumpla con los aspectos formales que regula el art. 345.2 del nuevo CPP: el actor civil debe solicitar la realización de actos adicionales, debe indicar su objeto y los medios de investigación que considere procedentes para complementar la investigación preparatoria. Si no cumple con estos requisitos de forma, la solicitud debe ser declarada *inadmisible* (346.5 del nuevo CPP)⁷⁵.

Si la solicitud cumple con los requisitos formales expuestos, luego debe evaluarse su “fundabilidad”. El juez tiene la potestad de establecer si existen razones suficientes para decretar el desarrollo de una investigación suplementaria. Recuérdese que está legitimado para declarar el sobreseimiento cuando considere que no existe, razonablemente, la posibilidad de incorporar nuevos elementos a la investigación para solicitar el enjuiciamiento del imputado (art. 344.1.d del nuevo CPP). Incluso, puede adoptar esa decisión cuando exista una acusación.

Si esto es posible, es evidente, entonces, que el juez de la investigación preparatoria también puede descartar la realización de la investigación suplementaria cuando considere que la solicitud de actos de investigación adicionales y los medios de investigación propuestos no permitirán, razonablemente, variar la situación que determinó la solicitud de archivo del procedimiento. Lo mismo sucede cuando los medios solicitados sean inconducentes, impertinentes o inútiles; ya que es evidente que en estos casos tampoco existe una posibilidad razonable de que, luego de su actuación, se determine la necesidad de acudir a la etapa de juzgamiento. En estos casos deberá declarar *infundado* el pedido (art. 346.5 del nuevo CPP).

Un dato interesante que ha sido analizado por la Corte Suprema es la posibilidad de que la investigación suplementaria pueda solicitar como actos adicionales aquellos que fueron dispuestos por el Ministerio Público y que, sin embargo, no fueron practicados dentro del plazo de la investigación preparatoria. El alto tribunal establece que esto es posible, siempre que sean indispensables para evaluar la existencia de indicios de la comisión de un delito. Esta interpretación

⁷⁵ En cualquier caso, es obvio que la omisión de ciertos requisitos puede ser subsanada en la audiencia por expresa solicitud del juez. Esto no debe ser un problema mayor, pues de lo contrario se burocratiza el procedimiento.

se sustenta en que la norma establece que deben ser actos adicionales, pero no necesariamente nuevos⁷⁶.

Este caso sometido a casación es especialmente importante, porque allí se discute una cuestión crucial, la falta de debida diligencia fiscal. No se discute una investigación suplementaria sobre la base de ausencia de un correcto diseño por el fiscal en el esquema de actuación de actos de investigación, se resuelve la realización de actos dispuestos por él, que no fue posible actuar en la investigación preparatoria dentro del plazo de su duración. En estricto, se subsana una investigación deficiente en sede de etapa intermedia; se prorroga la investigación, sin otra excusa que la negligencia de la actuación del Ministerio Público.

Considero que se debe tener especial cuidado con este tipo de interpretaciones. Que la Corte Suprema de Justicia habilite esta interpretación, sosteniendo que el art. 345.2 del nuevo CPP menciona actos “adicionales” y no actos nuevos, es ciertamente discutible. ¿Los actos adicionales son tales porque lo son a los *dispuestos* por el fiscal en la investigación preparatoria, o porque son adicionales a los *actuados* en ella? Y en esa línea, ¿no puede interpretarse exactamente lo mismo del término “nuevos”?⁷⁷

Lo que está en juego es mucho más que un debate terminológico. La Corte Suprema lo que debe establecer en vía de interpretación es si la investigación suplementaria puede acudir a una prórroga de la investigación preparatoria. La

76 SALA PENAL PERMANENTE (ponente: Sr. juez NEYRA FLORES), *Casación N.º 187-2016 Lima*, ff. jj. n.ºs 16 y 17. En el mismo sentido se pronuncia la SALA PENAL PERMANENTE (ponente: Sr. juez NEYRA FLORES), *Casación N.º 1693-2017 Áncash*, Lima: 14 de noviembre del 2018, f. j. n.º 3. Esta casación sigue el mismo derrotero, diferenciar los actos adicionales de los actos nuevos. A estos, los describe como “actos de investigación no propuestos con anterioridad”. Esta acusación acude a una interpretación sistemática para sostener que no fue la intención del legislador regular actos nuevos, ya que, de ser así, lo hubiera señalado expresamente, como sí ocurre con los arts. 373.1 y 385.2 del nuevo CPP. Lo que sucede es que, a mi juicio, subsiste el problema. La Corte Suprema define qué son actos nuevos, no qué son actos adicionales. ¿Tendríamos una lectura distinta de los arts. 373.1 y 385.2 del nuevo CPP si se utilizara el vocablo “adicionales” en lugar de “nuevos”? Me inclino a pensar que no.

77 Es decir, si se considera *adicionales* a actos de investigación dispuestos por el fiscal pero no actuados, ¿no se podría sostener lo mismo si la norma utilizara el término *nuevos*? Estas interpretaciones de tipo literal, por ausencia u oposición, son ciertamente complejas. Lo relevante es dotar de sentido a lo que la norma dice, desde la perspectiva de la *ratio legis*, ingresar la valoración en un ámbito de interpretación sistemática con el nuevo Código Procesal Penal. No establecer un sentido de la norma a partir de lo que esta no dice, del vocablo o término ausente en su redacción.

investigación suplementaria es claramente un recuso excepcional. Lo que hay que definir en vía de interpretación son las condiciones específicas para, en situaciones extremas, otorgar al Ministerio Público un plazo adicional para actuar aquello que fue incapaz de actuar en el plazo regular. Siendo la investigación suplementaria una herramienta que solo puede ser utilizada a pedido de parte, se abre la puerta para una situación en extremo compleja en el ámbito del principio de igualdad. El actuar negligente del fiscal podrá ser subsanado —en beneficio del acceso a la tutela, el derecho de defensa y el debido proceso— en aquellos casos donde exista un actor civil constituido que ejerza su derecho de oposición en el ámbito de la etapa intermedia. Pero en aquellos casos en los que este no se encuentre constituido el juez no podrá subsanar una actuación negligente del órgano persecutor porque por mención expresa de la ley está imposibilitado de actuar de oficio⁷⁸.

Considero que hay dos opciones: o comprendemos que el juez puede controlar el actuar negligente del fiscal incluso de oficio —y esto exige una modificación normativa— o asumimos que en esta etapa es materialmente imposible retrotraer los efectos de la investigación para subsanar la actuación fiscal luego de la conclusión de la etapa de investigación. Hay una distancia entre complementar una investigación mediante actos adicionales —útiles— solicitados por la parte civil y otorgar poder a un juez para que subsane la actuación fiscal, al punto de otorgarle un plazo adicional para actuar actos de investigación que, por una conducta negligente, no se cumplieron dentro del plazo establecido. Ello importa

78 La propia casación en su f. j. n.º 18 menciona que “el juez no puede ordenar una investigación suplementaria de oficio, ya que, si no comparte la posición del fiscal, la ley ha previsto que mediante un auto (procedimiento para forzar la acusación) eleve las actuaciones al fiscal superior para que ratifique o rectifique lo solicitado por el fiscal”. Esta interpretación también llama la atención porque coloca en un mismo plano a la investigación suplementaria y el procedimiento para forzar la acusación. Estas no son herramientas alternativas: la investigación suplementaria exige complementar la investigación preparatoria mediante actos adicionales de investigación, y no es posible que el juez actúe de oficio, porque nuestro sistema procesal no admite su injerencia en el desarrollo de una investigación que por mandato constitucional se encuentra a cargo del Ministerio Público, es una manifestación del principio acusatorio. En el procedimiento para forzar la acusación, el juez no interfiere en la actuación probatoria (recabar fuentes de prueba) del fiscal, no ordena realizar actos de investigación; realiza una valoración jurídica —y por ello puede actuar de oficio— en torno a los argumentos utilizados por el fiscal en su requerimiento de sobreseimiento. No pretende una investigación suplementaria, acude al fiscal superior para que revise la interpretación jurídica realizada por el fiscal provincial en torno al art. 344 del nuevo CPP. La prohibición de actuar de oficio en la etapa intermedia no guarda ninguna relación con, ni se justifica en la existencia del procedimiento para forzar la acusación.

que el juez asuma una posición en extremo peligrosa, desde la perspectiva de una actuación imparcial y de una visión correcta de la división de roles en el ámbito del proceso penal.

4. El orden del debate y el pronunciamiento

Hasta aquí, se ha intentado absolver las claves de la audiencia de control del sobreseimiento. Concretamente, qué opciones tienen el juez y las partes y cuáles son las cuestiones que pueden plantearse en la audiencia de control, además del aspecto fundamental ya estudiado, que se vincula a la participación de los distintos sujetos procesales con capacidad para ejercer su derecho de defensa.

Pero antes de entrar al estudio de la impugnación del auto de sobreseimiento es necesario establecer cuál es el orden en el que se deben afrontar los distintos pronunciamientos estudiados.

Si el inicio de la audiencia de control de sobreseimiento lo marca la solicitud, en ese sentido, del fiscal, sin duda es a partir de esta que deben analizarse las distintas posibilidades.

El art. 345.3 del nuevo CPP menciona que, vencido el plazo del traslado de la solicitud de sobreseimiento del fiscal, el juez debe citar al Ministerio Público y a los demás sujetos procesales para una audiencia preliminar para debatir los fundamentos del requerimiento. Si bien la norma parece restringir el debate al requerimiento fiscal, evidentemente, ese no es el caso, además, deben debatirse las distintas cuestiones planteadas por los distintos sujetos procesales.

Esto quiere decir que una vez que el fiscal solicita oralmente el sobreseimiento, luego pueden participar en la audiencia, en este orden, la defensa del actor civil, el acusado y el tercero civil⁷⁹.

Lo primero que deberá apreciar el juez es si es que a la solicitud de requerimiento se suma una oposición, solicitando la actuación de actos de investigación adicionales. Como ya se advirtió, el juez de la investigación preparatoria solo puede decretar una investigación suplementaria si lo solicita alguna de las partes

79 Frente a la ausencia de una regulación expresa con relación al orden de los sujetos procesales en la audiencia de control de sobreseimiento, lo lógico es aplicar por analogía el art. 351.3 del nuevo CPP.

(346.5 del nuevo CPP); si esto no ocurre, no estará en capacidad de sostener que la investigación preparatoria debe ser complementada.

Ahora bien, si el juez rechaza la realización de una investigación suplementaria o sencillamente nadie la exige, el siguiente paso supone analizar si procede el “procedimiento para forzar la acusación”. Este procedimiento sí puede ser activado de oficio o a pedido de parte, pero lo que importa resaltar es que en cualquiera de las dos situaciones se debe evaluar —y debatir—, siempre que antes haya quedado claramente establecido que se agotó la fase de investigación o que es imposible agotarla.

Si el juez decide activar el procedimiento para forzar la acusación de oficio o a solicitud de parte, recién elevará las actuaciones al fiscal superior para que en 10 días *ratifique o rectifique* la solicitud del fiscal provincial.

Con cualquiera de los pronunciamientos del fiscal superior termina el trámite de la audiencia de control de sobreseimiento. La *ratificación* supone que el juez deberá, inmediatamente y sin más trámite, dictar auto de sobreseimiento (art. 346.2 del nuevo CPP), que, además, como ya se mencionó, se convierte en un auto inimpugnable en virtud del pronunciamiento del fiscal superior. Si decide la rectificación, también culmina este trámite porque entonces deberá ordenar a otro fiscal que formule acusación (346.4 del nuevo CPP), y esto nos conduce a otra fase, que es la audiencia de control de la acusación.

Finalmente, la última de las cuestiones que se debe analizar siempre es la posibilidad de dictar auto de sobreseimiento. Si no existe oposición alguna de las partes procesales y el juez decide que no procede activar el procedimiento para forzar la acusación, debe decretarse el sobreseimiento. También cuando las posibilidades de decretar una investigación suplementaria o forzar la acusación sean rechazadas por el juez y, evidentemente, cuando el fiscal superior ratifique la posición del fiscal provincial.

V. IMPUGNACIÓN

El art. 347.3 del nuevo CPP establece que contra el auto de sobreseimiento procede *recurso de apelación* (en el mismo sentido, el art. 416.l.b del nuevo CPP). Se está ante un medio de impugnación de carácter *ordinario, devolutivo y suspensivo*, cuya finalidad consiste, de un lado, en obtener un segundo pronunciamiento judicial sobre la cuestión controvertida y, de otro, en provocar la retroacción de

las actuaciones al momento de cometerse la infracción de las normas o garantías procesales invocadas⁸⁰.

El art. 404.1 del nuevo CPP establece que las resoluciones judiciales son impugnables solo por los medios y en los casos expresamente establecidos en la ley, y que se interponen ante el juez que emitió la resolución recurrida. El derecho de impugnación corresponde solo a quien la ley se lo confiere expresamente. Si la ley no distingue entre los diversos sujetos procesales, *el derecho corresponde a cualquiera de ellos*.

Una interpretación sistemática de los arts. 347 y 404 del nuevo CPP pareciera indicar que *cualquier sujeto procesal* puede interponer recurso de apelación contra la resolución de sobreseimiento, toda vez que *no se distingue quiénes* son los sujetos legitimados. Pero, en este caso, esta regla no necesariamente se cumple, por varias razones.

La interpretación sistemática también debe incluir al art. 405.1 del nuevo CPP, que dispone que para la admisión del recurso se requiere que sea presentado por quien resulte *agraviado* por la resolución y tenga interés directo (gravamen), y por quien se halle facultado legalmente para ello (capacidad procesal). El Ministerio Público puede recurrir incluso a favor del imputado.

En este orden de cosas, el sobreseimiento es una resolución que acepta el requerimiento del fiscal, y constituye la confirmación judicial de la renuncia a la persecución del delito y a la apertura del juicio oral. Se dicta entonces a favor del imputado, por lo que, en principio, no puede ser impugnada por este ni por el fiscal⁸¹.

El imputado no puede resultar agraviado por la resolución cuando se sobresee la causa, y el fiscal no puede alegar agravio cuando es él quien solicita el sobreseimiento. Esto también debe predicarse en relación con el tercero civil⁸².

80 DOIG Díaz, Yolanda, “El recurso de apelación contra sentencias”, art. cit., pp. 541 y 542.

81 Sin embargo, como se analiza más adelante, el fiscal sí puede interponer recurso de apelación contra el auto de sobreseimiento, cuando el mismo se produce como consecuencia del control sustancial ejercido por el juez de la investigación preparatoria, luego de la presentación del escrito de acusación.

82 Siguiendo la interpretación del art. 404 del nuevo CPP, tampoco podría interponer recurso de apelación contra el auto de sobreseimiento el querellante particular, por cuanto se está ante un sujeto procesal que solo participa en el proceso especial por delito de ejercicio privado de la acción penal, y en este tipo de proceso no se admite el sobreseimiento como medio de conclusión.

Sin embargo, debe quedar claro que nos estamos refiriendo en todos los casos a la acción penal, no a la “acción civil”, que de acuerdo con el art. 12.3 del nuevo CPP podrá resolverse en la resolución de sobreseimiento. En estos casos, es evidente que el imputado, el agraviado, el tercero, el fiscal (cuando corresponda) y el actor civil pueden interponer apelación cuando se consideren afectados por el extremo civil de la resolución.

Con relación al agraviado y al actor civil se debe seguir la misma línea de lo expuesto en el análisis del procedimiento para forzar la acusación y la solicitud de una investigación suplementaria. El agraviado y el actor civil podrán impugnar la resolución de sobreseimiento en el *ámbito de su legitimidad para participar en el proceso penal*, siempre que se rechace la pretensión civil —en la resolución de sobreseimiento— o cuando la reparación civil fijada no satisfaga sus expectativas.

También podrán impugnar el auto de sobreseimiento cuando el requerimiento fiscal, aceptado por el juez de la investigación preparatoria, impide la posibilidad de fijar una reparación civil por el hecho que constituye el objeto procesal (v.gr.: inexistencia del hecho).

Nuevamente deben diferenciarse los supuestos en los que existe un actor civil legítimamente constituido y aquellos casos en los que el fiscal sustituye al agraviado en su interés, en aplicación del art. 1 de la LOMP.

Si el fiscal solicita la aplicación del sobreseimiento y, a su vez, requiere que se fije la reparación civil por el hecho objeto del proceso penal (12.3 del nuevo CPP), es obvio que la legitimidad a favor de la víctima se limita a la posibilidad de discutir, en sede de apelación, solo el extremo civil de la resolución; ya sea porque el juez se negó a fijar una reparación o porque considera que el monto fijado es insuficiente. La víctima no debería ostentar capacidad para cuestionar el extremo penal de la resolución de sobreseimiento ni para instar a la continuación del proceso penal.

Sin embargo, como ya hemos señalado, en estos supuestos la Corte Suprema acude a un concepto amplio del concepto de víctima y de definición de sus poderes en el ámbito del proceso penal, y le reconoce el derecho a influir en el ámbito de la acción penal. La doctrina jurisprudencial acude a un desarrollo del concepto de víctima, con influencia en la búsqueda de la verdad, y que indica que está en condiciones de propiciar que el hecho sea investigado y juzgado. Por esta razón, el sistema opta por una concesión amplia de este recurso.

En caso de que sea el actor civil el que introdujo la pretensión, también está facultado para cuestionar —en vía de apelación— el extremo civil de la resolución de sobreseimiento, ya sea porque el juez de la investigación preparatoria rechace el pedido, o porque considera insuficiente la reparación civil fijada, o porque sencillamente no se pronuncia en dicho extremo al considerar la inexistencia del hecho. Así lo dispone expresamente el art. 407.2 del nuevo CPP, cuando establece que *el actor civil solo podrá recurrir respecto al objeto civil de la resolución*.

El recurso debe ser interpuesto en el plazo de tres días de notificado el auto de sobreseimiento⁸³, y debe ser escrito⁸⁴ (art. 405.1.b del nuevo CPP). El impugnante debe precisar las partes o puntos de la decisión a los que se refiere el recurso y debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho en los que se apoye (motivación del recurso).

Debe concluir formulando una pretensión específica (art. 405.1.c del nuevo CPP), que en este caso puede consistir en revocar el auto de sobreseimiento y ordenar la ampliación de la investigación, solicitar el incremento de la reparación civil o, en su caso, revocar el extremo civil del sobreseimiento o solicitar una disminución de la reparación civil fijada.

El juez de la investigación preparatoria debe pronunciarse sobre la admisión del recurso, la admisibilidad exige que cumpla con los requisitos que acabamos de describir: gravamen, capacidad procesal, por escrito, motivación (art. 405 del nuevo CPP). Luego, debe notificar su decisión a todas las partes, y —si es admisible— elevar los actuados al órgano competente para conocer el recurso, la Sala Penal Superior, por lo que es un recurso de carácter devolutivo (art. 417 del nuevo CPP).

El recurso de apelación tiene efectos suspensivos toda vez que estamos frente a un auto de sobreseimiento (art. 418.1 del nuevo CPP). El efecto suspensivo impide que la resolución impugnada pueda ser ejecutada mientras el recurso no ha sido definitivamente resuelto, lo que supone la pérdida de la competencia

83 De conformidad con el art. 143 del nuevo CPP, el plazo debe computarse a partir del día siguiente hábil de recibida la notificación, no se computan los días inhábiles según el calendario común (art. 142 del nuevo CPP). El vencimiento de un plazo implica la caducidad de lo que se pudo o debió hacer (art. 144 del nuevo CPP).

84 A diferencia de lo que sucede con la audiencia de control de la acusación (audiencia preliminar), en la audiencia de control del sobreseimiento, el juez nunca emite un pronunciamiento en la propia audiencia, emite su resolución en el plazo de tres días contados a partir del siguiente día hábil a la culminación de la audiencia (art. 345.3 del nuevo CPP).

del órgano *a quo* para seguir conociendo del proceso en el que se ha dictado la resolución impugnada⁸⁵.

Sin embargo, la impugnación del auto de sobreseimiento no impide la inmediata libertad del imputado a quien favorece (art. 347.3 del nuevo CPP). Esta norma aborda el tema de las medidas cautelares de forma indirecta, aquí es aplicable lo que fuera analizado anteriormente con relación al impacto, a raíz de lo que supone el auto de sobreseimiento en el mantenimiento de las medidas coercitivas, tanto desde la perspectiva *del fumus boni iuris* como del *periculum in mora*⁸⁶.

En consecuencia, el único efecto suspensivo que acarrea la apelación radica en que no se archivará “definitivamente” lo actuado hasta que se resuelva el recurso impugnatorio. Es una resolución que pone fin a la instancia, por lo tanto, como ya se dijo, el *a quo* pierde competencia para seguir conociendo.

Si el efecto suspensivo del recurso de apelación involucrara la continuación del procedimiento principal hasta que se resuelva la apelación al sobreseimiento, entonces se suprimiría la función principal de la etapa intermedia, que consiste en *evitar juicios orales innecesarios*. Si la Sala confirma el auto de sobreseimiento, el archivo —recién— podrá considerarse como definitivo (cosa juzgada); si lo revoca, se reanuda el proceso y se realizarán los actos procesales que haya ordenado el superior jerárquico.

Recibidos los autos, la Sala conferirá el traslado del escrito de fundamentación al Ministerio Público y a los demás sujetos procesales por el plazo de cinco días. Absuelto el traslado o vencido el plazo para hacerlo, aparece un segundo ámbito de control de la admisibilidad del recurso, por cuanto también permite al *ad quem* pronunciarse al respecto y, en su caso, rechazar de plano el recurso y anular el concesorio (arts. 405.2 y 420.2 del nuevo CPP)⁸⁷. En caso contrario, la causa queda expedita para ser resuelta, y se señalará el día y la hora para la *audiencia de apelación* (art. 420.2 del nuevo CPP).

A la audiencia de apelación pueden concurrir los sujetos procesales que lo estimen conveniente, la audiencia no podrá ser aplazada en ninguna circunstan-

85 DOIG DÍAZ, Yolanda, “El recurso de apelación contra sentencias”, art. cit., p. 554.

86 *Vid.* caps. III, IV.1.1.

87 Según el art. 420.4 del nuevo CPP, el auto que declara inadmisibile el recurso puede ser objeto del recurso de reposición previsto por el art. 415 del nuevo CPP.

cia. La Sala dará cuenta de la resolución recurrida de los fundamentos del recurso y, acto seguido, oirá al *abogado del recurrente* y a los demás abogados de las partes asistentes (art. 420.5 del nuevo CPP).

La doctrina jurisprudencial interpreta que, cuando el art. 420.5 del nuevo CPP establece la posibilidad de celebrar la audiencia de apelación con la concurrencia de sujetos procesales *que lo estimen conveniente*, si bien, de este artículo podría entenderse que la audiencia puede llevarse a cabo solo con los sujetos que concurran; sin embargo, la propia norma luego establece que la audiencia debe iniciarse con la exposición del recurso por el abogado del recurrente. La Sala de Apelaciones de Huaura sostiene que una interpretación conjunta de ambas disposiciones involucra que no puede llevarse a cabo la audiencia de apelación de autos cuando no exista la presencia del abogado de la parte apelante que oralmente deberá sustentar su pretensión impugnatoria. Razones que condujeron a declarar nulo el concesorio e inadmisibile el recurso de apelación interpuesto⁸⁸. Esta es una interpretación que privilegia la oralidad, que rige la celebración de todas las audiencias en el nuevo proceso penal. Porque si bien el nuevo CPP establece, en determinados casos, que el recurso debe plantearse por escrito, es una situación que debe encontrar una prolongación que se manifiesta en la necesaria sustentación oral del recurso en la audiencia. Solo así se garantiza la publicidad, inmediación y, sobre todo, la contradicción del proceso penal. La resolución judicial se fortalece cuando la decisión es el resultado de un debate contradictorio en el que cada una de las partes han podido discutir la pretensión (en este caso, la impugnatoria).

El art. 419 del nuevo CPP indica que la apelación atribuye a la Sala Penal Superior, siempre dentro de los límites de la pretensión impugnatoria, la potestad de examinar la resolución recurrida tanto en la declaración de hechos como en la aplicación del derecho. La resolución puede ser anulada o revocada, total o parcialmente. Bastan dos votos conformes para absolver el grado, lo que deberá ocurrir en el plazo de 20 días (art. 420.7 del nuevo CPP).

Un dato fundamental reside en el hecho de que la impugnación confiere a la Sala competencia solamente para resolver la materia impugnada, solo puede declarar la nulidad en casos de nulidades absolutas o sustanciales no advertidas por el impugnante.

88 SALA DE APELACIONES DE HUAURA, *Expediente N.º 836-06*, Huaura: 4 de enero del 2007, f. j. n.º 3. Probablemente, el camino es el desistimiento y no la inadmisibilidad.

Esto quiere decir que la impugnación del imputado, en el extremo de la reparación civil, no permite que la Sala modifique la resolución en su perjuicio, ello solo puede ocurrir si la impugna el actor civil. Por otro lado, solo se podrá revocar el sobreseimiento cuando el actor civil impugne el auto y la Sala acepte los fundamentos expresados en el recurso. O, en su caso, podrá declarar la nulidad, incluso, cuando el actor civil no la advierta. Pero, insistimos, no puede perjudicar la situación del imputado o el tercero civil cuando son los únicos que impugnan el extremo civil de la resolución de sobreseimiento (art. 409 del nuevo CPP).

De hecho, de conformidad con el art. 407.2 del nuevo CPP, la Sala ni siquiera tiene competencia para pronunciarse sobre el objeto penal cuando solo el objeto civil es materia de recurso. La impugnación presentada por el imputado en dicho extremo favorece al tercero civil y viceversa, siempre que esta última no se funde en motivos exclusivamente personales.

Finalmente, el art. 410.1 del nuevo CPP refiere un dato importante:

En los procesos con pluralidad de imputados o delitos, cuando se dicte auto de sobreseimiento, estando pendiente el juzgamiento de los otros, la impugnación que se presente si es concedida reservará la remisión de los autos hasta que se pronuncie la sentencia que pone fin a la instancia, salvo que ello ocasione grave perjuicio para alguna de las partes.

Es lo que el Código define como impugnación diferida, que se presenta en los casos en los que existe una *acusación parcial*, un requerimiento fiscal mixto (acusatorio y no acusatorio)⁸⁹. Esta es una norma similar al art. 348.3 del nuevo CPP, que establece la necesidad de que el juez de la investigación preparatoria se pronuncie primero sobre el requerimiento de sobreseimiento para luego recién instaurar la audiencia de control de la acusación.

Sucede que el art. 410 del nuevo CPP regula esta situación en forma inversa. Cuando alguna de las partes interponga recurso de apelación contra la resolución de sobreseimiento, solo se elevarán los actuados a la Sala Penal Superior y se actuará la audiencia de apelación una vez que el juez penal (unipersonal o colegiado) haya emitido sentencia en el extremo acusatorio del requerimiento

89 También puede presentarse en el caso de un control sustancial parcial de la acusación. Es decir, si frente a una acusación con pluralidad de imputados o delitos, el juez resuelve declarar el sobreseimiento solo de un extremo de ella, en aplicación del art. 352.4 del nuevo CPP.

fiscal. En este caso, es la impugnación del sobreseimiento la que debe esperar a que se resuelva la acusación.

La norma, al parecer, intenta evitar decisiones contradictorias. El tenor de la sentencia que se pronuncie puede ser decisivo para resolver el recurso impugnatorio en el extremo que declara el sobreseimiento, sobre todo cuando se dicte una sentencia absolutoria por inexistencia del hecho.

La única excepción a esta regla la constituyen los casos en los que la impugnación diferida ocasione un grave perjuicio para alguna de las partes. El art. 410.2 del nuevo CPP establece que, en estos casos, la parte afectada —la parte a quien se difiere su impugnación— puede interponer recurso de queja, y esto indica que los únicos afectados por esta situación son los impugnantes (por regla general, el actor civil)⁹⁰.

Ahora bien, esto no significa que esta situación suponga la inadmisibilidad del recurso. De hecho, el juez siempre deberá evaluar la admisibilidad con carácter previo, toda vez que, si no se cumple con los requisitos que establece el art. 405 del nuevo CPP, deberá declarar inadmisibile el recurso y no será necesario diferir el recurso impugnatorio.

El art. 410.2 del nuevo CPP, en realidad, involucra una extensión del ámbito de procedencia del recurso de queja y lo complementa el art. 437.1 del nuevo CPP. Porque aquí no se cuestiona la admisibilidad del recurso de apelación, lo que se discute es su *tramitación*.

La razón que motiva el recurso de queja es el grave perjuicio que puede ocasionar al impugnante la demora en la absolución del recurso de apelación interpuesto. Esto es lo que deberá discutirse en el ámbito del recurso de queja, y si se demuestra que existe un grave perjuicio, se deberá declarar fundada la queja y se ordenará al juez de la investigación preparatoria que *remita los actuados a la Sala Penal Superior* para que *tramite* la impugnación.

90 También puede darse el caso que el impugnante sea el agraviado no constituido como actor civil (art. 95.1.d del nuevo CPP) y el fiscal, cuando el juez realiza un control sustancial de la acusación y declara el sobreseimiento a pesar de la existencia de aquella. En este último caso, en realidad, lo que existiría es un control sustancial de la acusación de carácter parcial, analizado en el pie de página anterior.

VI. ALGUNOS APUNTES SOBRE LA PARTICIPACIÓN DE LA VÍCTIMA EN LA AUDIENCIA DE CONTROL DE SOBRESEIMIENTO

Una vez que se ha evaluado la participación del actor civil —y en su caso, de la víctima— tanto en el procedimiento para forzar la acusación como en la oposición y solicitud de una investigación suplementaria, y en la propia impugnación contra el auto de sobreseimiento, debe dejarse en claro que la interpretación propuesta —contraria además a la postura que ha adoptado la Corte Suprema frente a estas situaciones— no tiene el propósito de “restringir” los derechos procesales de la víctima o su participación en el proceso penal. Este estudio no está en contra de las disposiciones que favorecen la posición de la víctima en el proceso penal.

Si lo que una sociedad pretende es asignar a la víctima la facultad de influir en la persecución penal, y, en su caso, en la decisión, el camino es instituir —como lo hacen España y Chile— el “acusador particular”, pero esa no ha sido la elección del legislador peruano. Nuestro sistema solo admite la intervención de la víctima en el objeto civil del proceso penal, el nuevo Código Procesal Penal es muy claro (art. 407.2).

Si lo que buscamos es otro tipo de proceso —en el que la víctima participe activamente en el descubrimiento de la verdad—, debe instaurarse la acusación particular, pero no interpretarse el nuevo Código Procesal Penal en una línea que no es la propuesta por el legislador.

Es importante tener en cuenta que, en el contexto internacional, si bien se han establecido algunas disposiciones tendentes a procurar una cierta participación de las víctimas en el proceso penal, no se reconoce con carácter general la necesidad de su intervención con el estatus jurídico de parte⁹¹.

La mayoría de los ordenamientos jurídicos solo conceden dicho estatus para la persecución de delitos privados y, en el marco de los delitos públicos, permiten —como sucede con el nuevo Código Procesal Penal— la participación en el objeto civil acumulado al proceso penal. Si bien algunos países manejan la acusación particular —e incluso la popular— como en el caso de Chile y España, o la figura del querellante adhesivo (Argentina, Portugal, México, Guatemala), esto forma parte de una opción político-criminal que puede considerarse más o menos correcta, pero que no viene impuesta por el orden internacional.

91 SANZ HERMIDA, Ágata, *La situación jurídica de la víctima en el proceso penal*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2008, p. 68.

CAPÍTULO IV

LA ACUSACIÓN

I. CONCEPTO

La acusación fiscal consiste en la interposición de la pretensión procesal penal de una petición fundada dirigida al órgano jurisdiccional para que imponga una pena (u otra consecuencia jurídica del delito: medida de seguridad o consecuencia accesoria) a una persona por un hecho punible que se afirma que ha cometido¹.

La Corte Suprema de Justicia define *acusación* como un acto de postulación del Ministerio Público que promueve un régimen de monopolio en los delitos sujetos a persecución pública. Mediante la acusación, la fiscalía fundamenta y deduce la pretensión penal. Además, está obligada —con base en el principio de legalidad u obligatoriedad— a acusar cuando las investigaciones ofrecen *base suficiente* sobre la comisión de un hecho punible atribuido al imputado (art. 344.1 del nuevo CPP).

La acusación fiscal debe expresar, de un lado, la legitimación activa del fiscal —cuya intervención solo es posible en los delitos de persecución pública— y, por otro, la legitimación pasiva del acusado, quien desde el derecho penal debe tratarse no solo de una persona viva, sino que ha debido ser comprendida como imputada en la etapa de investigación preparatoria y, por ende, estar debidamente individualizada².

El órgano jurisdiccional no puede dictar auto de enjuiciamiento si el Ministerio Público no lo pide expresamente. Es la manifestación imprescindible del principio acusatorio, concretamente, de las máximas romanas *ne procedat iudex ex officio* y *nemo iudex sine accusatore*, al punto que aun cuando el juez entienda

1 GÓMEZ COLOMER, Juan Luis; Juan MONTERO AROCA; Alberto MONTÓN REDONDO y Silvia BARONA VILAR, *Derecho jurisdiccional III. Proceso penal*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2007, p. 260.

2 V PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIA, *Acuerdo Plenario N.º 6-2009*, Lima: 13 de noviembre del 2009, f. j. n.º 6.

que existe base suficiente para pasar al juicio oral, si el Ministerio Público —entendido como ente unitario— no sostiene la acusación, el órgano jurisdiccional está vinculado, como se ha dicho, a la petición de sobreseimiento³.

La acusación introduce la pretensión en el proceso y determina el objeto del mismo, con lo que se vincula al órgano sentenciador a dicha pretensión *en la persona del acusado y el hecho*. A su vez, garantiza el derecho de defensa, en la medida que ha de ser conocida por las partes acusadas al efecto de poder contrarrestarla⁴.

El nuevo Código Procesal Penal exige al Ministerio Público formular una relación clara y precisa del hecho que se atribuye al acusado y, en caso de contener varios hechos independientes, la separación y el detalle de cada uno de ellos, así como los elementos de convicción que sustenten el requerimiento, la participación que se atribuya y los demás medios de prueba que ofrezca para su actuación en la audiencia⁵.

La primacía del juicio oral en el proceso penal nos indica que solo aquí se pueden practicar las pruebas sobre las cuales el órgano decisor puede basar su convicción de culpabilidad. Por regla general, los actos de investigación no pueden constituir la base del juicio. En dicha línea, parece evidente que la acusación debe poder experimentar modificaciones a la conclusión del juicio oral, ya que, en caso contrario, no tendría sentido una fase de práctica de pruebas que no tuvieran reflejo en las posiciones de la acusación y de la defensa⁶.

Es por esta razón que el nuevo Código Procesal Penal regula una acusación escrita —propia de la fase intermedia— que fija las bases del juicio oral y los límites al objeto procesal. Sin embargo, en la regulación de la etapa de juicio oral, el art. 387 regula lo que denomina “alegato oral del fiscal”, que en realidad no es otra cosa que la *sustentación oral de la acusación* escrita.

Esto quiere decir que la acusación tiene dos momentos: uno de carácter provisional, que se realiza antes de la práctica de las pruebas, y uno definitiva,

3 CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín y VÍCTOR MORENO CATENA, *Derecho procesal penal*, 2.^a ed., Valencia: Tirant Lo Blanch, 2005, p. 344.

4 ASENCIO MELLADO, José María, *Derecho procesal penal*, 4.^a ed., Valencia: Tirant Lo Blanch, 2008, p. 225.

5 TALAVERA ELGUERA, Pablo, *Comentarios al nuevo Código Procesal Penal*, Lima: Grijley, 2004, pp. 63 y 64.

6 ASENCIO MELLADO, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 226.

que se formula después de que son practicadas⁷. Esta disposición también guarda relación con la calificación alternativa y subsidiaria que propone el art. 349.3 del nuevo CPP y que debe contenerse en el escrito de acusación que también formará la base de la acusación oral.

El art. 374.2 establece la posibilidad —durante el desarrollo del juicio— de introducir un escrito de acusación complementaria, con el cual puede ampliarse la pretensión mediante la inclusión de un hecho nuevo o una nueva circunstancia que no haya sido mencionada en su oportunidad y que modifica la calificación legal o integra un delito continuado. El fiscal debe advertir la variación de la calificación, además, es necesario que se reciba la declaración del imputado en relación con los hechos nuevos incorporados en la acusación complementaria. Las partes tienen derecho a solicitar la suspensión del proceso para ofrecer nuevas pruebas o preparar la defensa.

Esta es una clara muestra de que cualquier variación respecto del escrito inicial de acusación, si bien es posible, requiere de la necesaria puesta en conocimiento del imputado para que tenga opción de defenderse respecto de hechos o circunstancias que no formaron parte de la investigación preparatoria. Todas las partes tienen que conocer la acusación complementaria y poder pronunciarse respecto de los nuevos elementos que se incorporan al proceso penal.

Finalmente, el art. 387.2 permite que, a resultados del debate, el fiscal pueda pedir aumento o disminución de la pena o de la reparación civil solicitada en la acusación escrita. También puede pedir —siempre en mérito de la prueba actuada en el juicio— la imposición de una medida de seguridad, siempre que en este extremo se hubiere producido el debate correspondiente. Por último, puede corregir errores materiales o incluir alguna circunstancia, siempre que no modifique esencialmente la imputación ni provoque indefensión y sin que sea considerada una acusación suplementaria (art. 387.3 del nuevo CPP).

Sin ánimo de realizar un análisis exhaustivo de la fase de juicio oral (que en realidad corresponde a la tarea de una monografía exclusiva que escapa al ámbito del presente trabajo), está claro que estas normas demuestran que el nuevo Código Procesal Penal respeta, en lo esencial, la acusación escrita de la fase intermedia —vinculación relativa—, que se convierte así en el instrumento delimitador del objeto procesal.

7 GÓMEZ COLOMER *et al.*, *Derecho jurisdiccional III. Proceso penal*, ob. cit., p. 260.

La acusación oral no puede modificar *sustancialmente* la escrita, ni siquiera cuando aparezca evidente la comisión de otro hecho o la autoría de un no acusado. Cualquier acusación complementaria debe pasar por estrictos controles de comunicación y debate a fin de preservar el derecho de defensa. ASENSIO MELLADO entiende que una modificación sustancial de la acusación durante el juicio oral no solo puede afectar el derecho de defensa, pues también afecta la imparcialidad del órgano decisor que, en tanto interviene activamente en la prueba, podría verse afectado por una nueva pretensión penal a la que, en cierto modo, hubiera colaborado a formar⁸.

Así, la acusación cumplirá un rol fundamental en la necesaria correlación entre acusación y sentencia. El art. 397 del nuevo CPP establece que la sentencia no podrá tener por acreditados hechos y otras circunstancias que los descritos en la acusación y, en su caso, en la acusación ampliatoria, salvo cuando favorezcan al imputado.

En la condena no se podrá modificar la calificación jurídica del hecho objeto de acusación o su ampliatoria, salvo que el juez haya dado cumplimiento al trámite del “planteamiento de la tesis”, regulado por el art. 374.1 del nuevo CPP. Finalmente, el juez no podrá aplicar pena más grave que la requerida por el fiscal, salvo que se solicite una por debajo del mínimo legal sin causa justificada de atenuación.

II. REQUISITOS

1. Básicos

El art. 344 establece que una vez el fiscal disponga la conclusión de la investigación preparatoria (art. 343.1 del nuevo CPP) debe decidir en el plazo de quince días si formula acusación, siempre que exista base suficiente para ello (de lo contrario, requerirá el sobreseimiento de la causa)⁹.

Por su parte, el art. 349.1 del nuevo CPP establece que la acusación fiscal debe ser *debidamente motivada* y contener los siguientes requisitos:

8 ASENSIO MELLADO, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 227.

9 Cuando el que dispone la conclusión de la investigación preparatoria es el juez, el fiscal debe pronunciarse en el plazo de diez días de la resolución judicial y solicitar el sobreseimiento o formular acusación, según corresponda (art. 343.3 del nuevo CPP).

1.1. Los datos que sirvan para identificar al imputado

La identificación del acusado es fundamental para su posterior individualización —que se complementa con la participación que se le atribuye— y, desde luego, impide causar la condena o absolución de la persona equivocada. Es necesario que el acusado, correctamente identificado e individualizado, haya sido comprendido como inculpado en la disposición de formalización porque permite evitar acusaciones sorpresivas¹⁰. Además, de esta forma se previenen eventuales errores en la determinación de la legitimación pasiva y se confiere al imputado la posibilidad de ejercicio de su derecho de defensa a lo largo de la fase de investigación¹¹.

Los datos de identidad constituyen toda información *necesaria* para conocer al acusado: nombre completo, lugar de nacimiento, edad, estado civil, trabajo, domicilio, etc.¹² Resultan de vital importancia los arts. 72 y 88 del nuevo CPP, no solo porque enumeran los datos más relevantes, sino también porque otorgan claves para conocer cuáles son los medios que se disponen para identificar al imputado, incluso contra su voluntad (art. 72.2 del nuevo CPP): es el caso de la utilización de testigos u otros medios útiles, como las impresiones digitales (art. 72.1 del nuevo CPP)¹³.

Es importante mencionar, en relación con la verificación de los datos de identificación del imputado, que, en principio, no está amparado por el derecho de *abstenerse a declarar*, en la medida que dicho derecho se refiere a la declaración de los hechos imputados, no a los datos de identificación¹⁴.

10 SAN MARTÍN CASTRO, César, *Derecho procesal penal*, Lima: Grijley, 2002, p. 623. En el mismo sentido, el V PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIAS, *Acuerdo Plenario N.º 6-2009*, Lima: 13 de noviembre del 2009, f. j. n.º 7.

11 GIMENO SENDRA, José Vicente, *Derecho procesal penal*, 2.ª ed., Madrid: Colex, 2007, p. 617.

12 SÁNCHEZ VELARDE, Pablo, *El nuevo proceso penal*, Lima: Idemsa, 2009, p. 159.

13 Obviamente la coacción, la tortura y las amenazas son rechazadas de plano. No es esto a lo que hace referencia el nuevo CPP cuando exige identificar al imputado, incluso, contra su voluntad. Sin embargo, si se le puede obligar, por ejemplo, a brindar una muestra de sus impresiones digitales.

14 El literal a) del art. 88.2 del nuevo CPP establece que la diligencia —declaración del imputado— se inicia con el requerimiento al imputado de declarar respecto a “nombre, apellidos, sobrenombre o apodo, si lo tuviere, lugar y fecha de nacimiento, edad, estado civil, profesión u ocupación, domicilio real y procesal, principales sitios de residencia anterior, así como nombres y apellidos de sus padres, cónyuge e hijos y de las personas con quienes vive”. Recién el numeral 2 indica que se “invitará” (no requerirá) al imputado que declare *cuanto tenga por conveniente sobre el hecho que se le atribuye*. Es decir, queda claramente establecido que el derecho a guardar silencio opera en el interrogatorio propiamente dicho, esto es, luego

La doctrina sostiene que el imputado debe ser veraz sobre los mismos¹⁵.

Para GIMENO SENDRA, no solo es necesaria la previa determinación e identificación del acusado, sino también su presencia física —o su disponibilidad en ese sentido—, requisito que es una lógica consecuencia del tratamiento de la rebeldía que ha de provocar la suspensión del proceso¹⁶.

1.2 La relación clara y precisa de los hechos que se atribuyen al imputado (circunstancias precedentes, concomitantes y posteriores). En caso de contener varios hechos independientes, la separación y el detalle de cada uno de ellos

Respecto a la relación de los hechos que se atribuyen al imputado, la Corte Suprema ha establecido lo siguiente:

[L]a acusación ha de ser (i) expresa y en términos que no sean absolutamente vagos e indeterminados —debe relatarse el hecho tal y como lo vería un observador imparcial: descripción de las circunstancias de tiempo, lugar y modo, desde una perspectiva concreta y según las posibilidades del caso—; (ii) precisa —determinada o específica, con niveles razonables de concreción— y clara —comprensible— respecto del hecho y del delito por el que se formula. La acusación fiscal debe formularse en términos que permitan al acusado saber a qué atenerse y diseñar su estrategia defensiva. (iii) Cuando se trata de varios imputados, la acusación fiscal debe indicar, en cuanto sea posible, cuál fue el papel desempeñado por cada uno de ellos¹⁷.

del requerimiento de los datos de identificación regulados por el numeral 1. Esto no supone, desde luego, que se pueda utilizar métodos violentos o que distorsionen su voluntad (v. gr.: “suero de la verdad”), pero sí resulta claro que, por ejemplo, se puede considerar la negativa a identificarse como una causal de peligro procesal (comportamiento del imputado durante el proceso), que a su vez puede justificar, en determinados casos, la aplicación de una medida cautelar personal.

15 LLOBET RODRÍGUEZ, *Javier*, *La prisión preventiva. Límites constitucionales*, San José: Universidad para la Cooperación Internacional, 1997, p. 219.

16 GIMENO SENDRA, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 617.

17 SALA PENAL PERMANENTE (ponente: Sr. juez SAN MARTÍN CASTRO), *Casación N.º 247-2018 Ancash*, Lima: 15 de noviembre del 2018, f. j. n.º 2.

La acusación debe ser clara y precisa en relación con los hechos que resultan de la investigación preparatoria. Si son varios hechos independientes, la separación y detalle de cada uno de ellos es indispensable. La indeterminación en este extremo puede dar lugar a una acusación imprecisa, vaga o insuficiente, y puede producir una situación de indefensión en el acusado¹⁸.

La descripción de los hechos tiene que permitir que el acusado identifique por qué razón se dan elementos fácticos como para considerar reunidos los conceptos jurídicos aplicables al caso¹⁹.

Para SÁNCHEZ VELARDE, es necesario que la exposición de hechos en el escrito de acusación sea narrada con la mayor claridad posible, y se indique lo sucedido en forma cronológica, el lugar, las circunstancias de la comisión del delito y la intervención de las personas involucradas —incluida la víctima, los testigos, las armas y objetos utilizados—. También es necesario describir los hechos anteriores al que es objeto de imputación, los actos de preparación y la conducta asumida con posterioridad a la comisión del delito²⁰.

La Corte Suprema establece la exigencia de una relación circunstanciada, temporal y espacial de las acciones u omisiones dolosas o culposas penadas por la ley que han de constituir el objeto del juicio oral²¹.

Se debe tener en cuenta que la acción en el proceso penal responde al hecho o hechos atribuidos al imputado, por lo que existen tantas acciones como acusados comprendidos en el escrito de acusación. Por esta razón, el art. 349 utiliza el término “imputado”²², en carácter singular, aludiendo a la existencia de tantas acusaciones como acusados. Es fundamental que el relato de hechos pueda individualizar la situación procesal de cada uno de ellos, para así evitar acusaciones genéricas, estereotipadas o colectivas.

Lo mismo sucede cuando son varios los hechos delictivos, como es el caso del concurso real de delitos. La precisión de la narración es muy importante en

18 Vid. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA, *Sentencia 9/1982*, Madrid: 10 de marzo de 1982.

19 SANCINETTI, Marcelo, *La nulidad de la acusación por indeterminación y el concepto de instigación*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 2001, p. 62.

20 SÁNCHEZ VELARDE, Pablo, *El nuevo proceso penal*, ob. cit., p. 159.

21 V PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIAS, *Acuerdo Plenario N.º 6-2009*, Lima: 13 de noviembre del 2009, f. j. n.º 7.

22 Sin embargo, lo correcto hubiese sido utilizar el término “acusado”.

todos estos casos porque la acusación escrita va a delimitar los puntos de análisis en la audiencia de control y, luego, del juicio oral²³.

Siguiendo a la Corte Suprema, un dato que es importante destacar es que el apartado fáctico debe ser completo —incluir todos los elementos que integran el tipo delictivo y las circunstancias que influyen sobre la responsabilidad del encausado— y específico —debe permitir conocer cuáles son las acciones que se consideran delictivas—, pero no exhaustivo. No se requiere un relato minucioso y detallado o pormenorizado, ni la incorporación ineludible al texto del escrito de elementos fácticos que obren en las diligencias de investigación y a los que la acusación se refiere con suficiente claridad²⁴.

1.3. Los elementos de convicción que fundamenten el requerimiento acusatorio

El requisito de presentar los elementos de convicción obliga a establecer cuál es la base probatoria aportada por la investigación. Es fundamental establecer una relación clara entre la individualización del acusado y el soporte probatorio de la hipótesis incriminatoria, en tanto ello obliga a una fundamentación lógica. Nótese que todos estos requisitos están precedidos por el primer párrafo, que indica que la acusación debe estar *debidamente motivada*.

Si al fiscal le corresponde exponer los elementos de convicción que fundamenten el requerimiento acusatorio, entonces se está frente a una labor que pretende conformar el objeto del juicio, lo que equivale a decir que la acusación confirma la imputación, pero requiere de un estándar de convicción más alto que el de aquella²⁵. El fiscal debe tener fundadas razones (motivos bastantes) para considerar que es posible lograr una sentencia condenatoria al término del juicio oral.

La Corte Suprema se expresa en este sentido cuando sostiene que la acusación fiscal es procedente cuando hay *presunción grave* de responsabilidad o elementos suficientes de culpabilidad, pero no cuando existan simples sospechas

23 SÁNCHEZ VELARDE, Pablo, *El nuevo proceso penal*, ob. cit., p. 160.

24 SALA PENAL PERMANENTE (ponente: Sr. juez SAN MARTÍN CASTRO), *Casación N.º 247-2018 Áncash*, Lima: 15 de noviembre del 2018, f. j. n.º 2.

25 GUERRERO PERALTA, Oscar Julián, *Fundamentos teórico-constitucionales del nuevo proceso penal*, 2.ª ed., Bogotá: Nueva Jurídica, 2007, p. 291.

o se haya actuado prueba de descargo que demuestre la inexistencia de los hechos delictuosos²⁶.

1.4. La participación que se atribuya al imputado

La identificación, individualización y participación del acusado son elementos de una secuencia que obedece a un razonamiento fáctico y jurídico del fiscal, que se sucede en el tiempo y que debe ser fundamentado.

Una vez que se identifica al acusado, es decir, una vez que se reconoce que una persona es el sujeto pasivo de la persecución penal, debe individualizársele, lo que supone establecer un conjunto de datos que permitan sostener que existen fundadas razones para considerar que la persona identificada está vinculada al hecho que constituye el objeto del proceso (art. 88.1.a del nuevo CPP).

El tercer nivel de análisis supone verificar su participación, esto es, los datos que involucran una vinculación al hecho delictivo deben establecer una hipótesis incriminatoria. La determinación de la participación es una operación de carácter estrictamente jurídico, que consiste en establecer si esa hipótesis incriminatoria convierte al imputado, según el derecho penal, en presunto autor o partícipe del delito —probabilidad razonable y fundada—. Debe identificarse al acusado como autor, coautor, cómplice, autor mediato o instigador. Obviamente, cuando son varios los acusados, se identifica la participación de cada uno de ellos de manera individual.

1.5. La relación de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal que concurran

El art. 20 del CP regula una serie de circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal. Todas ellas desencadenan la exención de responsabilidad penal y son, como se ha visto, causales directas para decretar el sobreseimiento del proceso.

Cuando una de estas eximentes se aprecia de manera incompleta, se aplica el art. 21 del CP y es este al cual alude el art. 349 del nuevo CPP²⁷. El art. 21

26 Citado por SAN MARTÍN CASTRO, César, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 624.

27 PEÑA CABRERA, Alonso Raúl, “La etapa intermedia en el Código Procesal Penal de 2004. Las funciones del Ministerio Público y el juez de la investigación preparatoria”, en *Actualidad Jurídica*, n.º 157, Lima: diciembre del 2006, p. 139.

establece que cuando en los supuestos del art. 20 del CP no concurra alguno de los requisitos necesarios para hacer desaparecer totalmente la responsabilidad, el juez puede disminuir prudencialmente la pena hasta límites inferiores al límite legal. También debe tenerse en cuenta el supuesto de responsabilidad restringida al que se refiere el art. 22 del CP.

Incluso es posible incluir otras circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal como la tentativa, el desistimiento voluntario, los errores de tipo y prohibición (invencibles), el error de comprensión culturalmente condicionado, etc.²⁸

Se debe tener en cuenta que el art. 349 no se refiere únicamente a las atenuantes, por lo que todo indica que el fiscal también debe mencionar expresamente las agravantes genéricas. En ambos se permite que la acusación plantee los instrumentos que permitan al juez penal —unipersonal o colegiado— establecer las bases de la determinación de la pena.

1.6. El artículo de la ley penal que tipifique el hecho, así como la cuantía de la pena que se solicite

La acusación consiste, en primer lugar y fundamentalmente, en la calificación jurídica de los hechos desde el punto de vista del derecho penal²⁹. Los hechos que el fiscal considera que están probados son los que dan lugar a la calificación jurídica. Se debe precisar el delito en el que incurrió el autor, analizando sus presupuestos típicos. Además, tal es la calificación penal que el fiscal deberá mantener durante la audiencia de control y el juicio oral³⁰. La fiscalía debe acusar solo por hechos que se adecúen a una norma penal y tengan relevancia en este ámbito³¹.

La exigencia de que exista la solicitud de una pena específica debe interpretarse —como sucede con todos los requisitos expuestos— de conformidad con lo dispuesto por el primer párrafo del art. 349.1 cuando señala que la acusación fiscal debe estar debidamente motivada. No basta con expresar la cuantía de la pena: es necesario expresar el razonamiento lógico que conduce al fiscal a entender que dicha pena es merecida y necesaria. Para ello, debe analizar —entre otros— los arts. 45, 46 y 46-A del CP, y debe justificar cómo es que el análisis de

28 *Loc. cit.*

29 GÓMEZ COLOMER *et al.*, Derecho jurisdiccional III. Proceso penal, ob. cit., p. 261.

30 SÁNCHEZ VELARDE, Pablo, *El nuevo proceso penal*, ob. cit., p. 161.

31 CASTRO OSPINA, Sandra, “Audiencia de formulación de la acusación”, en *El proceso penal acusatorio colombiano*, t. II, Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2005, p. 218.

cada uno de los acusados y de la conducta que se les atribuye se subsume en las reglas que establece el Código Penal.

Nótese que en dichas normas hay pautas que tienen relación con el sujeto y otras que versan sobre la conducta que se atribuye al sujeto.

En el caso del art. 45 del CP se deben analizar circunstancias como las carencias sociales del agente (acusado en nuestro caso), su cultura y costumbres, pautas que guarden relación con las circunstancias personales del acusado. Lo mismo ocurre con el art. 46-A, que regula circunstancias agravantes referidas a la condición del sujeto activo (miembro de las FF. AA., PNP, autoridad, funcionario o servidor público).

Por otro lado, el art. 46 del CP exige apreciar —a efectos de la individualización de la pena— la gravedad del hecho, la naturaleza de la acción, los medios empleados, la importancia de los deberes infringidos, la unidad o pluralidad de agentes, etc. Exige el análisis vinculado al hecho delictivo y, en cierto sentido, a la participación del acusado en el hecho.

Es por esta razón que, insistimos, es fundamental individualizar la acusación cuando existe una pluralidad de acusados y, sobre todo, cuando la acusación contiene varios hechos. Es la única forma posible si es que se pretende arribar a un juicio oral donde se despliegue, con corrección, el objeto procesal y, sobre todo, el derecho de defensa.

1.7. El monto de la reparación civil, los bienes embargados o incautados al acusado³², o tercero civil, que garantizan su pago y la persona a quien corresponda percibirlo

Es curioso que se exija que se especifique el monto de la reparación civil, así como los bienes embargados o incautados al acusado y al tercero civil, y, sin embargo, no sea necesario especificar quién es el tercero civil y cómo debe responder respecto a dicho extremo de la condena. Es evidente que estos datos también deben ser necesariamente incluidos en la acusación, cuando corresponda.

Debe señalarse a favor de quién o quiénes se deben abonar el pago de la reparación civil o, en su caso, a quién se debe indemnizar o restituir el bien, y quién o quiénes son los responsables del cumplimiento de la obligación pecunia-

32 En una evidente contradicción, aquí el Código sí utiliza el término “acusado”.

ria. Incluso, debe establecerse expresamente quiénes lo son en forma solidaria. Por supuesto que también deberá señalarse, cuando sea el caso, qué bienes incautados o embargados garantizan el pago solicitado por la acusación.

Así lo establece la Corte Suprema cuando indica que la acusación fiscal ha de señalar tanto la cantidad en que se aprecien los daños y perjuicios de la esfera patrimonial del perjudicado causados por el delito o la cosa que haya de ser restituida, como la persona o personas que aparezcan como responsables —que han debido ser identificadas en una resolución judicial dictada en la investigación preparatoria— y el hecho en virtud del cual hubieren contraído esa posibilidad³³.

En cualquier caso, tal como se analizó, se está frente a una exigencia de carácter contingente. La acusación fiscal solo se pronuncia sobre aspectos vinculados a la acción civil cuando no exista un actor civil expresamente constituido en el proceso. El art. 11.1 del nuevo CPP establece de forma expresa que, *si el perjudicado se constituye en actor civil, cesa la legitimación del Ministerio Público para intervenir en el objeto civil del proceso*.

Este requisito solo puede ser exigido al fiscal si es que el perjudicado no se constituye en actor civil. Por lo que es necesario entender que, si ello ocurre, este no es un requisito que debe ser revisado en la etapa intermedia. De hecho, es obligatorio para el fiscal no pronunciarse en este extremo si se tiene en cuenta que el mandato de la norma es muy claro³⁴. Además, como ya se dijo, lo mismo

33 V PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIAS, *Acuerdo Plenario N.º 6-2009*, Lima: 13 de noviembre del 2009, f. j. n.º 6.

34 Una posición distinta es la asumida por PEÑA CABRERA FREYRE: “El hecho de que la víctima se haya constituido en actor civil [...] no enerva la potestad antes anotada, en virtud de la naturaleza ‘social’ de los bienes jurídicos que se han visto afectados por la conducta delictiva. La legitimidad activa del Ministerio Público, en cuanto al objeto civil (art. 11.1 in fine), solo cesa en lo que respecta a la actividad probatoria, mas no en su requerimiento formal ante la jurisdicción [...]”. PEÑA CABRERA, Alonso Raúl, “La etapa intermedia en el Código Procesal Penal del 2004. Las funciones del Ministerio Público y el juez de la investigación preparatoria”, art. cit., p. 139. Sin embargo, no comparto esta postura en lo absoluto. Acudir a una noción de naturaleza “social” de los bienes jurídicos afectados importa considerar la reparación civil como una pena, situación que, como ya se ha explicado en este trabajo, es insostenible. Por otro lado, la distinción que realiza el autor entre la participación (del Ministerio Público) en la actividad probatoria y en el requerimiento formal es una que el art. 11.1 del nuevo CPP sencillamente no elige. La norma es muy clara: si el perjudicado se constituye en actor civil, cesa la legitimación del Ministerio Público *para intervenir en el objeto civil del proceso*. Y ello involucra su inhibición en todos los aspectos que lo conforman, lo que evidentemente incluye el requerimiento, que es el acto postulatorio central y configurador del objeto civil.

debe ocurrir si existe una transacción o desistimiento y cuando el perjudicado opta por acudir a la vía civil.

Es por esta razón que si es necesario asumir —independientemente de que se presente en un solo documento escrito— que son tantas acusaciones como acusados, entonces también debe entenderse que son tantas acciones civiles como perjudicados por el delito³⁵.

Si existe un solo perjudicado por el delito y este no se constituye en actor civil, el fiscal *debe* solicitar una indemnización con excepción de los supuestos de transacción, desistimiento u opción por la vía civil. El mismo análisis deberá realizarse cuando sean varias las víctimas respecto de cada una de ellas.

1.8. Los medios de prueba que ofrezca el fiscal para su actuación en la audiencia. En este caso, él presentará una lista de testigos y peritos, con indicación del nombre y domicilio, y de los puntos sobre los que habrán de recaer sus declaraciones o exposiciones. Asimismo, hará una reseña de los demás medios de prueba que ofrezca

Esta disposición normativa es un claro ejemplo de por qué la fase del juicio oral es la etapa central del proceso, el espacio natural en el que deben actuarse las pruebas que justifiquen una sentencia sobre el fondo.

Se ha llegado a sostener que el juicio oral se convierte así —frente a una actividad sumarial y policial de naturaleza considerablemente administrativa— en el auténtico proceso, puesto que durante la actividad anterior, dada la *inexistencia de una acusación y la desigualdad entre las partes*³⁶, no puede, en línea de principio, reputarse prueba alguna³⁷.

El art. 393 del nuevo CPP, norma que pertenece a la regulación de la etapa de juzgamiento, establece que el juez penal —encargado del juicio y la senten-

35 Obviamente, a los entes colectivos se les considera como un solo perjudicado.

36 Sería peligroso que “presos” de un idealismo inútil consideremos que en la investigación preparatoria no hay una desigualdad de partes por expresa mención normativa del nuevo CPP (art. I.3 del título preliminar). Si esta etapa la dirige el fiscal —quien luego se constituye en parte acusadora en el juicio oral—, existe desde ya una desigualdad de plano obvia. Si el nuevo Código Procesal Penal prescribe la igualdad procesal, es precisamente como garantía de equilibrio frente a una desigualdad normativa necesaria y evidente.

37 ASENSIO MELLADO, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 251.

cia— no podrá utilizar para la deliberación pruebas diferentes a aquellas *legítimamente incorporadas* en el juicio. Es una norma que describe la necesaria diferencia entre actos de investigación y actos de prueba³⁸. Los primeros se enmarcan en el seno de la investigación preparatoria y cumplen la misma finalidad que se asigna a esta: la preparación del juicio oral³⁹. Los actos de prueba se *realizan* en el juicio oral —con las excepciones de los supuestos de prueba anticipada— y su finalidad es lograr *convicción judicial* sobre la exactitud de las afirmaciones de hecho formuladas⁴⁰ y servir de fundamento a la sentencia⁴¹.

En este sentido, el art. 349.1.h del nuevo CPP es el auténtico vehículo para hacer realidad la transición de actos de investigación hacia actos de prueba. Las fuentes de información obtenidas en la investigación deben *trasladarse* al juicio oral, de lo contrario no ostentarán ninguna virtualidad práctica para confirmar la exactitud de las afirmaciones formuladas por las partes.

Esta disposición permite que el fiscal evalúe (también realiza un estudio o autocontrol del material de la investigación) cuáles son los medios de prueba que deberán actuarse en el juicio y para ello resulta fundamental establecer los alcances de una investigación que permita evaluar la utilidad y pertinencia de los actos de investigación realizados, y los actos de prueba que deberán actuarse para la confirmación de la hipótesis en el juicio oral. Si no se realiza este ejercicio de

38 TALAVERA ELGUERA, Pablo, *La prueba en el nuevo proceso penal*, Lima: AMAG, 2009, p. 79.

39 MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, Barcelona: J. M. Bosch, 1997, p. 100.

40 En palabras de Taruffo, “los hechos no se incorporan en los procedimientos judiciales en su realidad empírica o material: en general ya han ocurrido y, por lo tanto, pertenecen al pasado. De modo que los hechos no pueden ser percibidos por el juez (excepto algunos elementos de prueba circunstanciales), así que tienen que ser reconstruidos por el juzgador de los hechos tomando como base los medios de prueba disponibles. De este modo, los hechos se toman en consideración de una forma muy especial: en forma de enunciados acerca de ese hecho. Cuando hablamos de la verdad de un hecho, en realidad hablamos de la verdad de un enunciado acerca de ese hecho. *En consecuencia*, lo que se prueba o demuestra en el proceso judicial es la verdad o la falsedad de los enunciados sobre los hechos en *litigio* [...]”. TARUFFO, Michele, *La prueba*, trad. de Laura Manríquez y Jordi Ferrer Beltrán, Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 19.

41 ORTELLS RAMOS, Manuel; Juan MONTERO AROCA; Juan Luis GÓMEZ COLOMER; Alberto MONTÓN REDONDO, *Derecho jurisdiccional*, vol. III, Barcelona: J. M. Bosch, 1991, p. 173.

“transición”, los actos de investigación carecerán de valor práctico para *probar* el objeto procesal⁴².

Es una disposición que además refuerza el principio acusatorio en el proceso penal, porque es el fiscal el único encargado de valorar —con carácter previo al juicio— qué conjunto de pruebas puede presentar la solidez necesaria para lograr una sentencia de condena. Esto evita que el juez actúe pruebas o, en su caso, que se sustituya en la posición del fiscal para asumir una posición inquisitiva, lo cual perjudicaría seriamente el derecho de defensa del acusado⁴³.

Este refuerzo es pertinente sobre todo si se tiene en cuenta, como se verá, que los demás sujetos procesales —incluida la defensa del acusado— también pueden ofrecer pruebas (art. 350.1.f del nuevo CPP). Se facilita el debate contradictorio entre las partes y se afianza la imparcialidad del órgano encargado del juzgamiento y sentencia. Se concibe un auténtico proceso acusatorio, un proceso de partes, que depende de su impulso y que mantiene al juez en una posición equidistante frente a la controversia, que a su vez le permitirá evaluar el hecho de forma objetiva. Se afianza el derecho a la imparcialidad judicial, del cual el principio acusatorio es un auténtico presupuesto.

1.9. Identidad entre los hechos acusados y los recogidos en la disposición de formalización de investigación preparatoria

Por su parte, el art. 349.2 regula, a diferencia de los anteriores, un requisito de carácter negativo, que puede ser entendido como un límite objetivo de la acusación: *esta solo puede referirse a hechos y personas incluidos en la disposición de*

42 Como se advirtió anteriormente, la importancia de esta situación es, para la doctrina más autorizada, la “clave” del sistema acusatorio: “[L]a clave que permite la adecuación del sistema de enjuiciamiento —ya dividido en dos fases que se otorgan a órganos diferentes— al modelo acusatorio reside en el valor procesal que se otorgue a las diligencias de investigación [...]”. FUENTES SORIANO, Olga, “El modelo acusatorio y el Ministerio Público”, en CUBAS VILLANUEVA, Víctor; Yolanda DOIG DÍAZ y Fany QUISPE FARFÁN (coords.), *El nuevo proceso penal. Estudios fundamentales*, Lima: Palestra, 2005, p. 143.

43 Esto no significa que esté en contra —como sí sucede con importante sector de la doctrina— de la institución conocida como “prueba de oficio”, regulada por el art. 385.2 del nuevo CPP. Lamentablemente, no se puede desarrollar los alcances de la prueba de oficio en este trabajo, sin embargo, es evidente que esta puede ser admitida en supuestos excepcionales, y nunca puede constituir la regla general. Ello por las razones que aquí se esgrimen para sostener que es positivo que las partes aporten sus pruebas. Situación distinta es que, en supuestos excepcionales, la seguridad jurídica exija una participación activa del juez.

formalización de la investigación preparatoria. Lo único que puede hacer el fiscal es efectuar una *calificación jurídica distinta* a la de la disposición, pero no puede variar los hechos ni las personas contenidos en ella⁴⁴.

El Tribunal Supremo español menciona que la calificación debe recaer sobre los hechos previamente recogidos en la investigación, porque así se establece una congruente coherencia del objeto del proceso a través de sus diferentes fases, de manera que, si a la investigación corresponde el aporte fáctico, al plenario (juicio oral) le toca fijar definitivamente la calificación jurídica⁴⁵.

En la misma línea se pronuncia la Corte Suprema al establecer que lo expuesto en la disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria, respecto del fundamento jurídico, tiene un carácter relativo: lo que interesa, sin perjuicio de la identificación del imputado, es la definición de los hechos que han sido objeto de investigación y que no se altere la actividad: identidad, por lo menos parcial, de los actos de ejecución delictiva y la homogeneidad del bien jurídico tutelado.

La decisión fiscal determina la legitimación pasiva y se convierte en el requisito previo de la acusación fiscal, con lo que se evita acusaciones sorpresivas y se robustece el derecho de todo ciudadano al conocimiento previo de la acusación, derecho último que integra la garantía de defensa procesal y que no implica convertir la disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria en un escrito de acusación⁴⁶.

2. Acusaciones alternativa y subsidiaria

El nuevo CPP permite que, en la acusación, el Ministerio Público señale, alternativa o subsidiariamente, las circunstancias de hecho que permitan calificar la conducta del acusado en un tipo penal distinto.

La Corte Suprema define a esta institución como una calificación jurídica principal y, en defecto de prueba, una calificación que el nuevo Código Procesal Penal califica erróneamente como “alternativa o subsidiaria”. El colegiado su-

44 El CPP chileno (2000) también establece esta exigencia (art. 259, último párrafo).

45 *Vid.* Sentencias del Tribunal Supremo español de 18 de febrero de 1954 y de 10 de mayo de 1966.

46 V PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIAS, *Acuerdo Plenario N.º 6-2009*, Lima: 13 de noviembre del 2009, ff. jj. n.ºs 8 y 12.

premo sostiene que en pureza se trata del expreso reconocimiento de las pretensiones subordinadas o “eventuales”. En ese sentido, se establecen las siguientes precisiones:

[L]a pretensión queda sujeta a la eventualidad de que la propuesta como principal por defecto de prueba sea desestimada, por lo que, de ser el caso, el órgano jurisdiccional debe absolver por la pretensión principal y condenar por la pretensión subordinada si la prueba así lo confirma —el pronunciamiento de la pretensión subordinada está condicionado a la suerte de la pretensión planteada como principal—⁴⁷.

La hipótesis acusatoria principal se da, por ejemplo, cuando se acusa por robo agravado debido a que se utilizó arma de fuego y pluralidad de agentes y, sin embargo, no se cuenta con pruebas suficientes sobre las circunstancias agravantes y se “teme” no poder reunir las para el juicio oral. Sin embargo, en este escenario todavía es posible que se logre una condena penal por el tipo básico de robo. Entonces, se formula una hipótesis acusatoria principal por robo agravado y una subsidiaria por el delito de robo simple. El principio de especialidad exige se priorice la determinación del supuesto principal: es preeminente. Solo cuando sea imposible probar tal supuesto principal, se acude a la hipótesis subsidiaria⁴⁸.

La hipótesis acusatoria alternativa se utiliza cuando existe duda sobre los elementos que configuran el tipo penal. La Corte Suprema sostiene que plantea un problema jurídico distinto. En este supuesto, el fiscal propone ante unos mismos hechos la posibilidad, por razones de subsunción normativa, de una tipificación indistinta. Se trata de un problema puro de subsunción normativa⁴⁹.

3. Las medidas de coerción subsistentes

El art. 349.4 del nuevo CPP establece que el fiscal indicará en la acusación las medidas de coerción subsistentes dictadas durante la investigación preparatoria y, en su caso, podrá solicitar su variación o que se dicten otras según corresponda.

47 SALA PENAL PERMANENTE (ponente: Sr. juez SAN MARTÍN CASTRO), *Casación N.º 790-2018 San Martín*, Lima: 13 de noviembre del 2019, f. j. n.º 2.

48 GÁLVEZ VILLEGAS, Aladino; William RABANAL PALACIOS y Hamilton CASTRO TRIGROSO, *El Código Procesal Penal. Comentarios descriptivos, explicativos y críticos*, Lima: Jurista, 2008, pp. 698 y 699.

49 SALA PENAL PERMANENTE (ponente: Sr. juez SAN MARTÍN CASTRO), *Casación N.º 790-2018 San Martín*, Lima: 13 de noviembre del 2019, f. j. n.º 2.

Un dato fundamental relacionado con la posibilidad de dictar (mantener o variar) medidas de coerción en la etapa intermedia guarda estrecha relación con lo que he sostenido en un trabajo anterior, con relación a la potestad del juez para dictar medidas cautelares de oficio. Una lectura del art. 255.2 del nuevo CPP pareciera indicar que es posible dictar medidas limitativas, aun de oficio, cuando varían los presupuestos que motivaron su adopción. En la misma línea, el art. 256 del citado código dispone que es posible sustituir o acumular medidas limitativas de oficio, o a solicitud de la parte legitimada, cuando el imputado infringe una medida impuesta en el proceso.

Sin embargo, una interpretación sistemática de las normas que regulan las medidas coercitivas del proceso penal en general —sobre todo en el caso de la prisión preventiva— indica lo contrario. Ninguno de estos artículos, bien entendidos, autoriza al juez a disponer medidas cautelares personales —e incluso patrimoniales— de oficio.

El principio de imparcialidad judicial exige siempre el requerimiento fiscal y una audiencia contradictoria previa. De hecho, es lo que debe ocurrir con cualquier agravación de la situación personal del imputado en el marco de las medidas coercitivas. Lo único que puede realizar de oficio el juez de la investigación preparatoria, en función de su naturaleza de juez de garantías, es adoptar medidas menos gravosas que las solicitadas por el fiscal (art. 286.2 del nuevo CPP) o reformar o sustituir de oficio las medidas decretadas por otras menos intensas⁵⁰. El art. 349.4 es la norma que confirma esta regla.

Entre los requisitos de la acusación fiscal, se obliga al Ministerio Público a pronunciarse sobre las medidas coercitivas. Este deberá pronunciarse sobre la base de las medidas cautelares personales que permiten neutralizar el riesgo de fuga y de obstaculización probatoria, en virtud del nuevo escenario que propone la conclusión de la investigación preparatoria y el inicio de la etapa intermedia. Las medidas coercitivas deben posibilitar el aseguramiento del juzgamiento en el ámbito de la acción penal que se pretende someter a debate.

50 DEL RÍO LABARTHE, Gonzalo, *La prisión preventiva en el nuevo Código Procesal Penal*, Lima: Ara, 2008, p. 78. En la misma línea, ASENSIO MELLADO, José María, “La regulación de la prisión preventiva en el Código Procesal Penal del Perú”, en CUBAS VILLANUEVA, Víctor; Yolanda DOIG DÍAZ y Fany QUISPE FARFÁN (coords.), *El nuevo proceso penal. Estudios fundamentales*, Lima: Palestra, 2005, p. 504.

En la misma línea, deberá pronunciarse por las medidas cautelares de carácter patrimonial, pero solo cuando tenga legitimidad para obrar en ese sentido. Si ha cesado la misma porque existe una constitución expresa del actor civil, es este quien debe solicitar la adopción (mantenimiento o variación) de las medidas patrimoniales en la audiencia de control de la acusación.

En el ámbito de la variabilidad de las medidas cautelares y en el propio escenario de la regla *rebus sic stantibus*, es evidente que, a diferencia de lo que sucede con el sobreseimiento, con la acusación existe un escenario que refuerza —por regla general— la “solidez” del *fumus boni iuris*.

Si uno de los objetivos centrales de las medidas cautelares del proceso penal es asegurar su desarrollo y resultado, sobre todo en el ámbito del juicio oral, resulta razonable que en la etapa intermedia se evalúe la necesidad de mantener, agravar o incluso levantar o variar la medida coercitiva por una menos gravosa⁵¹. Esto se dará siempre que la nueva medida adoptada, o aquella que se decide mantener, cumpla con el objetivo de asegurar el desarrollo y resultado del proceso tanto en el ámbito de la acción penal como en el de la acción civil acumulada.

Pero lo que debe evitarse a toda costa son las decisiones de oficio, automáticas y arbitrarias. También deben evitarse resoluciones estereotipadas o aquellas que no se asuman luego de una petición formal expresa y un debate contradictorio previos. Insistimos, de oficio solo puede levantarse una medida cautelar o variar la medida impuesta por una menos grave. La adopción de una medida cautelar o la variación de la impuesta por una más grave requiere siempre una solicitud expresa del sujeto legitimado y un debate contradictorio previo, incluso en la etapa intermedia.

La audiencia de control de la acusación permite un debate en este sentido, que involucra el análisis de cuáles son las medidas necesarias para llevar a cabo un juicio oral en el que se asegure el desarrollo y resultado de la administración de justicia en atención al peligro procesal que representa el caso concreto, tanto en orden a satisfacer el cumplimiento de una posible sanción penal como apuntando a convalidar la posible declaración de una obligación patrimonial en la sentencia —condenatoria o, incluso, absolutoria—.

Un dato importante radica en que el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora* muchas veces exigen cierto ámbito de actuación probatoria que permita acreditar

51 Situémonos en un supuesto en el que la pena solicitada es menor a cuatro años y se prevé una alta posibilidad de que el juez (unipersonal o colegiado) dicte una suspensión condicional de la pena. En este caso, el riesgo de fuga puede variar en forma sustancial.

los presupuestos para el dictado de una medida coercitiva específica. En el primer caso resulta claro que la existencia de una acusación fiscal incorpora un bagaje suficiente que constituye el soporte para establecer que existen altas probabilidades de dictar una sanción penal.

Sin embargo, en el ámbito del peligro procesal puede ser necesario actuar determinados medios de prueba que, por ejemplo, verifiquen un cambio en las circunstancias que permita establecer que se presenta un peligro de fuga en atención a nuevas circunstancias —la cercanía del juicio oral sin duda es un elemento a tener en cuenta, pero no el único—.

En dicho escenario, se debe aplicar el art. 351.1 del nuevo CPP, que establece que, si bien no pueden actuarse diligencias de investigación o de prueba específicas durante la audiencia preliminar, sí es posible presentar prueba documental *para decidir cualquiera de las solicitudes señaladas en el art. 350*. Es por este motivo que se permite cierto ámbito de actuación de prueba documental, sobre todo si se tiene en cuenta que el art. 350.1.b regula la posibilidad de solicitar la imposición o revocación de una medida de coerción.

Es importante insistir en que no solo se estará frente a escenarios de imposición y agravación de medidas cautelares personales. Un supuesto típico que suele presentarse en la etapa intermedia es que, culminada la fase de investigación, en muchos casos, los medios de prueba ya están *plenamente asegurados*. Por lo tanto, se debe levantar aquellas medidas cautelares personales que fueron dictadas para evitar la obstaculización probatoria, porque evidentemente esta ya no se encuentra en peligro. Hay que prestar especial atención a la variabilidad de las medidas cautelares en ambos sentidos.

III. AUDIENCIA PRELIMINAR: EL CONTROL DE LA ACUSACIÓN

La audiencia de control de la acusación o audiencia preliminar (art. 351 del nuevo CPP) realiza un control jurídico del requerimiento en una diligencia dirigida por el juez de la investigación preparatoria, quien es el encargado de realizar el control de legalidad de la acusación fiscal⁵².

52 SÁNCHEZ VELARDE, Pablo, *El nuevo proceso penal*, ob. cit., p. 168.

Como todo acto postulatorio, la acusación fiscal está sujeta al control jurisdiccional, incluso de oficio. Esto es imprescindible para evitar la nulidad de actuaciones⁵³.

El art. 350.1 de nuevo CPP establece, en primer término, la obligación del juez de la investigación preparatoria de notificar a los demás sujetos procesales la acusación presentada por el fiscal⁵⁴. Las partes tendrán un plazo de 10 días a partir de la notificación para plantear todas las cuestiones que crean convenientes: las que deben ser debatidas en la audiencia de control⁵⁵.

Esta es una norma importante porque cumple con garantizar el *derecho a ser informado de la acusación*. El TC español ha señalado que ninguna defensa puede ser eficaz si el imputado no conoce con anterioridad los hechos en que se fundamenta la acusación, a fin de poner frente a ellos las oportunas excepciones y defensas⁵⁶. Es un derecho instrumental respecto del derecho de defensa⁵⁷, esencial para permitir la defensa adecuada y mantener un equilibrio entre acusador y acusado en la fase del juicio oral⁵⁸.

Sin embargo, aquí no solo debe reproducirse el cuestionamiento realizado al plazo del traslado, que realizamos en el ámbito del análisis de la audiencia de control de sobreseimiento. De hecho, se debe ser mucho más enfático, ya que, en el control de la acusación, la exigencia de diferenciar los plazos del traslado en función de la complejidad de la causa se torna mucho más necesario.

La norma no hace ninguna distinción entre el plazo de procesos simples y complejos, o, lo que es peor, entre estos y el proceso de criminalidad organizada.

53 V PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIAS, *Acuerdo Plenario N.º 6-2009/CJ-116*, Lima: 13 de noviembre del 2009, f. j. n.º 9.

54 El art. 127.4 nuevo CPP señala que cuando las partes tienen defensor o apoderado, las notificaciones deben ser dirigidas solo a estos.

55 El art. 18 de la Res. Adm. N.º 096-2006-CEPJ/PJ (Reglamento del expediente judicial) establece que las actuaciones y trámites que se realicen durante la etapa intermedia generarán el cuaderno de la etapa intermedia. El órgano competente para ordenar su formación es aquel encargado de recibir la acusación.

56 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA, *Expediente N.º 211/1991*, Madrid: 11 de noviembre de 1991.

57 CORDÓN MORENO, *Faustino, Las garantías constitucionales del proceso penal*, 2.ª ed., Navarra: Aranzadi, 2002, p. 159.

58 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA, *Expediente N.º 211/1991*, Madrid: 11 de noviembre de 1991.

El problema que se produce en la práctica es que existen acusaciones que constan de decenas de miles de folios. Los estudios más optimistas sostienen que una persona puede leer cien páginas en una hora. Esto quiere decir que, si la defensa dedica a leer ocho horas diarias en los días hábiles, puede acabar una acusación fiscal de 800 páginas en los 10 días que otorga la norma. Solo leer, aquí ni siquiera se plantea el tiempo que toma realizar un análisis para desarrollar una estrategia defensiva, o, por supuesto, de escribir. Tampoco se plantea una cuestión vital: la complejidad del asunto y la necesidad de revisar doctrina jurisprudencial para absolver la acusación. Si estamos frente a una acusación de más de 500 páginas, el traslado por 10 días es absolutamente inútil. Es probable que la defensa no esté en condiciones si quiera de culminar el análisis necesario de la acusación antes de estar en capacidad de realizar el control.

Desde la perspectiva de la necesidad de un plazo razonable para conocer la acusación y preparar la defensa, resulta inaudito que el nuevo Código Procesal Penal establezca un plazo único para todos los casos. Recibida la acusación, el juez está en la obligación de fijar un plazo prudencial razonable, en atención a las circunstancias particulares del caso, incluida la situación específica del acusado. Esto resulta fundamental a fin de preservar el derecho de defensa y el correcto desarrollo de la audiencia de control.

Una vez notificada la acusación, el juez fija día y hora para la realización de la audiencia dentro de un plazo no menor de cinco ni mayor a veinte días desde la presentación de los escritos regulados por el art. 350 del nuevo CPP, o desde el vencimiento del plazo para presentarlos.

En este caso, también debe criticarse un plazo que no percibe la diferencia en la complejidad del proceso como un asunto capital para el análisis de la necesidad de un tiempo prudencial para dar inicio a la audiencia. No solo es necesario que la defensa ostente un plazo prudencial para estar en capacidad de absolver la acusación, también resulta determinante que sea el juez quien ostente un plazo prudencial para conocer la acusación y las oposiciones o el control formal que presenten las partes. Si bien en este caso la norma establece un plazo flexible —entre 5 y 20 días—, todo parece indicar que este plazo es insuficiente para dotar al juez de las condiciones necesarias para ordenar el debate en la audiencia de control en casos complejos.

Si bien en este trabajo se defiende una idea central, que radica en el hecho de que la audiencia de control es un espacio vital, dialéctico, en el que se debe privilegiar la oralidad, esto no significa que no deba prestarse atención a una fase

escrita, necesaria, que debe ser planteada ante el juez y que debe ser conocida por este. Es precisamente esto, el conocimiento cabal de la acusación escrita y de las oposiciones escritas presentadas por las demás partes, lo que constituye la base central de un ordenamiento del debate que permita privilegiar la eficiencia y la celeridad. La celeridad procesal no se obtiene disminuyendo los plazos de traslado o tramitación de la audiencia. Se privilegia la eficacia del proceso cuando las audiencias se realizan con suficiente conocimiento de los asuntos planteados, del orden del debate y de las cuestiones que son esenciales debatir.

La instalación de la audiencia requiere la presencia obligatoria del *fiscal y el defensor del acusado* (art. 351.1 del nuevo CPP). A diferencia de la audiencia de control de sobreseimiento, en este caso la norma sí considera indispensable la presencia del defensor del acusado en la audiencia preliminar, en atención a su crucial importancia para la delimitación del objeto procesal.

Nótese que la presencia del acusado no es imprescindible, esto obedece a un razonamiento que considera que la defensa que puede ejercerse en esta etapa es una de carácter fundamentalmente técnico. El “espacio natural” para la presencia obligatoria del acusado en realidad se vincula al juicio oral, en seguimiento de las pautas que prohíben el enjuiciamiento y condena de los ausentes.

Un dato interesante se refiere al análisis del art. 359.7 del nuevo CPP, que establece que, si el actor civil no concurre a la audiencia del juicio oral, *se tendrá por abandonada su constitución en parte*. Esta norma ofrece una pauta de cómo es que se debe interpretar la ausencia del actor civil en la etapa intermedia, pero exige una interpretación acorde con lo explicado respecto al ejercicio de la acción civil en la etapa intermedia⁵⁹.

Siguiendo la línea marcada por el art. 11.1 del nuevo CPP, cuando el perjudicado se constituye en actor civil, cesa la legitimación del Ministerio Público para *intervenir en el objeto civil del proceso*. Por su parte, el art. 101 del nuevo CPP dispone que la constitución en actor civil deberá efectuarse antes de la culminación de la investigación preparatoria. Si en la etapa intermedia el perjudicado aún no ha solicitado su constitución, no podrá introducir su pretensión en el proceso penal. Puede acudir a la vía extrapenal, suscribir una transacción o, en su caso, someterse a la solicitud que realice el fiscal en el proceso penal, en aplicación del

59 Vid. *supra*, caps. II, IV.

art. 1 Ley Orgánica del Ministerio Público, *pero no puede actuar como parte en el proceso penal en curso.*

Por lo tanto, ambas normas marcan la pauta de quién es el que debe introducir la pretensión en la etapa intermedia. Si a la conclusión de la investigación no existe constitución del actor civil, será el fiscal el encargado de cumplir con lo dispuesto por el art. 349.1.g del nuevo CPP. Si el perjudicado se constituyó en actor civil en dicha fase, la legitimación del fiscal cesa: “no hay marcha atrás”. El actor civil luego puede desistirse (arts. 13 y 106 del nuevo CPP)⁶⁰, abandonar (art. 359.7 del nuevo CPP) o transar (art. 14 del nuevo CPP), pero ello en ningún caso supone que el fiscal “recupera” legitimación para solicitar la reparación civil.

El principio dispositivo exige que una vez que el perjudicado muestra su interés en la pretensión civil, es absolutamente libre de solucionar el conflicto en la manera que estime conveniente, pero su *interés ya no debe ni puede ser sustituido por el Ministerio Público.*

Por otro lado, el art. 106 del nuevo CPP establece que la constitución del actor civil *impide* que presente demanda indemnizatoria en la vía extrapenal. El actor civil que se desista como tal *antes* de la acusación fiscal no está impedido de ejercer la acción indemnizatoria en otra vía. Este razonamiento parece indicar que, si el desistimiento opera luego de iniciada la etapa intermedia, sí existirá un obstáculo para acudir a la vía civil, pero en realidad no es una norma muy clara.

Es razonable que, si el actor civil constituido en parte sostiene su pretensión hasta la culminación del proceso, la decisión en el extremo civil constituirá cosa juzgada y le será imposible acudir a la vía extrapenal. Pero ¿cuál es el impedimento procesal para presentar una demanda indemnizatoria en la vía extrapenal, si el desistimiento opera luego de iniciada la etapa intermedia? ¿Quiere decir que si el art. 359.7 dispone que la ausencia del actor civil supone el abandono de su constitución en parte, luego no podrá acudir al orden jurisdiccional civil para solicitar una indemnización por los perjuicios causados?

Todo indica que una interpretación como esta puede ser excesivamente rigurosa y puede afectar el derecho de los ciudadanos a la tutela judicial efectiva.

60 De acuerdo con el nuevo Código Procesal Penal, cuando el actor civil opta por ejercer su derecho en la vía extrapenal, también se considera un desistimiento (art. 106 del nuevo CPP). Pero, en principio, debe desistir antes de la etapa intermedia para que ello no perjudique su derecho a ejercerlo en la vía del proceso civil (art. 13.1 del nuevo CPP).

Considero que la oportunidad del desistimiento, en todo caso, se fija para marcar la pauta de cuándo pueden existir procesos paralelos y cuándo es necesario que culmine el proceso penal para acudir a la jurisdicción extrapenal. En todo caso, es una interpretación más garantista y justa, toda vez que no se explica por qué el perjudicado no podría elegir otra vía en la propia etapa intermedia.

En cualquier caso, lo que debe quedar claro es que si el actor civil —constituido como tal durante la investigación preparatoria— tampoco acude a introducir su pretensión en la audiencia preliminar de la etapa intermedia, entonces también se debe aplicar analógicamente la regla del art. 359.7: *se tendrá por abandonada su constitución en parte* en el proceso penal.

El escenario para que el actor civil introduzca su pretensión es la fase intermedia. Aquí es donde se debe ejercer la oposición y donde se deben presentar las pruebas de cargo y de descargo, en torno al objeto civil del proceso penal. Su presencia en la audiencia preliminar, en principio, no es obligatoria, pero lo cierto es que si no asiste o, en su caso, si no cumple con solicitar una reparación civil ni con aportar los medios de prueba que la sustenten, evidentemente debe considerarse el abandono de su constitución, porque una vez iniciado el juicio oral ya no podrá introducir una pretensión que debió ser sometida a control en la etapa intermedia. Solo así se garantiza el derecho de defensa (el principio de contradicción) de los sujetos procesales, ya que solo entonces podrán objetarla y presentar los medios de prueba que permitan contrarrestarla.

Pero, insistimos, ni el desistimiento previo a la etapa intermedia ni el abandono de su constitución en la etapa intermedia o en el juicio oral “legitiman” al fiscal para solicitar una reparación civil. Dicha legitimación cesó definitivamente con la constitución en actor civil del perjudicado.

Por otro lado, la comparecencia a la audiencia preliminar del tercero civil tampoco es obligatoria. El art. 113 del nuevo CPP establece que su rebeldía o falta de apersonamiento, luego de haber sido incorporado como parte y debidamente notificado, no obstaculiza el trámite del proceso y *quedará* obligado a los efectos indemnizatorios que le señale la sentencia.

Ahora bien, el tercero civil es el sujeto pasivo de la pretensión de la misma naturaleza y esto indica que, a diferencia del actor civil, no es titular de una pretensión que deba ser “controlada” en la audiencia preliminar. Sin embargo, se debe tener en cuenta que es en la fase intermedia donde tiene la posibilidad de ofrecer los medios de prueba que resalten la inexistencia de criterios de im-

putación de derecho civil (389.2 del nuevo CPP), por lo que es importante su presencia a efectos de ejercer su derecho de defensa. Su ausencia en la etapa intermedia evidentemente no supone que se le deba privar del ejercicio de su derecho de defensa en el juicio oral, pero su rebeldía, sin duda, configura una limitación evidente para el desarrollo de su estrategia defensiva.

Otra exigencia puntual del art. 351.1 del nuevo CPP es que no se podrán actuar diligencias de investigación o de prueba específicas, salvo el trámite de prueba anticipada y la presentación de prueba documental para decidir cualquiera de las solicitudes propuestas de conformidad con el art. 350 del nuevo CPP.

La audiencia es dirigida por el juez de garantías y, mientras dura, no se admite la presentación de escritos. El juez debe otorgar la palabra por un tiempo breve a todos los sujetos procesales en el siguiente orden: el fiscal, la defensa del actor civil, al acusado y al tercero civilmente responsable. Todos deben debatir en relación con la procedencia o admisibilidad de cada una de las cuestiones planteadas y la pertinencia de la prueba ofrecida.

El orden establecido muestra que la audiencia preliminar exige tanto un control de la acusación como de la acción civil incorporada al proceso penal. Es por esta razón que el fiscal y el actor civil preceden al acusado y al tercero, por cuanto el debate contradictorio exige ese orden para su ejercicio. De hecho, el orden indica que primero deben resolverse las cuestiones referidas a la acción penal y luego los aspectos vinculados al objeto civil, prueba de ello es que el último en participar es el tercero civil, quien solo presenta resistencia en este extremo (art. 389.2 del nuevo CPP).

El fiscal tiene la opción de presentar un escrito que aclare, modifique o integre la acusación en lo que no sea sustancial, pero será necesario correr traslado de esta situación a los demás sujetos procesales, de forma inmediata, para que puedan absolver la variación propuesta por el fiscal. Esta es una auténtica corrección formal de la acusación “de oficio”, pues no requiere que sea solicitada por alguna de las partes; sin embargo, si permite que sea “controlada”, la pertinencia de la aclaración o modificación debe ser debatida.

Ahora bien, como se ha dicho, en la audiencia se discute la procedencia o admisibilidad de cada una de las cuestiones planteadas, que no es otra cosa que las que propone el art. 350 del nuevo CPP y que configuran supuestos de control formal y sustancial de la pretensión penal planteada por el Ministerio Público, y de la acción civil planteada por quien corresponda (art. 350.1.g del nuevo CPP).

Así lo dispone la Corte Suprema de Justicia cuando aclara que “el marco del control [de la acusación] solo debe incidir en aquellos aspectos circunscriptos a los juicios de admisibilidad [control formal] y procedencia [control sustancial], sin que sea dable realizar análisis probatorio alguno ni emitir pronunciamientos sobre el fondo”⁶¹.

Una duda que suele plantearse en el tratamiento del control de la acusación consiste en qué es lo que se debe entender por control formal y sustancial. Suele pensarse que el control formal y sustancial de la acusación está referido a aspectos procesales o sustantivos (materiales), respectivamente, que en uno y otro caso permiten al juez influir en el acto postulatorio del Ministerio Público.

Sin embargo, en realidad, el control sustancial puede darse tanto por aspectos procesales como materiales. La diferencia con el control formal no radica en la naturaleza de la regla que permite el control, sino en que el control formal solo permite solicitar que se subsanen errores, en cambio, el control sustancial permite rechazar la petición y dictar un auto de sobreseimiento no requerido por el fiscal o, en su caso, aceptar el requerimiento y proceder a dictar el auto de enjuiciamiento.

Este control evalúa la fundabilidad de los argumentos que soportan la petición de condena —que no es lo mismo que el “fondo del asunto”—, así como la posición de la defensa en torno a la viabilidad del juicio oral (insuficiencia probatoria, causales de extinción, atipicidad, etc.).

1. Control formal

El control formal de la acusación es regulado por el art. 350.1.a del nuevo CPP y establece que los sujetos procesales pueden —en el plazo de 10 días de notificada— *observar la acusación por defectos formales para requerir su corrección*.

Sin embargo, como ya se dijo, *también puede existir un control formal de oficio* (art. 352.2 del nuevo CPP). La Corte Suprema justifica esta prerrogativa al sostener que dicho control involucra la revisión del cumplimiento de los requisitos legales de un acto procesal trascendente y porque la validez de la serie

61 V PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIA, *Acuerdo Plenario N.º 6-2009*, Lima: 13 de noviembre del 2009, f. j. n.º 9.

procesal constituye una facultad inherente a la potestad jurisdiccional, enraizada en la garantía misma a la tutela judicial efectiva⁶².

GOLDSCHMIDT señala que frente a una petición⁶³ hay que examinar, en primer lugar, si es *admisible*. Se admite cuando satisface las condiciones *de las cuales depende la averiguación de su contenido*. El derecho procesal determina que estas condiciones son de *naturaleza formal*. Por lo tanto, si la admisibilidad de la petición depende de las condiciones que permiten averiguar su contenido, es natural que deba comprobarse antes de examinar si la petición es procedente. Sin embargo, nunca tiene que afirmarse que basta con la existencia de las condiciones de admisibilidad. La admisión de una petición no depende de que las condiciones de su admisibilidad se afirmen de manera concluyente⁶⁴.

Si se trasladan estas premisas al ámbito de la acusación —que es un acto que constituye una petición (de condena) típica—, entonces queda claro que, una vez presentada, es obligatorio establecer si se satisfacen *las condiciones de las cuales depende la averiguación de su contenido*.

En este sentido, si se recuerda que la acusación es una petición fundada dirigida al órgano jurisdiccional para que imponga una pena a una persona por un hecho punible que se afirma ha cometido, entonces el “control formal” exige que la petición cumpla los requisitos mínimos para la respuesta a esa petición. Debemos estar en condiciones de evaluar, a partir del acto postulatorio, si es posible atribuir el hecho punible a determinada persona y si además es posible aplicar una pena como resultado de la declaración de responsabilidad.

En esa línea, el control formal de la acusación se vincula al cumplimiento de los requisitos del art. 349.1 del nuevo CPP. Puede *observarse* la acusación fiscal cuando: no existan datos que permitan identificar al acusado, o cuando los datos sean insuficientes; no exista una relación clara y precisa del hecho que se atribuye al acusado⁶⁵; no se describan por separado los hechos independientes;

62 V PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIA, *Acuerdo Plenario N.º 6-2009*, Lima: 13 de noviembre del 2009, f. j. n.º 13.

63 La que define a su vez, como requerimiento dirigido al juez para que dicte una resolución de contenido determinado.

64 GOLDSCHMIDT, JAMES, *Principios generales del proceso*, vol. 1, Ciudad de México: Jurídica Universitaria, 2001, pp. 38-40.

65 La resolución del Primer Juzgado de la Investigación Preparatoria de Huaura, de 11 de julio del 2007, (Exp. N.º 496-2007), establece lo siguiente: “[A] no haberse detallado en forma clara y precisa los hechos que se atribuyen al imputado [debió decir acusado] con sus

no se detallen los elementos de convicción que fundamentan el requerimiento acusatorio; no se describa la participación del acusado⁶⁶; no se fije el monto de la reparación civil —siempre que no exista un actor civil apersonado— ni se identifique los bienes embargados e incautados al acusado (o tercero civil); no se especifique qué persona debe ser la beneficiada por el pago de la reparación civil; y cuando el fiscal no ofrezca medios de prueba para su actuación en la audiencia. También deberá devolverse la acusación cuando no se especifique el artículo de la ley penal que tipifica el hecho ni se solicite en forma específica la cuantía de la pena, entre otros.

Es por esta razón que la peculiaridad de esta situación radica en el hecho de que existe una “distancia” importante entre la evaluación de la admisibilidad del pedido y el estudio de su fundabilidad. Esa “distancia” no es otra cosa que el juicio oral.

El juez en este caso no realiza una valoración de la admisibilidad para inmediatamente valorar la fundabilidad de la acusación. Si considera admisible el petitorio, lo que corresponde es dictar el auto de enjuiciamiento. Este es el auto que, al menos en forma tácita, declara admisible el petitorio, pero el que ordena además acudir a juicio: esto supone que una vez admitida a trámite la acusación, y siempre que se emita el auto de enjuiciamiento, será necesario una resolución sobre el fondo del asunto: por regla general, la única opción será una sentencia condenatoria o absolutoria. En estricto, una que resuelva el contenido del petitorio: la acusación.

circunstancias precedentes, concomitantes y posteriores y que guardan relación directa con la conducta típica que exige el tipo penal, existen defectos en la acusación que requieren un nuevo análisis del MP, por lo que resuelve devolver la acusación, fijando 5 días de plazo para que la subsane [...]”.

- 66 En el Proceso N.º 0056-2009, seguido en Huaura, se devolvió la acusación porque la calificación jurídica de los hechos no era la que correspondía: en la acusación se mencionaba que el delito había sido cometido en grado de tentativa, cuando la disposición de formalización indicaba que el delito se había consumado. Vid. VILLAVICENCIO RÍOS, Frezia Sissi, “La función judicial de control de la acusación fiscal”, en *Gaceta Penal y Procesal Penal*, n.º 7, Lima: enero del 2010, p. 234. Sin embargo, esta resolución simplemente no tiene en cuenta el art. 349.2 del nuevo CPP, que exige que los hechos y personas sean los mismos que han sido incluidos en la disposición de formalización de la investigación preparatoria, pero sí permite que se efectúe una calificación jurídica distinta, y eso es lo que sucede con el delito en grado de tentativa.

Es por esta razón que el art. 352.2 del nuevo CPP dispone que, si los defectos de la acusación *requieren un nuevo análisis* por parte del Ministerio Público, el juez dispondrá la *devolución* de la acusación y suspenderá la audiencia por cinco días para que *corrija* el defecto, luego de lo cual se reanudará. Incluso, esta norma menciona que en los demás casos —se entiende cuando el defecto no requiere un nuevo análisis por parte del Ministerio Público— el fiscal, en la misma audiencia, realiza las modificaciones, aclaraciones o subsanaciones que corresponda, *con intervención de los concurrentes* a la audiencia.

Ahora bien, si las subsanaciones que realiza el fiscal no son objeto de observación por los sujetos procesales, se tiene por modificado, aclarado o saneado el dictamen acusatorio en los términos precisados por el fiscal. Si existen observaciones, el juez resuelve mediante resolución inapelable (art. 352.2 *in fine* del nuevo CPP). Debe quedar muy claro que estamos frente a errores estrictamente formales, el juez en ningún caso puede variar el contenido de la acusación en la medida que ello involucraría una flagrante violación del principio acusatorio. Esta misma condición formal de los errores sujetos a subsanación es la que permite que los errores puedan ser advertidos tanto por los sujetos procesales (art. 350.1.a del nuevo CPP) como por el juez de la investigación preparatoria de oficio (art. 352.2 del nuevo CPP).

Otra posibilidad de control formal ha sido planteada por la doctrina nacional en relación con la vulneración del derecho de defensa en la investigación preparatoria y los efectos que tal vulneración puede generar en el desarrollo de la etapa intermedia⁶⁷.

Se sostiene que en muchos casos⁶⁸:

Se ha vulnerado la garantía del derecho de defensa, porque al desconocerse el domicilio real del imputado, este no rindió su declaración voluntaria, no fue informado de sus derechos, ni se le comunicó de inmediato y detalladamente la imputación formulada en su contra; el fiscal no ordenó su conducción compulsiva, ni le notificó personalmente la primera disposición fiscal. Al no existir evidencia que el imputado

67 VILLAVICENCIO RÍOS, “La función judicial de control de la acusación fiscal”, art. cit., pp. 227-231.

68 VILLAVICENCIO RÍOS, “La función judicial de control de la acusación fiscal”, art. cit. La autora cita los procesos n.ºs 2006-00946-87, 2008-00476-87, 398-2008-25 y 2008-00591. Todos tratan sobre abuso sexual en agravio de menores de edad.

conociera que estaba siendo procesado penalmente, y al desconocerse su paradero (art. 79.2 del nuevo CPP), se continuó la sustanciación del proceso sin una solicitud expresa al juez para declarar ausente al imputado.

A juicio de la doctrina, en estos procesos “se inició la etapa intermedia con vulneración del derecho de defensa”:

En estos casos, —en los que no cabe adversarialidad ni ruego de parte alguna para que el juez de tutela y garantía (juez penal constitucional)⁶⁹ intervenga de oficio, dictando una medida correctiva—, el juez no puede iniciar la dirección de la etapa intermedia corriendo traslado procesal a un domicilio inexistente, o en su defecto, a la defensoría de oficio; debe dictar una medida correctiva (art. 71.4 del nuevo CPP), interviniendo de oficio y exigiéndole al fiscal que señale el domicilio procesal del imputado en el requerimiento de acusación, lo que debe realizar antes de formar el cuaderno de la etapa intermedia.

Es un supuesto interesante porque se recomienda que el control formal opere antes de la audiencia preliminar y no durante su desarrollo.

En primer lugar, no creo que sea necesario acudir al art. 71.4 —alegando la “necesidad de una medida correctiva”— para ejercer un control de la acusación. Es evidente que es una potestad del juez, según el art. 349.1.a del nuevo CPP, cuando establece los requisitos de la acusación. Es un claro supuesto de ausencia de un dato fundamental para la identificación del imputado, en tanto la misma debe ser interpretada con un criterio amplio que involucre la comprensión de todos los datos necesarios para el ejercicio del derecho de defensa, y el domicilio es un ítem claro en ese sentido.

Por otro lado, desde luego que la función de tutela del juez exige la realización de dicho control de oficio. Es obvio que la devolución de la acusación para subsanar la omisión (ausencia de domicilio) es un claro ejemplo de control formal

69 Considero innecesaria esta expresión. Absolutamente todos los jueces son “constitucionales”: no es un supuesto aplicable con algún carácter especial al juez de garantías. En todo caso, sí lo será para aquellos cuya competencia sean las garantías constitucionales como ámbito de jurisdicción. Tampoco considero que la discusión vinculada a la actuación de oficio o solicitud de parte sea un problema de “adversarialidad”. También es un problema que se presenta en el proceso acusatorio. La adversarialidad representa mucho más que el principio rogatorio: se confunden muchos conceptos.

(art. 352.2 del nuevo CPP). Sin embargo, no parece necesario que esto deba resolverse antes de la audiencia preliminar. Perseguir una supuesta celeridad procesal en estos casos no tiene sentido porque, en realidad, esta no se verá afectada por la realización de una audiencia que, por lo demás, es bastante sencilla. El control de la acusación puede realizarse de oficio, pero no debe suprimirse nunca el debate oral entre los concurrentes porque es indispensable y además permite realizar un control formal de todos los requisitos.

Es más tedioso para la administración de justicia el hecho de que los jueces realicen una devolución inmediata —antes de la audiencia— de la acusación, en lugar de que las partes puedan oponer todas las cuestiones y que estas sean resueltas en un solo trámite. Es cierto que si no se notificó al acusado, es necesario realizar otra audiencia, pero en realidad eso debe suceder siempre. Si la acusación se devuelve por cuestiones formales, es necesaria la realización de una nueva audiencia por dos razones fundamentales: 1) establecer que las modificaciones, aclaraciones o subsanaciones satisfacen los requisitos, y 2) para realizar el control sustancial (recuérdese que el control formal es anterior al control sustancial).

Ahora bien, el problema de la identificación del imputado y el ejercicio de su derecho de defensa es una cuestión que, en todo caso, debió resolverse en la etapa preliminar. El art. 334.3 del nuevo CPP menciona expresamente que “en caso de que el hecho fuese delictuoso y la acción penal no hubiera prescrito, *pero faltare la identificación del autor o partícipe*, [el fiscal] ordenará la intervención de la Policía para tal fin”. Es evidente que el Código establece la necesidad de establecer una identificación plena, que obviamente incluye el domicilio y ubicación del imputado, sin perjuicio de la aplicación de medidas cautelares personales.

Por otro lado, el art. 79 regula la situación de ausentes y contumaces cuando existe un auto que declara al imputado en alguno de estos sentidos. Se debe ordenar la conducción compulsiva y disponer el nombramiento de un abogado de oficio o el que elija un familiar del imputado (art. 79.3 del nuevo CPP). El Código es muy claro en señalar que la declaración de contumacia o ausencia no suspende la investigación preparatoria ni la etapa intermedia.

El problema fundamentalmente pasa porque se utilizan los mecanismos de la investigación preparatoria para el procesamiento de contumaces y ausentes. Evidentemente, mientras esta situación no se defina pueden declararse nulas las resoluciones emitidas en la etapa intermedia, exigir que en la investigación preparatoria se declare la contumacia o ausencia, y se ordene la conducción

compulsiva, que será determinante para la realización del juicio oral⁷⁰. Pero ello no debe conducir a la conclusión de que esa decisión pueda tomarse antes de la audiencia preliminar ni supone que todos los procesos seguidos contra ausentes deban declararse nulos.

Este tipo de situaciones puede ser llevado a cabo con un abogado de oficio. La oportunidad de defenderse en la investigación es irrestricta, pero ello no significa que cualquier investigación sin la presencia del imputado o la de un abogado elegido por él es ilegal. Tal situación conduciría a la imposibilidad de administrar justicia, sobre todo si se tiene en cuenta que es muy frecuente que el imputado intente eludir la acción de la justicia. La notificación a un defensor de oficio muchas veces es indispensable para dar agilidad al proceso penal. La audiencia preliminar no exige la presencia del imputado, exige una defensa técnica porque esa es la naturaleza de esta etapa.

No es el único caso donde se plantea un control formal “antes” de la audiencia preliminar. VILLAVICENCIO RÍOS también sostiene que, en la praxis de Huaura (antes del acuerdo plenario), los jueces leían el requerimiento de acusación y verificaban si contaba con los requisitos del art. 349 del nuevo CPP. Si se presentaban acusaciones incompletas (por ejemplo, sin el desarrollo de los elementos de convicción o los medios de prueba), se solicitaba al fiscal que subsane las omisiones antes de trasladar la acusación a los demás sujetos procesales. A juicio de la autora, esta práctica es positiva porque cuando se realiza, se instala la audiencia para recién devolver el requerimiento por esas deficiencias⁷¹.

Aquí se aplica lo mismo que en el caso anterior: la audiencia preliminar que se ocupa del control formal tiene que ser ágil y no debe presentar mayores problemas. No tiene sentido devolver la acusación a una segunda subsanación, integración o corrección de la acusación. Además, el debate contradictorio es indispensable porque promueve una visión más justa y completa de los defectos de la acusación.

70 Según VILLAVICENCIO RÍOS, algunos jueces han declarado nulas las resoluciones de la etapa intermedia y han devuelto el expediente al juez de la investigación preparatoria por considerar que existió una vulneración al derecho de defensa y porque era necesario definir la situación jurídica del imputado (para ello, cita los procesos n.ºs 1177-2006, 1058-2008, 1034-2008, entre otros). VILLAVICENCIO RÍOS, “La función judicial de control de la acusación fiscal”, art. cit., p. 229.

71 VILLAVICENCIO RÍOS, “La función judicial de control de la acusación fiscal”, art. cit., p. 233.

La Corte Suprema ha señalado que los defectos formales no inciden en el juicio de tipicidad (indicación del tipo delictivo correspondiente con base en el *factum* del requerimiento acusatorio) ni en el juicio de imputación (elementos de convicción que justifiquen una sospecha suficiente acerca de los cargos), que se dilucidan en la sentencia tras el juicio oral. Los defectos formales son materia de corrección inmediata e importan omisiones patentes en el relato de los hechos, en la identificación del imputado, en la mención y análisis propio de la justificación acusatoria, así como en las citas legales respectivas, además de algún incumplimiento de los requisitos señalados en el art. 349 CPP. No cabe, por tanto, en esta fase intermedia cuestionar las bases probatorias de la acusación y, sobre esa base, solicitar un cambio de tipo penal o una modificación de la pena. Estas objeciones son defensas de fondo, no formales, por lo que no es admisible plantearlas y menos aceptarlas en fase intermedia⁷².

Sin embargo, considero que existe una diferencia entre realizar un control de fondo —lo que la Corte describe como “cuestionar las bases probatorias” de la acusación fiscal— y realizar un control sobre la forma en que esa justificación probatoria se presenta ante el tribunal. En el marco del art. 349.1.h del nuevo CPP, es necesario que el Ministerio Público ofrezca los medios de prueba que sustentan la acusación. Esto supone describir la utilidad, pertinencia, conducencia de dichos medios, además, exige filtrar los medios de prueba en el caso de pluralidad de acusados, lo que supone también individualizar las pruebas de cargo en función de cada uno de ellos. En algunos casos existe la mala costumbre de presentar los medios de prueba del caso en bloque sin explicar cómo estos influyen en la condición de los distintos acusados y en la situación específica del caso con relación a su participación en los hechos. Solicitar al Ministerio Público que, en el ámbito del control formal, cumpla con estas exigencias es un asunto capital en el ámbito de la etapa intermedia. Supone un control formal imprescindible, pero que en ningún caso acarrea cuestionar el fondo del asunto o las bases probatorias de la acusación, sino controlar la forma en que esta se presenta al tribunal. A su vez, constituye un punto de partida fundamental para ordenar el debate, tanto en los ámbitos de control de la etapa intermedia como en el propio juicio oral.

Algo similar ocurre en aquellos casos donde la acusación fiscal incorpora hechos que no fueron materia de la investigación preparatoria. Esto es especialmente importante porque muchas veces se “maquilla” esta situación en una

72 SALA PENAL PERMANENTE (ponente: Sr. juez SAN MARTÍN CASTRO), *Casación N.º 1450-2017 Huánuco*, Lima: 23 de abril del 2019, f. j. 4.

supuesta variación jurídica del título de imputación, que supuestamente no supone una afectación grave del derecho de defensa. Pero esto no es cierto, pues en muchos casos existen variaciones del título de imputación que significan una cabal transformación de los hechos que constituyen el eje central de la acusación y de aquello que debe ser probado en el juicio.

Una fase intermedia y un juicio oral que se realizan sobre un sustento fáctico que no ha sido materia de investigación debe ser corregido en el ámbito del control formal. Sostener que es lícito modificar las cuestiones de hecho en la acusación, al desvincularlas de la investigación preparatoria, supone negar al imputado el derecho de defensa en esta fase. Como se ha dicho, la investigación no es solo aquella fase donde el fiscal recoge las fuentes de prueba que preparan la acusación, también es una fase fundamental para la defensa del imputado, que debe estar en condiciones de solicitar actos de investigación con el propósito de construir auténticas pruebas de descargo y justificar la ausencia de responsabilidad penal. Las acusaciones sorpresivas no pueden ser toleradas por el sistema.

2. Control sustancial

En el *control sustancial* de la acusación, el órgano jurisdiccional fiscaliza la procedencia de las *razones* en las que se apoya la petición de condena, es decir, la razonabilidad de los elementos de la pretensión procesal^{73 74}; al punto de que dicho control puede conducir, incluso, a una resolución anticipada del conflicto sin un debate previo en el juicio, al que ha instado el Ministerio Público como lugar natural para resolver la controversia.

Nuestro sistema procesal aceptaba, únicamente, un control formal de la acusación. Esta ha sido, de hecho, la postura de la Corte Suprema (postura anterior a la vigencia del nuevo Código Procesal Penal) al sostener que, una vez formulada la acusación fiscal, el Tribunal estaba “prohibido de declarar la improcedencia del juicio, porque ello imposibilitaría al fiscal ejercitar sus atribuciones legales e importaría una absolución prematura, se entendía que formulada la

73 BENAVENTE CHORRES, Hesbert y Renato AYLAS ORTIZ, “El control de la acusación fiscal conforme al Acuerdo Plenario N.º 6-2009/CJ-116”, en *Gaceta Penal y Procesal Penal*, n.º 7, Lima: enero del 2010, p. 56.

74 Ejecutoria Suprema del 26 de mayo de 1981 Cajamarca, citada por SAN MARTÍN CASTRO, César, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 613.

acusación se debía dictar el auto de enjuiciamiento, y la situación jurídica del acusado debía, necesariamente, resolverse en el acto oral”⁷⁵.

Esta postura ha sido superada por el nuevo Código Procesal Penal que dispone, en el art. 352.4, que el sobreseimiento pueda dictarse de oficio o a pedido del acusado y su defensa cuando, pese a la existencia de una acusación fiscal, concurren los requisitos establecidos en el art. 344.2 del nuevo CPP que permite al juez dictar el auto de sobreseimiento sobre la base de cualquiera de los motivos que justifican la solicitud de archivo del fiscal, es decir, cuando: el hecho objeto de la causa no se realizó o no puede atribuírsele al acusado; el hecho imputado no es típico o concurre una causa de justificación, de inculpabilidad o de no punibilidad; la acción penal se ha extinguido, y cuando no existe razonablemente la posibilidad de incorporar nuevos datos a la investigación y no hayan elementos de convicción suficientes para solicitar fundadamente el enjuiciamiento del acusado⁷⁶.

Debe quedar claro que este es un supuesto excepcional. Las causales del art. 344.2 deben resultar “evidentes y no debe existir la posibilidad de incorporar en el juicio oral nuevos elementos de prueba” (art. 352.4 del nuevo CPP). La Corte Suprema ha declarado —en el análisis de la regulación del nuevo CPP— que el control sustancial de la acusación está en función del mérito mismo del acto postulatorio del fiscal. Al juez de la investigación preparatoria le corresponde negar la validez de la acusación y la consecuente procedencia del juicio oral, cuando la presencia de los requisitos de sobreseimiento sea *patente* o *palmaria*, no sin antes *instar al pronunciamiento de las partes sobre el particular*⁷⁷.

La Corte Suprema, en vía de casación⁷⁸ —en lo que constituye doctrina jurisprudencial vinculante—, señaló que el control de las partes en una audiencia

75 Ejecutoria Suprema de 10 de octubre de 1973, *Expediente N.º 1255-73 Huánuco*.

76 La Corte Suprema ha declarado, en lo que constituye un precedente vinculante, que el control sustancial comprende el examen de la concurrencia de cinco elementos necesarios para la viabilidad de la acusación respecto de los cargos objeto de investigación: elemento fáctico, elemento jurídico, elemento personal, presupuestos procesales vinculados a la vigencia de la acción penal y elementos de convicción suficientes. V PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIA, *Acuerdo Plenario N.º 6-2009*, Lima: 13 de noviembre del 2009, f. j. n.º 15

77 V PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIA, *Acuerdo Plenario N.º 6-2009*, Lima: 13 de noviembre del 2009, f. j. n.º 14.

78 SALA PENAL PERMANENTE (ponente: Sr. juez FIGUEROA NAVARRO), *Casación N.º 760-2016 La Libertad*, Lima: 20 de marzo del 2017, f. j. n.º 15.

preliminar constituye una valla que los fiscales deben superar como titulares de la acción penal. La Corte sostiene que el control sustancial tiene que circunscribirse, exclusivamente, a los casos en los que el juicio de suficiencia, que le está permitido hacer a las partes, tenga por resultado la evidente certeza de un supuesto de sobreseimiento, y, en su caso, la imposibilidad altamente probable de que no se podrán incorporar nuevos elementos de prueba. Indica que estos son casos límites, notorios, aprehensibles para cualquiera: inexistencia del objeto del proceso; imposibilidad de que el imputado haya estado presente en el lugar del hecho; el hecho investigado ha devenido en atípico; hay eximentes de responsabilidad evidentes; no hay mayor controversia de que la acción penal se haya extinguido; (prescripción evidente o muerte del imputado); y, en el ámbito de la causal de insuficiencia probatoria que también admite un control sustancial (arts. 344.2.d y 352.4 del nuevo CPP), debe resultar evidente que no hayan elementos de convicción o que estos no están apoyados en medios probatorios que puedan generar información relacionada con el objeto del proceso (testigos, videos o actas). Finalmente, la Corte Suprema concluye que no se puede sobreseer un proceso en la etapa intermedia cuando hayan elementos de convicción que generan duda, sea en la comisión del delito o en la responsabilidad penal del imputado, pues esto exige un esclarecimiento en el juicio oral.

Es saludable que esta casación establezca las bases y reglas que deben seguirse para operar nada menos que un control sustancial, esto es, la posibilidad de renunciar a un juicio oral, a pesar de que existe una acusación y que un fiscal pretende ir a juicio. No cabe duda de que estamos frente a una situación excepcional y, como tal, debe existir certeza en el juez encargado de controlar la etapa intermedia, quien considerará que no es necesario resolver esta cuestión en el juicio oral. Sin embargo, considero que también es importante dotar de contenido a esa duda (o certeza), en la medida que está referida a aspectos fácticos, esenciales, que son controvertidos, y que, por esa razón, deben discutirse en un juicio oral. En el ámbito del art. 344.2.d la situación es bastante clara. Como hemos dicho en el análisis de las causales de sobreseimiento, es sumamente importante —como señala la Corte Suprema— entender que estamos frente a una figura de insuficiencia probatoria clara, frente a la absoluta certeza de que el curso del juicio oral no podrá remediar una insuficiencia patente. En tal supuesto, se está ante la convicción de que el fiscal, en el juicio oral, no logrará una condena con los elementos que tiene; y que tampoco está en condiciones de aportar nuevos elementos de convicción que puedan generar información que cambie ese *statu quo*. Lo mismo ocurre en el ámbito del art. 344.2.a. En este supuesto, para

dictar el sobreseimiento —a pesar de la existencia de una acusación—, el juez debe concluir, a partir del control de las partes y de los argumentos expuestos por estas, que resulta evidente que el hecho, objeto de la causa, no se realizó o no puede atribuírsele al imputado. Y no cabe duda de que, en ambos casos, como señala la casación, deben evaluarse los elementos de convicción.

Además, el problema de la certeza, o la duda, se presenta junto a cuestiones de naturaleza estrictamente jurídica. ¿Son de recibo las dudas jurídicas? ¿Es posible sostener que deben ventilarse en el juicio oral, por ejemplo, los alcances de las causales de tipicidad alegadas por las partes en el trámite de la oposición? ¿Es posible sostener que existen dudas con relación a la prescripción?

En cuanto a estas interrogantes, el caso de la prescripción es el más sencillo. Cuando la Corte Suprema menciona que no debe existir “mayor controversia de que la acción penal se ha extinguido”, evidentemente acude a una controversia en los hechos y su demostración, desde una evaluación de los elementos de convicción aportados por el fiscal. El problema no se ubica en los alcances de la regla de prescripción o en el análisis de su suspensión, o en cualquier aspecto vinculado a la institución que se ubique estrictamente en el ámbito de la interpretación jurídica. Las dudas de carácter jurídico deben resolverse en el trámite del proceso, mediante el ejercicio de las técnicas de interpretación normativa. Para ser más claro, las dudas jurídicas deben resolverse en mérito al principio *iura novit curia*, que exige que el juez no solo conozca el derecho, sino también que elija la interpretación adecuada de la ley, y la motive, que es lo que en realidad significa “conocer el derecho”. Un juez de la investigación preparatoria no puede “trasladar” un problema de duda en la interpretación jurídica al juez o los jueces del juicio. El juicio es una *conditio sine qua non* para el debate probatorio, un debate sobre los hechos y las pruebas que acreditan su existencia; no para el debate jurídico. En dicha línea, es evidente que, en el ámbito de la prescripción, la certeza (y la duda) debe estar relacionada a cuestiones factuales, al momento de la comisión del delito, su extensión, permanencia, continuidad. Si existe un debate y persiste una duda sobre estos aspectos; y si es posible que el juicio arroje, en el debate probatorio, mayores luces frente a los alcances de esta situación, es evidente que se debe acudir al juicio oral; sin embargo, la clave está en que la controversia debe estar sujeta a un debate probatorio específico, por ejemplo, con relación a cuándo ocurrió el hecho. Estos son casos en los que se resuelve la controversia en el juicio oral a partir de la valoración de medios de prueba; no a partir de una controversia en virtud de distintas interpretaciones jurídicas que no están sustentadas en prueba alguna.

En línea con el razonamiento anterior, el mayor problema se presenta en el art. 344.2.b. Si la certeza o la duda con relación a estas cuestiones depende de una evaluación de los hechos y no del derecho, ¿es posible discutir en el control sustancial cuestiones vinculadas a la atipicidad, la existencia de una causa de justificación o a un presupuesto de la culpabilidad o la punibilidad? En el ámbito de la tipicidad y la antijuricidad la respuesta suele ser automática, en la medida que existe la tendencia de alinear estas interrogantes al medio de defensa técnico de la excepción de improcedencia de acción. La Corte Suprema ha zanjado esta cuestión en diversas resoluciones al señalar que esta excepción no constituye un mecanismo que evalúe el mérito probatorio. Y esto está bien, es imposible evaluar, vía un incidente como la excepción, cuestiones estrictamente vinculadas a un debate más amplio que requiere actuación probatoria, o cuando menos acudir a una evaluación, si se quiere superficial, de los elementos de convicción. Es un impedimento procesal necesario por una razón elemental, no puede perseguirse un sobreseimiento anticipado de una investigación en curso. No es posible evaluar el resultado de una fase inconclusa, que pretende el recojo de fuentes de prueba mediante una investigación de naturaleza progresiva.

No obstante, existe una diferencia sustancial entre evitar la evaluación de los elementos de convicción en el trámite de la excepción de improcedencia de acción y concluir que todas las cuestiones de la teoría del delito no deben ser probadas y constituyen siempre un problema de subsunción normativa. Un ejemplo claro es la legítima de defensa, una causa de justificación que evidentemente se sustenta en cuestiones de hecho que pueden y deben ser probadas a lo largo del proceso. Es necesario probar que existió una agresión ilegítima, cuál fue el medio empleado para repeler el ataque o demostrar la falta de provocación suficiente. Lo que pretendo sostener es que existe una diferencia entre entender que una excepción no admite pruebas —por eso es una excepción— y comprender que existen decisiones que se pueden sustentar en una causa de justificación, atipicidad, no punibilidad e inculpabilidad; mediante el análisis de los elementos de convicción que acreditan su presencia, desde luego, patente y clara. La legítima defensa es solo un ejemplo entre muchos otros.

Pues bien, la clave está en entender que esta indagación, en determinadas circunstancias límite, requiere estudiar elementos de convicción. Es cierto que estos casos no pueden ser resueltos vía excepción y sí vía la etapa intermedia, porque, como sostiene la Corte Suprema, si bien en la fase intermedia no existe actuación probatoria propiamente dicha, sí se evalúan los elementos de convicción, su suficiencia. Es decir, sí es posible evaluar situaciones patentes, que no

requieren de un juicio oral. Por lo tanto, en el supuesto establecido en el art. 344.2.b ocurre lo mismo que en lo señalado en el tratamiento de la prescripción. En el control sustancial, el juez debe tener certeza de la presencia de una causa de justificación, un supuesto de atipicidad, no punibilidad o inculpabilidad. La duda, aquella que obliga a progresar hacia el juicio oral para resolverla, nunca lo es sobre una interpretación normativa. Lo es sobre el soporte empírico de la decisión, y para eso es indispensable evaluar los elementos de convicción aportados por la acusación. A diferencia de la excepción de improcedencia de acción, aquí la evaluación de los elementos de convicción se justifica en dos motivos: primero, porque siendo aún una discusión acotada —no es un juicio oral— es una discusión mucho más amplia que la que se desarrolla en vía incidental; segundo, porque en la etapa intermedia ya se superó la investigación preparatoria, por lo que no se plantea una definición anticipada de un proceso penal que está en plena fase de recolección de fuentes de prueba⁷⁹.

Por otro lado, todo parece indicar que no estamos frente a una institución que afecte el principio acusatorio, por cuanto lo que precisamente se asume en la configuración de este principio, es que solo se puede acudir a la fase de juicio oral si una persona distinta al juez —en nuestro sistema solo el Ministerio Público— es la que introduce la acusación fiscal, entendida como un conjunto de hechos que configuran el objeto procesal penal que debe ser objeto de debate en el juicio. En este caso, evidentemente, estamos frente a una figura de carácter inverso, en la que el juez, de oficio o a pedido de parte, elige el sobreseimiento de la acción penal pese a la existencia de una acusación penal.

Cabe preguntarse si una disposición de esta naturaleza afecta la exclusividad del ejercicio de la acción penal del Ministerio Público. Podría sostenerse que existe una invasión de competencias del órgano jurisdiccional si se considera —como lo hacía el modelo anterior— que una vez presentado el requerimiento acusatorio solo existe una posibilidad: que el órgano jurisdiccional ordene la apertura del juicio oral para que luego emita una sentencia sobre el fondo del asunto, debidamente motivada y luego de un debate contradictorio en el que se haya cubierto

79 Esto ofrece un dato adicional para el análisis, la etapa intermedia, como se ha dicho, admite deducir una excepción de improcedencia de acción, por lo que, en este razonamiento, uno puede encontrar diferencias importantes entre cada mecanismo. La excepción planteada en la audiencia de control se limitará a un análisis de la subsunción normativa planteada por el fiscal en la acusación. El control sustancial, al amparo del art. 344.2.b, puede plantear, además, aspectos vinculados a la insuficiencia probatoria.

todos los extremos del objeto procesal. Sin embargo, es una disposición que debe interpretarse de manera restrictiva, en la medida que lo que exige su adopción es *absoluta certeza*. Como ya se dijo, la duda o la posibilidad de que subsista una controversia sobre los hechos y su prueba y, de que en el juicio oral se puedan presentar nuevos medios de prueba, obligan al órgano jurisdiccional a dictar el auto de enjuiciamiento con el propósito de que la causal de sobreseimiento alegada se discuta en el juicio oral. Si se sigue esta tendencia, el control sustancial de la acusación, en supuestos *evidentes*, no perjudica la noción del proceso acusatorio; de hecho, constituye una herramienta adicional para evitar juicios orales innecesarios que perjudiquen seriamente las garantías del imputado.

El nuevo Código Procesal Penal permite que el juez de la investigación preparatoria dicte el auto de sobreseimiento a pesar de la existencia de una acusación fiscal, tanto cuando medie una solicitud de parte como una solicitud de oficio.

Un proceso acusatorio, como el que regula el nuevo Código Procesal Penal, visualiza mucho mejor aquellas audiencias que se basan en el contradictorio y, para ello, resulta fundamental limitar la actuación de oficio del juez a supuestos absolutamente excepcionales. Además, es necesario que el juez de la investigación preparatoria asuma esa decisión luego de instar al pronunciamiento de las partes sobre la referida posibilidad, por lo que de ese modo el debate contradictorio se encuentra garantizado.

En dicha línea, es lógico que la resolución desestimatoria del juez sea inimpugnable (art. 352.4 del nuevo CPP) si se tiene en cuenta que el auto de enjuiciamiento no constituye una resolución que absuelva el grado, ya que solo confirma el paso hacia una nueva etapa en la que el imputado tiene plenas facultades para defenderse. En la fase del juicio oral pueden oponerse los mismos argumentos que han sido objeto de la audiencia preliminar e, incluso, se pueden aportar pruebas que justifiquen la pretensión defensiva.

No tiene sentido dilatar la celebración del juicio oral cuando aquí también pueden resolverse los mismos argumentos expuestos en la fase intermedia, y, además, a través de un órgano jurisdiccional distinto de aquel que emitió la resolución desestimatoria —el órgano unipersonal o colegiado encargado del juzgamiento—.

Por otro lado, la Corte Suprema sostiene que no es posible ejercer ambos controles —el formal y el sustancial— conjuntamente, sino *sucesivamente*. El art. 352.2 del nuevo CPP precisa que, si se advierten defectos que importan el

incumplimiento de requisitos establecidos en el art. 349.1 del nuevo CPP —en una discusión que debe preceder al análisis de los demás aspectos que deben tratarse en la audiencia preliminar—, lo pertinente es suspender la audiencia para su debida subsanación, luego de lo cual debe reanudarse⁸⁰. El control sustancial —de ser el caso— tiene lugar en un momento procesal distinto, luego de la subsanación de las observaciones de la acusación fiscal⁸¹.

Ahora bien, un dato interesante viene referido a la impugnación del auto de sobreseimiento que dicte el juez de la investigación preparatoria en aplicación del control sustancial (art. 352.4 del nuevo CPP), ya sea que se dicte a solicitud de parte, o de oficio. En estos casos, se aplican las mismas reglas que estudiáramos con relación a la impugnación del sobreseimiento⁸², la diferencia radica en que ahora sí, evidentemente, la apelación puede ser interpuesta por el fiscal si no está de acuerdo con el control sustancial y la correspondiente fundamentación del auto de sobreseimiento.

En una polémica resolución de la Sala de Apelaciones de Huaura, se resolvió declarar nulo un sobreseimiento que había sido solicitado por los imputados y concedido por el juez en aplicación del art. 352.3 del nuevo CPP, a pesar de la existencia de una acusación por parte del Ministerio Público. En la resolución se sostiene que, si bien no existió una oposición expresa para que se ordene la realización de una investigación suplementaria (de conformidad con el art. 345.2 del nuevo CPP), con la oposición a la solicitud de sobreseimiento planteada por los imputados y la acusación emitida por el representante del Ministerio Público existe una oposición implícita. Sobre la base de estos fundamentos, la Sala declara nula la resolución de sobreseimiento y “sugiere” al juez de la investigación preparatoria que, de ser el caso, considere admisible y fundada la investigación suplementaria, la ordene conforme a sus atribuciones.

80 VILLAVICENCIO RÍOS sostiene que, en algunos casos, el control formal carece de objeto, porque la causa será sobreseída. *Vid.* VILLAVICENCIO RÍOS, “La función judicial de control de la acusación fiscal”, art. cit., p. 233. Lo que sucede es que es muy peligroso declarar el sobreseimiento del proceso si la acusación no ha superado el control formal, por la sencilla razón de que el sobreseimiento puede ampararse en un error no corregido. Es necesario que el requerimiento sea completo para que el auto de sobreseimiento, que constituye cosa juzgada al ser definitivo, esté debidamente motivado. El control formal, necesariamente, debe realizarse antes del sustancial.

81 V PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIA, *Acuerdo Plenario N.º 6-2009*, Lima: 13 de noviembre del 2009, f. j. n.º 14.

82 *Vid. supra*, cap. III.

La resolución examinada, sin duda, distorsiona la regulación del control de sobreseimiento en la etapa intermedia. La apreciación de una oposición implícita es absolutamente improcedente. El art. 345.2 del nuevo CPP es muy claro en señalar que la oposición debe ser expresa, al punto, que incluso es necesaria la solicitud de realización de actos y medios de investigación adicionales específicos. En el mismo sentido, el art. 346.5 del nuevo CPP es muy claro en señalar que el juez debe considerar admisible y fundado el pedido de una de las partes, lo que evidentemente involucra evaluar la coherencia de la solicitud: si los actos de investigación solicitados son pertinentes y útiles, y si existe una posibilidad — real— de arribar a una conclusión distinta luego de su actuación.

Es obvio que esta regulación no admite otra lectura, la oposición a la solicitud de sobreseimiento y la propia acusación fiscal no permiten aplicar el art. 346.5 del nuevo CPP. Al menos debió existir una solicitud que exija, de una forma u otra, complementar la investigación con la realización de actos de investigación específicos, y ese no es el caso. La Sala asume de oficio una decisión que debió ser solicitada por las partes, prueba de ello es que luego no ordena, sino sugiere la realización de una investigación suplementaria⁸³. Sin embargo, lo más grave es que se invierte el orden que debe seguirse durante la audiencia de control de sobreseimiento. Si el fiscal formuló acusación es porque al evaluar los resultados de la investigación preparatoria consideró que existían medios de prueba suficientes para emitir una acusación y acudir al juicio oral, ergo, es imposible que su voluntad estuviera dirigida a solicitar una investigación complementaria.

La oposición que exige el art. 346.5 del nuevo CPP está expresamente dirigida a solicitar una ampliación, no se está frente a una oposición amplia que incluya cualquier controversia. Por lo tanto, una vez emitida la acusación, la po-

83 SALA DE APELACIONES DE HUAURA, *Expediente N.º 542-06 Huaura*: 14 de marzo del 2007, f. j. n.º 2. La resolución es bastante confusa. Primero sostiene que el proceso inició su trámite con el CdePP, en lo que parece una justificación para ordenar una investigación suplementaria sobre la base de los requisitos que aquel Código exige. Sin embargo, luego defiende la postura de una oposición implícita, es decir, el tenor de la resolución entiende que se cumple el requisito para decretar una investigación suplementaria, pero luego no la ordena, declara nula la resolución y solo se limita a sugerir la realización de una investigación suplementaria. Desde ya, la resolución carece de lógica, porque justifica la nulidad de la resolución en aplicación del art. 346.5 nuevo CPP y, luego, no ordena la realización de una investigación suplementaria. Lo que es más grave, declara nulo el auto, pero no describe cuál es la nulidad absoluta o sustancial de la resolución (art. 409.1 del nuevo CPP), la misma que por cierto no puede sustentarse solo en una investigación supuestamente incompleta.

sibilidad de solicitar una investigación suplementaria precluye y esta no puede ser ordenada durante la audiencia de control de la acusación, pues ello constituye una clara violación del código rituario.

La Sala debió evaluar si existía alguna nulidad sustancial, en la medida que la posibilidad de dictar sobreseimiento en aplicación del art. 352.4 del nuevo CPP —tal como lo ha señalado la Corte Suprema— solo se da cuando la presencia de los requisitos de sobreseimiento es *patente* o *palmaria*. Además, el art. 352.4 del nuevo CPP exige que el juez determine la imposibilidad de incorporar al juicio nuevos elementos de prueba. Según el razonamiento de la Sala, existe una errónea aplicación de la norma procesal, porque evidentemente estos presupuestos no se cumplían en el caso concreto.

3. Excepciones y otros medios de defensa

El art. 350.1 del nuevo CPP permite deducir *excepciones* y otros *medios de defensa*, cuando no hayan sido planteadas con anterioridad o se funden en hechos nuevos.

No estamos, en sentido estricto, ante una posibilidad de un control de la acusación, sino ante una discusión incidental con relación a ciertos *presupuestos procesales* que pueden revisarse en la etapa intermedia y cuyo resultado puede influir en el objeto procesal, al punto de evitar la realización del juicio oral. La etapa intermedia otorga una “última oportunidad” a los sujetos procesales para deducir los medios de defensa que puedan impedir la apertura del juicio.

Cuando el CPP hace mención a la deducción de “excepciones” y “otros medios de defensa”, sin duda, se refiere a la cuestión previa (art. 4 del nuevo CPP), la cuestión prejudicial (art. 5 del nuevo CPP)⁸⁴ y a las excepciones de naturaleza de juicio, improcedencia de acción, cosa juzgada, amnistía y prescripción (art. 6 del nuevo CPP). La absolución de cada uno de estos medios de defensa importa distintas consecuencias para el desarrollo y continuación del proceso penal.

Con relación al procedimiento, el art. 352.3 del nuevo CPP establece que, de estimarse cualquier excepción o medio de defensa, el juez expedirá en la mis-

84 El caso de la cuestión prejudicial es curioso porque el art. 7.2 del nuevo CPP dispone que “la cuestión previa y las excepciones también se pueden deducir en la etapa intermedia”, pero no menciona a la cuestión prejudicial. Sin embargo, el término “medios de defensa” es claro y, además, el plural indica que también la incluye.

ma audiencia —se refiere a la preliminar— la resolución que corresponda. Lo importante de esta norma es que menciona que contra ella procede recurso de apelación, que no impide la continuación del procedimiento.

3.1. La cuestión previa

Este medio de defensa procede cuando el fiscal decide continuar con la investigación preparatoria y omite un requisito de procedibilidad explícitamente previsto en la ley. De conformidad con el art. 4 del nuevo CPP, si el órgano jurisdiccional la declara fundada, se anulará lo actuado y se debe *reiniciar* la investigación preparatoria luego de que el requisito omitido sea satisfecho. Por lo tanto, si se verifica la omisión de una condición de procedibilidad recién en la etapa intermedia, solo cabe anular lo actuado y tenerse por *no presentada* la disposición de formalización de la investigación preparatoria dispuesta por el fiscal. La cuestión previa tiene un efecto de carácter *anulatorio* porque, si la acción fue mal promovida, no cabe otra opción que anular lo actuado con posterioridad a esta; y un efecto de carácter *extensivo*, pues comprende a todos los que resulten procesados por el mismo delito donde aparezca acreditado el no cumplimiento de la condición de procedibilidad⁸⁵ (art. 8.6 del nuevo CPP).

En tal virtud, la resolución que declara fundada la cuestión previa tiene efectos similares al auto de sobreseimiento, con la diferencia —importante— de que el archivo no constituye cosa juzgada. Esto en la medida que la omisión puede ser subsanada, el auto que la ampara no se pronuncia sobre el mérito de la imputación, es un auto o sentencia de improcedibilidad, por lo que luego es posible volver a intentar la acción⁸⁶. No obstante, debe quedar claro que la verificación de la omisión no supone, en ningún caso, que se suspenda el proceso a resultas de subsanar el incumplimiento del requisito de procedibilidad. El nuevo Código Procesal Penal es muy claro en mencionar que cumplido este trámite, se puede *reiniciar* (no continuar) la investigación. Esto último es importante porque permite incluir este presupuesto procesal como uno que influye en la marcha del proceso, a tal punto que determina su archivo definitivo. En caso de que la omisión pudiera ser subsanada, y en esa línea pudiera continuarse el procedimiento en curso, entonces estaríamos frente a un control formal que podría haber sido observado en el ámbito del 350.1.a para ser subsanado en la etapa intermedia

85 SAN MARTÍN CASTRO, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 374.

86 *Ibid.*, p. 375.

y continuar con el proceso, pero evidentemente no es el caso. Esta es una consecuencia importante para la etapa intermedia, sobre todo si se toma en cuenta que la investigación ha concluido y que existe una acusación fiscal que introduce una pretensión de condena. El efecto anulatorio involucra que ni los actos de investigación ni, sobre todo, la acusación fiscal pueden ser considerados en la nueva investigación que pudiera iniciarse si se cumple con la omisión detectada.

Finalmente, un dato fundamental radica en el hecho que el “hábitat” natural de la cuestión previa es la investigación preparatoria. En la mayoría de los casos, la ausencia de un requisito de procedibilidad podrá ser “denunciada” en esta etapa y, si se declara fundada, se anula lo actuado sin necesidad de arribar a la etapa intermedia. Si la cuestión previa no se dedujo en sede preliminar, por la razón que fuera, será posible deducirla en la etapa de investigación preparatoria; pero, si se deduce durante la investigación y la misma se declara infundada, es muy difícil establecer que existan “hechos nuevos” que permitan declarar fundada una cuestión previa posterior.

El requisito de procedibilidad es un presupuesto procesal que debe cumplirse antes de la formalización de la investigación, y es materialmente imposible que en el desarrollo del proceso penal surjan cuestiones que permitan la acreditación de una omisión procesal que no pudo verificarse en la etapa preliminar. Más que identificar la referencia a los “hechos nuevos”, como el desarrollo de eventos posteriores a la cuestión previa anteriormente deducida, se debe vincular esa afirmación a una que haga referencia a la existencia de *nuevos fundamentos*⁸⁷. Puede suceder que la primera cuestión previa se amparó en un requisito de procedibilidad distinto al que se ampara la segunda y, por lo tanto, es posible resolver esta última en la etapa intermedia, aun cuando exista una cuestión previa anterior declarada infundada.

3.2. La cuestión prejudicial

El art. 5 del nuevo CPP menciona que la cuestión prejudicial procede cuando el fiscal decide continuar con la investigación preparatoria pese a que fuere necesaria en vía extrapenal una declaración vinculada al carácter delictuoso del hecho.

87 En realidad, la necesidad de interpretar esta frase como “nuevos fundamentos” y no “hechos nuevos” es aplicable a todos los medios de defensa que, en general, se pueden deducir en la etapa intermedia.

Por “cuestiones prejudiciales” —no penales— cabe entender a aquellas configuraciones de la ley penal sustantiva que exigen, para poder dictar sentencia, entrar a dilucidar relaciones jurídicas propias de otro orden jurisdiccional, que operan como antecedente lógico del silogismo en que se ha de fundar la sentencia penal (como puede ser la determinación previa de si la conducta se ha proyectado sobre una «cosa mueble», sobre un «derecho real de dominio» o si ha recibido un depósito, etc.).

Son cuestiones no devolutivas aquellas en las que el propio juez penal debe resolver las relaciones jurídicas, y devolutivas, aquellas en las que el orden jurisdiccional correspondiente debe resolverla; en ambos casos, antes de enjuiciar el objeto procesal penal⁸⁸. Sin duda, el art. 5 del nuevo CPP incorpora las cuestiones prejudiciales de carácter devolutivo. De ahí, la importancia que tienen estas cuestiones para efectos de clausurar la etapa intermedia. La prejudicialidad tiene su razón de ser en la unidad de respuesta del ordenamiento jurídico y en la especialización de los órganos jurisdiccionales⁸⁹. Además, supone un problema de distribución del trabajo enjuiciador en el que juega un papel de relieve el carácter problemático, o no, del uso o del recurso a conceptos e institutos jurídicos de una rama del ordenamiento distinta de la correspondiente al orden jurisdiccional penal⁹⁰.

En efecto, existe una “causa prejudicial” cuando la relación o situación jurídica extrapenal es determinante para que se pueda afirmar la responsabilidad penal del imputado, no basta que condicione la gravedad de la pena a imponer⁹¹.

En cuanto a sus efectos, si la cuestión prejudicial se declara fundada, el proceso penal se *suspende* hasta que en la otra vía se establezca una resolución firme. Además, tiene un efecto extensivo porque beneficia a todos los imputados que se encuentren en igual situación jurídica (art. 5.2 del nuevo CPP). De lo resuelto en la vía extrapenal depende la prosecución o el sobreseimiento definitivo de la causa (art. 5.4 del CPP).

88 ARMENTA DEU, Teresa, *Lecciones de derecho procesal penal*, 3.ª ed., Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 117.

89 SAN MARTÍN CASTRO, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 349.

90 DE LA OLIVA SANTOS, Andrés; Sara ARAGONESES MARTÍNEZ; Rafael HINOJOSA SEGOVIA; José Antonio TOMÉ GARCÍA y Julio MUERZA ESPARZA, *Derecho procesal penal*, 6.ª ed., Madrid: Ramón Areces, 2003, p. 254.

91 SAN MARTÍN CASTRO, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 351.

3.3. La excepción de naturaleza de juicio

Esta excepción procede cuando se ha dado al proceso una sustanciación distinta a la prevista en la ley (art. 6.1.a del nuevo CPP). La excepción de naturaleza de juicio constituye un remedio procesal que no resuelve el fondo del asunto, solo el procedimiento a seguir. No pone en tela de juicio la imputación penal —si el hecho denunciado es o no constitutivo de infracción penal—, la calificación jurídica del hecho o la existencia de requisitos de procedibilidad o perseguibilidad⁹². Por lo tanto, es una excepción que produce el efecto de regularizar el procedimiento, asignar a la causa la vía procesal correspondiente, al punto de que los actos procesales efectuados con anterioridad a la regularización conservan validez en cuanto sean compatibles con el trámite correspondiente⁹³.

Un dato importante es que en el nuevo proceso común esta irregularidad procesal se presentará en la etapa intermedia en supuestos excepcionales, en la medida que, en el ámbito de los delitos perseguibles por acción pública, la competencia del órgano jurisdiccional encargado del juzgamiento se fija con posterioridad a la etapa intermedia —auto de citación a juicio—.

En todo caso, aún es posible cuestionar la sustanciación del procedimiento cuando el hecho imputado es una falta o se trata un delito perseguible por acción privada, etc. Cuando se declare fundada esta excepción, en sentido estricto, estaremos ante un control que obliga a sustanciar el procedimiento expresamente regulado en la ley. No obstante, tal excepción tampoco puede interpretarse como un “control formal”, en tanto y en cuanto exige variar la competencia y el procedimiento, lo que importa consecuencias prácticas que trascienden el ámbito de las aclaraciones o modificaciones formales.

3.4. Las demás excepciones

Las excepciones de improcedencia de acción, cosa juzgada, amnistía y prescripción (art. 6 del nuevo CPP) comparten un rasgo común durante la audiencia preliminar: todas ellas son causales de sobreseimiento expresamente previstas en el art. 344.2 del nuevo CPP.

92 *Ibid.*, p. 385.

93 ORÉ GUARDIA, Arsenio, *Manual de derecho procesal penal*, Lima: Alternativas, 1996, p. 217.

Tal como se analizó anteriormente, el literal b) del art. 344.2 incluye los supuestos de atipicidad (el hecho no constituye delito) y de no punibilidad (no es justiciable penalmente). Por su parte, el literal c), al incluir las causales de extinción de la acción penal, contiene —por mandato constitucional— a la amnistía, la cosa juzgada y la prescripción.

Y esto es lógico si se tiene en cuenta que un sector de la doctrina nacional califica estas excepciones como sobreseimientos especiales, porque el archivo del proceso constituye, en rigor, el sobreseimiento definitivo del proceso, dejándose imprejuzgada la causa⁹⁴. De hecho, esta es la postura del nuevo CPP cuando menciona que si se declara fundada cualquiera de las excepciones —con excepción de la de naturaleza de juicio—, el proceso será *sobreseído* definitivamente (art. 6 del nuevo CPP).

En el caso de la excepción de improcedencia de acción, la Corte Suprema ha fijado ciertos criterios para su tratamiento: 1) cuando se deduce una excepción de improcedencia de acción debe partirse de los hechos descritos por la disposición de formalización de la investigación preparatoria; 2) corresponde realizar un juicio de subsunción normativa del hecho atribuido a un injusto penal o a la punibilidad; 3) no es posible —en este medio técnico de defensa— revisar el material instructorio para definir los hechos y su mérito; y 4) constituye un momento procesal inoportuno para realizar inferencias probatorias⁹⁵.

El problema fundamental que afronta la posibilidad de deducir excepciones en la etapa intermedia es que se crea una “doble vía” para cuestionar el título de imputación propuesto por el fiscal, porque, una vez notificada la acusación, también es posible solicitar el sobreseimiento (art. 350.1.d del nuevo CPP), el que puede ser dictado por el juez —en fase intermedia— si es que se cumple —claramente— con alguna de las causales establecidas por el art. 344.2 (art. 352.4 del nuevo CPP).

El art. 352.3 establece que “de estimarse” cualquier excepción o medio de defensa, el juez expedirá, en la misma audiencia preliminar, la resolución que corresponda. Contra dicha resolución procede recurso de apelación y la impugnación no impide la continuación del procedimiento.

94 SAN MARTÍN CASTRO, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 621.

95 SALA PENAL TRANSITORIA (ponente: Sr. juez SAN MARTÍN CASTRO), *Casación N.º 407-2015 Tacna*, Lima: 7 de julio del 2016.

La diferencia que se apuntaba anteriormente queda reflejada en esta disposición y es bastante clara. Como ya se dijo, el acusado puede pedir el sobreseimiento, a pesar de la existencia de una acusación, cuando el hecho imputado no constituye delito o no es justiciable penalmente (art. 344.2 del nuevo CPP). Sin embargo, tal como lo indica el art. 352.4, la resolución del juez de la investigación preparatoria que desestima el pedido no es impugnabile, pero si el acusado utiliza la vía de la excepción, sí podrá interponer recurso de apelación conforme al art. 352.3 del nuevo CPP. De hecho, la Corte Suprema realiza una interpretación extensiva de esta norma, de la cual podría desprenderse que solo procede recurso impugnatorio contra las resoluciones que “estiman” la excepción. Entiende el tribunal que “resulta razonable completar (sic.) el mensaje normativo con lo expuesto en el art. 416.1.b del nuevo CPP y realizar una interpretación analógica *in bonam partem* con el art. VII del título preliminar a fin de permitir la apelación en ambos casos (fundada e infundada)⁹⁶.

Esto confirma lo que hemos sostenido con relación a la diferencia entre deducir una excepción de improcedencia de acción en la etapa intermedia; y, solicitar un control sustancial al amparo del art. 344.2.b del nuevo CPP. En la excepción no se admiten pruebas, ni una valoración de los elementos de convicción, por lo tanto, puede someterse esta decisión al superior jerárquico, que deberá evaluar si existe una correcta subsunción normativa, en atención a una evaluación de la disposición de formalización de la investigación preparatoria y la acusación, que constituyen base suficiente para evaluar si el hecho —imputado, acusado— no constituye delito o no es justiciable penalmente. En el trámite del control sustancial, se reconoce que lo que corresponde evaluar son los elementos de convicción, su suficiencia. En estos casos, el legislador no opta por una impugnación del rechazo de ese control, porque entiende, que estas cuestiones deben ser resueltas en el juicio oral, con un debate probatorio más amplio.

Un dato importante consiste en analizar a qué se refiere el art. 352.3 del nuevo CPP cuando establece que la impugnación contra el auto que resuelva los medios de defensa planteados en la etapa intermedia *no impide la continuación del procedimiento*. Evidentemente, la norma hace referencia a los casos en los que la cuestión previa, la cuestión prejudicial o alguna excepción es declarada infundada. Si esto ocurre, los efectos suspensivos de la apelación no involucran la paralización del proceso penal. Solo si luego la Sala revoca el auto de primera

96 PRIMERA SALA PENAL TRANSITORIA (ponente: Sr. juez LECAROS CORNEJO), *Casación N.º 893-2016 Lambayeque*, Lima: 20 de abril del 2018, f. j. n.º 6.

instancia, entonces el proceso debe archivarse definitivamente en el estado en que se encuentre el juicio oral. No obstante, si alguna de estas excepciones o medios de defensa se declara fundado, el archivo del proceso, aun cuando condicionado a la resolución de segunda instancia —no constituye cosa juzgada—, sí involucra la paralización del procedimiento. Porque, si bien una vez que ha interpuesto recurso impugnatorio no opera la anulación (cuestión previa), la suspensión (cuestión prejudicial) o el archivo (excepciones) con carácter definitivo (efecto suspensivo), sí opera la pérdida de competencia del órgano *a quo* para seguir conociendo del proceso en el que se ha dictado la resolución impugnada. Esto significa que solo si la Sala confirma el auto, operará la suspensión, anulación o archivo, en forma definitiva.

Es interesante aclarar aquí varias líneas de análisis. En el caso de la cuestión previa, no se anulará *definitivamente* lo actuado hasta que no se resuelva el recurso y se confirme el auto de primera instancia. La cuestión prejudicial supone una suspensión del proceso penal, por lo tanto, se presenta un escenario curioso donde los efectos suspensivos de la apelación deberían “suspender la suspensión del proceso penal”. Pero no es así, lo que ocurre es que, con la impugnación, como se ha dicho, el *a quo* pierde competencia. Si la Sala confirma el auto, recién se suspenderá el proceso en los términos exigidos por la cuestión prejudicial, esto es, el proceso dependerá, *necesariamente*, de la resolución de una controversia en la vía extrapenal. Por lo tanto, este es el efecto que suspende la apelación, mientras no se resuelva el recurso impugnatorio interpuesto y se confirme el auto, no existe la exigencia ineludible de acudir a la vía extrapenal para propiciar la continuación del proceso penal. Con las excepciones, el caso es más claro. Estas disponen el archivo del proceso. Si se interpone un recurso impugnatorio, el archivo será definitivo solo cuando se confirme el auto en primera instancia. Mientras ello no ocurra, se suspenden los efectos del sobreseimiento especial, pero el *a quo* pierde competencia para continuar con el proceso penal, solo podrá hacerlo si se revoca el auto en segunda instancia. Lo mismo sucede con la excepción de naturaleza de juicio, al exigir una adecuación del procedimiento, esta solo opera con la confirmación en segunda instancia, mientras tanto el *a quo* también pierde competencia para continuar.

Por otro lado, el proceso penal debe continuar cuando el juez de la investigación preparatoria declare infundada la excepción u otro medio de defensa o cuando la Sala revoque el auto de primera instancia que lo declaró fundado. En estos casos, el *a quo* no pierde competencia para seguir conociendo el proceso penal porque su decisión no supone el archivo. Debe quedar claro que el art. 418 del nuevo CPP regula la suspensión de los efectos del auto impugnado, no la suspensión del proce-

so. Esta última se da cuando la decisión involucra la declaración judicial de archivo, y, si bien la presencia de un recurso impugnatorio determina que el archivo no es definitivo hasta la resolución de segunda instancia (ahí radica el efecto suspensivo), es obvio que el proceso no debe continuar hasta que se absuelva el grado. Sin embargo, cuando el medio de defensa es declarado infundado, es distinto. El proceso sigue porque tiene que seguir, el *a quo* no ha perdido competencia ni es necesario suspender efecto alguno, por cuanto una resolución que rechaza un medio técnico de defensa no acarrea ni debe acarrear efecto alguno.

Si no se sigue este criterio, la deducción de excepciones y otros medios de defensa con el propósito de «sanear» el proceso penal no tendría sentido. Un propósito fundamental de esta opción es evitar juicios orales innecesarios, y este peligro es mucho más latente cuando ya existe una decisión del órgano jurisdiccional que declara la atipicidad o no punibilidad de la conducta, la extinción de la acción, la suspensión del procedimiento o la anulación de lo actuado.

4. Criterio de oportunidad

Cuando el art. 350.1.e del nuevo CPP establece que, luego de recibida la notificación de la acusación, las partes pueden instar a la aplicación de un “criterio de oportunidad”, queda la duda de exactamente a qué criterio se refiere.

Una de las incógnitas que se ha planteado es si es acaso posible que en esta fase se apliquen los mecanismos alternativos que buscan respuestas basadas en la idea del consenso (terminación anticipada, conformidad procesal y colaboración eficaz), los mismos que están sometidos a un procedimiento determinado, que no opera bajo las reglas del proceso común.

Al respecto, la Corte Suprema ha establecido que, si bien el art. 350.1.e del nuevo CPP prescribe que en la etapa intermedia se puede aplicar un “criterio de oportunidad”, tal referencia, sistemáticamente, solo remite al art. 2 del nuevo CPP (el principio de oportunidad). La confusión se debe a que el antecedente directo del principio de oportunidad es el art. 230 del Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica, que denomina a este dispositivo “criterios de oportunidad”, los cuales, como se observa de su tenor, son los supuestos previstos en el mencionado art. 2 del Código⁹⁷.

97 V PLENO JURISDICCIONAL DE LA SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIAS, *Acuerdo Plenario N.º 5-2008*, Lima: 13 de noviembre del 2009.

En dicha línea, el art. 2 del nuevo CPP establece que el Ministerio Público, de oficio o a pedido del imputado y con su consentimiento, podrá abstenerse de ejercitar la acción penal cuando:

- a) El agente haya sido afectado gravemente por las consecuencias de su delito (culposo o doloso) siempre que sea reprimido con pena privativa de libertad no mayor de cuatro años.
- b) Se trate de delitos que no afecten gravemente el interés público, salvo cuando el extremo mínimo de la pena supere los dos años de pena privativa de libertad, o hubieran sido cometidos por funcionario público en ejercicio de su cargo.
- c) Cuando conforme a las circunstancias del hecho y las condiciones personales del denunciado (imputado, acusado), el fiscal puede apreciar que concurren los supuestos atenuantes de los arts. 14, 15, 16, 21, 22 y 25 del CP y advierta que no existe un interés público gravemente comprometido en su persecución y, siempre, que no se trate de un delito cuya sanción sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad o cometido por funcionario público en ejercicio de su cargo.

En los supuestos previstos en los literales b) y c), es necesario que el agente hubiere reparado los daños y perjuicios ocasionados o exista acuerdo con el agraviado en ese sentido.

Ahora bien, si se tiene en cuenta que se está ante un estadio en el que la acción penal ya ha sido promovida (de hecho, la acusación ya fue formulada), es necesario adecuar a la etapa intermedia lo dispuesto por el art. 2.7 del nuevo CPP.

El acusado tendrá que proponer, en la audiencia de control de sobreseimiento, la aplicación del principio de oportunidad. Debe quedar claro que es una potestad que el art. 350 del nuevo CPP atribuye a los “demás sujetos procesales” (se entiende, a aquellos distintos al fiscal); en esa línea, es evidente que el sujeto legitimado para solicitar la aplicación del principio es el *acusado*. Aunque no debe descartarse la posibilidad de que quien inste a la aplicación del principio sea el tercero civil, que requerirá la aprobación del acusado en la audiencia, como condición necesaria para que el principio de oportunidad pueda ser aplicado.

Por su parte, el fiscal también debe aceptar la aplicación del principio. Además, siguiendo la propia norma, el agraviado debe encontrarse presente en la audiencia de control, aunque bien es cierto que no puede oponerse.

Si el fiscal y el acusado están de acuerdo en aplicar el principio de oportunidad, el juez deberá promover un acuerdo reparatorio entre el acusado y la víctima. Si no existe acuerdo, el juez fijará la reparación civil que considere oportuna. La resolución de sobreseimiento que dicte el juez no es impugnabile, salvo el extremo de la reparación civil si es que no existió acuerdo entre él, la víctima y el acusado.

Por otro lado, el art. 2.6 del nuevo CPP autoriza un acuerdo reparatorio en los delitos previstos y sancionados en los arts. 122, 149, 185, 187, 189-A primer párrafo, 190, 191, 192, 193, 196, 197, 198, 205, 215 del CP, y en los delitos culposos (con excepción de los casos en los que haya pluralidad de víctimas o concurso con otro delito, salvo que, en este último caso, sea de menor gravedad o afecte bienes jurídicos disponibles). En estos casos, basta que el imputado presente —en la audiencia de control de la acusación— el acuerdo reparatorio en un instrumento público o documento privado legalizado notarialmente para que el juez dicte el auto de sobreseimiento. En este caso no es necesaria la aprobación del Ministerio Público.

Es importante tener en cuenta que el acuerdo reparatorio regulado por el art. 2 del nuevo CPP tiene una lógica marcada por el hecho de que, en realidad, aún no se ha ejercitado la acción penal y, en consecuencia, es lógico que no exista un tercero civil legítimamente incorporado al proceso. Sin embargo, al ser esta aplicación del principio de oportunidad una que se realiza en la etapa intermedia, considero que debería ser posible que también pueda existir un acuerdo reparatorio entre el tercero y la víctima.

Es decir, sigue siendo fundamental que el acusado consienta la aplicación del principio; no obstante, puede aceptarlo antes, durante o después de un acuerdo reparatorio entre el tercero y el agraviado y, en esa línea, si este consta en instrumento público o en documento legalizado notarialmente, se configura en un documento que permite dictar el sobreseimiento del proceso sin la necesidad de una audiencia previa. Bastará que el juez acredite la disposición del acusado para someterse a la aplicación del principio.

5. Admisión de medios de prueba

Los medios de prueba aportados en la acusación por el Ministerio Público y por los demás sujetos procesales en la audiencia preliminar (art. 350.1.f del nuevo CPP) involucran el cumplimiento de ciertas reglas que deben ser respetadas durante su ejercicio.

El fiscal debe presentar la lista de testigos y peritos con indicación de nombre y domicilio, y además debe precisar los puntos sobre los que habrán de recaer sus declaraciones o exposiciones. Asimismo, debe hacer una reseña de los demás medios de prueba ofrecidos (art. 349.1.h del nuevo CPP).

Lo mismo ocurre con el resto de sujetos procesales, ellos también pueden ofrecer pruebas para el juicio, y están obligados a adjuntar la lista de testigos y peritos que deban ser convocados al debate, con indicación de nombre, profesión y domicilio. Deben precisar los hechos acerca de los cuáles serán examinados en el curso del debate y tienen la posibilidad de presentar documentos que no pudieron ser incorporados antes al proceso o señalar el lugar donde se hallan los que deben ser requeridos.

Cuando el art. 349.1.h del nuevo CPP establece que es necesario ofrecer la lista de testigos y peritos que deben ser convocados y precisar los hechos acerca de los cuales serán examinados en el curso del debate, se está frente a una regla que posibilita calificar la pertinencia del medio de prueba. Conocer los hechos respecto de los cuales serán examinados permite acudir a un análisis de la admisibilidad del medio de prueba y graficar por qué es importante la misma en el ámbito de la definición del objeto procesal. Sin embargo, esto no significa que se deba incorporar una “lista de preguntas” o un “pliego de deposiciones”, en la medida que rige el principio de oralidad y la ejecución de la prueba debe realizarse bajo la técnica del *cross examination* y la inmediación del juzgador⁹⁸. Cumplido este trámite por los sujetos procesales, debe discutirse en la audiencia la admisibilidad de las solicitudes ante el juez de la investigación preparatoria, quien debe resolver con base a lo siguiente: “[l]a petición debe contener la especificación del probable aporte a obtener para el mejor conocimiento del caso” (art. 352.5.a del nuevo CPP).

Esta disposición obliga a diferenciar la admisibilidad de la petición de la admisión de los medios de prueba que podrán ser actuados en el juicio. La petición debe expresar cuál es el aporte que cada medio de prueba supondrá para el proceso, en tanto esa descripción es la piedra angular para que el juez, en la etapa intermedia, evalúe la pertinencia y utilidad.

En cualquier caso, si bien el ofrecimiento de pruebas se presenta por escrito, tanto en la acusación como en el ámbito de la regulación del art. 350.1.f, lo cierto

98 GIMENO SENDRA, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 621.

es que la admisión de las pruebas debe discutirse en la audiencia preliminar (art. 351 del nuevo CPP) y resulta coherente que si no existe en la petición escrita la especificación del probable aporte del medio de prueba propuesto, pueda subsanarse esta cuestión en la misma audiencia. El juez puede solicitar en el mismo acto que tanto el fiscal como las demás partes procesales cumplan con la especificación requerida en forma oral, para luego analizar si los medios de prueba deben ser admitidos. Esto es lógico sobre todo si se tiene en cuenta que la propia petición escrita también debe ser expresada oralmente en la audiencia, y debatida. No tendría sentido que fuera posible rechazar la admisibilidad del ofrecimiento de una prueba por una omisión que puede ser fácilmente corregida en la audiencia.

5.1. El acto probatorio propuesto debe ser pertinente, conducente y útil

Una vez que los sujetos procesales —incluido el fiscal— han especificado en la audiencia cuál es el *aporte* que se pretende con el ofrecimiento de cada uno de los medios de prueba, el juez se encuentra en condiciones de analizar la *pertinencia*, *conducencia* y *utilidad* de la prueba.

El principio de *pertinencia* exige una relación lógica entre el medio y el hecho por probar. Medio de prueba pertinente será aquel que de alguna manera haga referencia al hecho que constituye el objeto del proceso. Prueba impertinente es la que no tiene vinculación con el objeto del proceso, porque no puede inferirse del mismo ninguna referencia directa ni indirecta al objeto procesal o, en su caso, con un objeto accesorio o incidental que sea menester resolver para decidir sobre el principal⁹⁹.

La *conducencia* de la prueba persigue un doble fin: evitar un gasto inútil de tiempo, trabajo y dinero, pues la inconducencia significa que el medio que quiere utilizarse es ineficaz para demostrar, así sea en concurrencia con otros, el hecho a que se refiere; y proteger la seriedad de la prueba en consideración a la función de interés público que desempeña, para así evitar que se entorpezca y dificulte la actividad probatoria con medios que, de antemano, se sabe no prestarán servicio alguno al proceso¹⁰⁰.

99 TALAVERA ELGUERA, *La prueba en el nuevo proceso penal*, ob. cit., p. 54.

100 DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, t. I, 5.ª ed., Bogotá: Temis, 2002, p. 321.

Para calificar una prueba como conducente, se exigen dos requisitos: que el medio respectivo esté en general autorizado y no prohibido expresa o tácitamente por la ley, o que el juez lo considere lícito cuando goce de libertad para admitir los medios que considere revestidos de valor probatorio; y que el medio solicitado o presentado, válido en general como instrumento de prueba, no esté prohibido en particular por la ley, para el hecho que con él se pretende probar, que no exista prohibición legal expresa para el caso concreto¹⁰¹. Por lo que también es posible que las partes objeten los medios de prueba cuando se consideren ilícitos (art. 159 del nuevo CPP).

El requisito de *utilidad* del medio de prueba exige que sea útil desde el punto de vista procesal, es decir, debe prestar algún servicio, ser necesario o, por lo menos, conveniente, para ayudar a obtener la convicción del juez respecto de los hechos principales o accesorios. Debe analizarse su importancia, idoneidad y eficacia, será inútil aquel elemento que carezca de toda importancia para verificar el hecho investigado¹⁰².

Estamos frente a una serie de supuestos que responden al principio de economía procesal, el juez de la investigación preparatoria ejerce en la etapa intermedia una función de saneamiento procesal que exige evitar dilaciones maliciosas y que promueve la realización de un juicio oral ágil, eficaz y coherente. Es necesario realizar un análisis mínimo de los medios de prueba y evitar cualquier actuación inútil o impertinente que no brinde ninguna información relevante.

Por lo tanto, los medios de prueba serán pertinentes y útiles cuando guarden relación con la teoría del caso propuesta por el fiscal y la defensa. Puede suceder que la teoría del caso consista en admitir que su patrocinado realizó los hechos, pero negar la realización de la conducta típica que propone el fiscal y exigir la aplicación de un tipo penal más leve. Puede sostenerse la inocencia del acusado, o presentar los medios que acrediten la existencia de una causa de justificación, etc.¹⁰³

Un dato interesante lo constituye el análisis de si es acaso posible que el juez realice un control de oficio de los medios de prueba cuando no exista una alegación expresa de alguna de las partes. La doctrina nacional se inclina por

101 *Loc. cit.*

102 JAUCHEN, Eduardo, *Tratado de la prueba en materia penal*, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 25.

103 VILLAVICENCIO RÍOS, "La función judicial de control de la acusación fiscal", art. cit., p. 239.

considerar que ello sí es posible, si se tiene en cuenta que el juez está vinculado al esclarecimiento de los hechos¹⁰⁴; sin embargo, debe propiciar el debate en torno a la hipótesis que permita declarar la inadmisibilidad de determinado medio probatorio.

En dicha línea, el nuevo Código Procesal Penal establece en su art. 352.5.b que el juez, al momento de resolver la admisión del acto probatorio, debe disponer de todo lo necesario para que el medio de prueba se actúe oportunamente en el juicio. La decisión que se dicte no es recurrible.

6. Las convenciones probatorias

Las convenciones probatorias constituyen una excepción al principio de necesidad de prueba. Son acuerdos celebrados en la etapa intermedia para tener por probados alguno o algunos hechos o circunstancias, así como sobre los medios de prueba que deban ser utilizados para probar determinados hechos¹⁰⁵.

Para que se produzca la convención probatoria, se requiere el consenso de las partes principales y adversarias: el fiscal y la defensa, respecto de la pretensión penal y civil —si fuera el caso—; el actor civil y la defensa respecto de la pretensión civil, y el tercero civil y el actor civil respecto de la pretensión civil¹⁰⁶.

Evidentemente, estamos frente a otra disposición que promueve la economía procesal, en la medida que intenta suprimir el debate de aquellas cuestiones que, en realidad, no suscitan una controversia entre las partes. Sin embargo, es una medida que puede afectar seriamente la búsqueda de la verdad y debe ser controlada por el juez de la investigación preparatoria.

El derecho a la presunción de inocencia establece que toda persona debe ser considerada inocente y debe ser tratada como tal mientras no se demuestre lo contrario o se haya declarado su responsabilidad penal mediante sentencia firme debidamente motivada (art. II.1 del título preliminar del nuevo CPP).

El deber de “demostrar lo contrario” recae en el Ministerio Público, que tiene el deber de la carga de la prueba (art. IV. I del título preliminar del nuevo CPP). Por lo tanto, es esta una regla que constituye un límite importante para

104 *Ibid.*, p. 241.

105 TALAVERA ELGUERA, *La prueba en el nuevo proceso penal*, ob. cit., p. 61.

106 *Loc. cit.*

las convenciones probatorias. Si la confesión del imputado, en forma aislada, no constituye base suficiente para considerar que existe una mínima actividad probatoria de cargo, entonces el acusado tampoco tiene absoluta libertad para liberar al fiscal del cumplimiento del deber de la carga de la prueba. Es por esta razón que el art. 350.2 del nuevo CPP establece que el juez puede desvincularse de esos acuerdos, pero debe hacerlo motivando su decisión, debe exponer los motivos que justifican la desvinculación. Por regla general, las convenciones probatorias no deben versar sobre aspectos centrales de la imputación delictiva. Además, debe existir cierto ámbito de razonabilidad, el juez debe evaluar que la convención se justifica en función de las circunstancias del caso. Ya sea porque se aceptan hechos no controvertidos, o porque el medio de prueba propuesto para que determinados hechos se estimen probados es pertinente, útil y conducente.

Si al momento de la desvinculación el juez no fundamenta especialmente las razones de su rechazo a los acuerdos, carecerá de efectos la decisión que los desestime. Es curioso porque el nuevo Código Procesal Penal no cuestiona la validez de la fundamentación, solo exige que el juez la exprese. Mas que tutelar la legalidad de la decisión, que no es el caso porque los fundamentos no pueden ser cuestionados, se prohíbe una actividad discrecional arbitraria que ni siquiera justifique el ámbito de su decisión, a través de un mero decreto que se oponga a las partes. Sin embargo, queda la duda de qué sucede cuando la justificación es manifiestamente improcedente, estereotipada o incoherente.

Por otro lado, el art. 352.5 establece que la resolución sobre las convenciones probatorias no es recurrible, es el auto de enjuiciamiento el que luego debe indicar los hechos específicos que se dieren por acreditados o los medios de prueba necesarios para considerarlos probados.

7. Prueba anticipada

En la anticipación probatoria, la parte actúa para precaver o prevenir un resultado perjudicial para sus intereses: no poder practicar una prueba en el juicio oral. Desde el momento en que esta situación aparece como actual, puede evitarla anticipándose y así evitar ese resultado lesivo a sus intereses, de manera que procede a solicitar la práctica anticipada de la prueba¹⁰⁷.

107 GUZMÁN FLUJA, Vicente, *Anticipación y preconstitución de la prueba en el proceso penal*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2006, p. 224.

Las pruebas irrepetibles pueden clasificarse como aquellas expuestas a posibles contaminaciones, expuestas a deterioro, las no reproducibles y las incompatibles con la concentración del debate¹⁰⁸.

En dicha línea, el art. 350.1.c del nuevo CPP permite que dos sujetos procesales —distintos al fiscal— soliciten la actuación de prueba anticipada conforme a los arts. 242 y 243 del nuevo CPP. Sin embargo, a pesar de la literalidad de la norma, es obvio que el fiscal también puede solicitar la práctica de prueba anticipada durante la etapa intermedia.

El art. 242 establece que las pruebas que pueden actuarse en forma anticipada son las siguientes:

- a) La testimonial y el examen del perito cuando se requiera examinarlos con urgencia ante la presencia de un motivo fundado para considerar que no podrá hacerse en el juicio oral por enfermedad u otro grave impedimento. O cuando han sido expuestos a violencia, amenaza, ofertas o promesa de dinero u otra utilidad para que no declaren o lo hagan falsamente. El interrogatorio al perito puede incluir el debate pericial cuando este sea procedente¹⁰⁹.
- b) Careo de las personas que han declarado, por los mismos motivos del literal anterior, siempre que se cumplan los requisitos del art. 182 del nuevo CPP.
- c) Reconocimientos, inspecciones o reconstrucciones, que por su naturaleza y características deben ser considerados actos definitivos e irreproducibles, y no sea posible postergar su realización hasta la realización del juicio oral.
- d) Declaración de las niñas, niños y adolescentes en su calidad de agravados por delitos comprendidos en los arts. 153 y 153-A del capítulo I: “violación de la libertad personal”, y en los comprendidos en el capítulo IX: “violación de la libertad sexual”, capítulo X: “proxenetismo” y

108 ASENCIO MELLADO, José María, *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, Lima: INPECCP, 2008, p. 276.

109 Este literal regula dos supuestos de irrepetibilidad: el clásico supuesto de pruebas no reproducibles, que regula los casos de enfermedad u otro grave impedimento, y las pruebas expuestas a posibles contaminaciones, que opera cuando debe anticiparse porque los testigos y los imputados, respecto de otros coimputados, están sometidos a violencia, amenazas, oferta o promesa de dinero, u otra utilidad a fin de que depongan en falso o no lo hagan.

capítulo XI: “ofensas al pudor público”, correspondientes al título IX: “delitos contra la libertad” del CP.

- e) Declaración testimonial y examen de perito en casos de criminalidad organizada, así como en los delitos contra la administración pública, previstos en los arts. 382 al 401 del CP.

Por su parte, el art. 243 establece que la solicitud de prueba anticipada debe presentarse al juez de la investigación preparatoria hasta antes de remitir la causa al juzgado penal —conclusión de la etapa intermedia— siempre que exista tiempo suficiente para realizarla en debida forma.

La solicitud debe precisar la prueba a actuar, los hechos que constituyen su objeto y las razones de su importancia para la decisión en el juicio. También se debe indicar el nombre de las personas que deben intervenir en el acto y las circunstancias de su procedencia, esto es, las que no permiten su actuación en el juicio.

El art. 352.7 del nuevo CPP complementa esta regulación señalando que la decisión sobre la actuación de prueba anticipada no es recurrible. Además, si se dispone su actuación, esta se realizará en acto aparte. Se deben seguir las reglas del art. 245 del nuevo CPP, que dispone que la audiencia debe desarrollarse en acto público y con la necesaria participación del fiscal y el abogado defensor del imputado, si este no comparece se nombra a un abogado de oficio, salvo que la naturaleza de la prueba pueda esperar su práctica (en este último caso, se señalará audiencia, necesariamente, dentro del quinto día siguiente, sin posibilidad de aplazamiento).

Un dato importante establecido por el art. 352.7 del nuevo CPP radica en el hecho de que la actuación de prueba anticipada no necesariamente difiere auto de enjuiciamiento. Si este se dicta, la audiencia de prueba anticipada puede ser dirigida por el juez unipersonal o, en su caso, por un juez del juzgado penal colegiado, quien debe actuarla en la oportunidad que sea necesaria para preservarla, no es necesario que espere la apertura del juicio oral, a pesar de que ya existe auto de enjuiciamiento.

8. La reparación civil

La audiencia preliminar permite a los sujetos procesales pronunciarse en torno a la reparación civil solicitada por el fiscal (art. 349.1.g del nuevo CPP).

El art. 350.1.g dispone que los sujetos procesales puedan *objetar* la reparación civil o, en su caso, reclamar su *incremento o extensión*, para lo cual se *ofrecerán* los medios de prueba *pertinentes* para su *actuación en el juicio oral*.

Esta norma pareciera ser un rezago del sistema anterior, porque al parecer sigue considerando a la acción civil como *accesoria a* la penal y, además, mantiene la postura de un fiscal que debe pronunciarse *siempre* sobre el objeto civil, situación que, como ya se explicó, debe ser superada en la línea de lo dispuesto por el art. 11 del nuevo CPP.

Es por esa razón que debe ser una norma interpretada en el contexto del nuevo proceso penal y de las reglas que regulan la acumulación de pretensiones. En primer término, aquí también debe diferenciarse entre el proceso en el que el fiscal está obligado a solicitar el pago de la reparación civil y de aquel en el que el actor civil se ha constituido como tal y es el encargado de introducir su pretensión en el proceso penal¹¹⁰.

Como se ha sostenido en reiteradas oportunidades en este trabajo, si existe un actor civil legítimamente constituido como tal en el proceso penal, *cesa* la legitimación del Ministerio Público para intervenir en el objeto civil del proceso (art. 11 del nuevo CPP).

El problema que plantea el art. 350.1.g reside en la posibilidad de *reclamar* el “incremento” o “extensión” de la reparación civil solicitada por el fiscal en la acusación (art. 349.1.g del nuevo CPP). Porque si se asume que la figura del fiscal y el actor civil son *excluyentes* con relación al objeto civil, el único sujeto procesal que podría reclamar un incremento o extensión de la reparación solicitada por el fiscal es el perjudicado no constituido como actor civil.

Sin embargo, si bien el art. 95 del nuevo CPP autoriza al agraviado a impugnar el sobreseimiento y la sentencia absolutoria e, incluso, le permite ser escuchado antes de cada decisión que implique la extinción o suspensión de la acción penal, no está facultado para introducir una pretensión de carácter civil ni para ofrecer los medios de prueba pertinentes para su actuación en el juicio.

110 Obviamente, hay situaciones mixtas frente a una pluralidad de agraviados e imputados, pero por razones metodológicas expongo los dos casos asumiendo una situación singular. Las situaciones mixtas deben ser tratadas partiendo de la idea de que hay tantas acciones civiles como agraviados; y penales, como acusados.

No puede solicitar ni el incremento ni la extensión de la reparación civil, porque carece de legitimidad para modificar el objeto civil del proceso penal.

La única interpretación posible del art. 350.l.g del nuevo CPP, con relación a la posibilidad de reclamar un incremento o extensión de la reparación civil, estaría vinculada al hecho de que, con el reclamo, el agraviado podría asumir la pretensión y constituirse con ese acto como actor civil en el proceso penal y, con ello, ocasionar el cese de la legitimidad del Ministerio Público para intervenir en el objeto civil (sustitución). Sin embargo, como ya se explicó, el nuevo Código Procesal Penal es muy claro, la constitución del actor civil solo es posible hasta *antes* de la culminación de la investigación preparatoria (art. 101 del nuevo CPP). En consecuencia, en realidad, dichos reclamos —el incremento y la extensión— son *impracticables* en el nuevo proceso penal.

En un proceso penal seguido ante la jurisdicción de Huaura (Exp. N.º 356-2007), el actor civil objetó la reparación civil solicitada por el fiscal y pidió un incremento. El juez de la investigación preparatoria declaró que, de acuerdo con el art. 11 del nuevo CPP, debía subrogarse al fiscal¹¹¹ por el actor civil, e incrementarse la reparación¹¹².

Sin embargo, si bien el fondo de la decisión es el deseado, considero que la interpretación de la norma es incorrecta. El actor civil no subroga al fiscal, por la sencilla razón de que este solo puede solicitar una reparación civil si el actor civil no se ha constituido como tal en el proceso penal. El art. 11.1 del nuevo CPP señala expresamente que la legitimidad del Ministerio Público *cesa cuando el perjudicado se constituye en actor*, no luego, y esto solo puede ocurrir antes de la culminación de la investigación preparatoria.

Por lo tanto, el actor ya había asumido la condición de parte y resulta absurdo que en la etapa intermedia subrogue al fiscal. Y este no es un dato menor, debe tenerse en cuenta que si existe la constitución del actor, el juez está en la obligación de solicitar la corrección de la acusación cuando el fiscal solicite una reparación civil, toda vez que el art. 11, insistimos, *exige* la inhibición del Minis-

111 Es obvio que es el fiscal el que subroga al perjudicado por mandato del art. 1 de la LOMP, pero el perjudicado nunca “reemplaza” al fiscal, lo que hace es ejercer su derecho, desistirse, transigir y, con ello, cesa la legitimidad del fiscal para subrogarlo, no al revés.

112 *Vid.* VILLAVICENCIO RÍOS, “La función judicial de control de la acusación fiscal”, art. cit., p. 238.

terio Público apenas se produzca la constitución, e independientemente, de lo que suceda después con el actor civil.

Recuérdese que también deberá controlar la pretensión que introduzca el actor, además, como ya se mencionó, si el actor civil no se presenta a la etapa intermedia, lo lógico es que se considere su abandono, y eso no supone que el fiscal “recupere” legitimidad para introducir una pretensión de carácter civil.

Por lo tanto, sí existe una diferencia fundamental en entender que el cese de la legitimidad del fiscal se produce con la constitución del actor civil (art. 11 del nuevo CPP) y no, como sostiene el juez de Huaura, con la introducción de la pretensión por parte del actor.

Con relación a la posibilidad de objetar la reparación civil, está claro que esta situación puede darse en aquellos casos en los que no existe un actor civil constituido como tal y, además, el agraviado no ha optado por acudir a la vía extrapenal, al desistimiento o la transacción. En este caso, el fiscal debe solicitar una reparación civil en el escrito de acusación (art. 349.1.g del nuevo CPP); y, naturalmente, los sujetos legitimados para objetarla son el *acusado* y el *tercero civil*, sujetos pasivos de la pretensión que se incorpora (“demandados”). Sin embargo, se debe recordar que se está frente a una audiencia preliminar. En principio, pueden discutirse todas las cuestiones vinculadas a la constitución de las partes y las formalidades que se exige a la solicitud de una reparación civil, pero no es este el lugar para discutir el fondo del asunto, la existencia o inexistencia del daño se verificará en el juicio oral. Si bien en la audiencia de control de sobreseimiento puede discutirse el fundamento o la existencia de la reparación civil, este criterio no se aplica a la audiencia de control de la acusación, porque, por regla general, a la misma la sucederá un juicio oral en el que se podrá evaluar la imputación de responsabilidad civil en un debate plenamente contradictorio.

Las cuestiones referidas a la existencia o inexistencia del daño, a la verificación de una responsabilidad contractual o extracontractual y al monto de la reparación civil, entre otras, deben analizarse en el contexto de un debate probatorio, y como se sabe, la audiencia preliminar, por regla general, no admite la actuación de medios de prueba. De hecho, el propio art. 350.1.g del nuevo CPP es muy claro en señalar que, en la audiencia preliminar, los sujetos procesales solo pueden *ofrecer* medios de prueba *para ser actuados en el juicio oral*, no en la audiencia preliminar.

En dicha línea, existen una serie de *aspectos formales* vinculados a la legitimación activa y pasiva de los sujetos procesales que es conveniente discutir con

carácter previo al juicio oral. Un caso típico lo constituyen los supuestos en los que se cuestiona la definición del agraviado en la acusación, nótese que el art. 349.1.g del nuevo CPP exige que el escrito de acusación fiscal precise quién es la persona a la que le corresponde percibir la reparación civil solicitada. Pueden existir supuestos en los que se discuta, con carácter previo al juicio oral, la participación de un sujeto procesal que no tiene legitimidad para ser considerado perjudicado ni para solicitar una reparación en el proceso penal.

También es posible discutir —siempre en la línea de la objeción regulada por el art. 350.1.g— la constitución del tercero civil¹¹³: puede sostenerse en la audiencia preliminar que el acusado no ostenta una relación de dependencia con quien ha sido constituido como tercero. Piénsese en un caso donde el contrato de seguro ha vencido al momento en el que ocurrió el hecho que configura el objeto procesal. Ambos supuestos son de trascendental importancia porque lo que se discute es la legitimación en la constitución de las partes.

Desde luego que la objeción también puede incluir aspectos formales vinculados a la fundamentación de la pretensión civil. Es posible alegar que no incorpora una debida fundamentación fáctica o jurídica. No se puede introducir al proceso penal una reparación que ni siquiera justifica en qué reglas (sobre todo las del CC) se sustenta la existencia de responsabilidad civil. También es posible alegar que el extremo civil de la fundamentación fiscal no establece una relación lógica entre el monto de la reparación civil y la verificación del daño.

En consecuencia, tal como se dijo en el análisis del control formal de la acusación, la acción civil incorporada al proceso penal también está sujeta al *control formal* de sus requisitos. Y estos son, entre otros, los que establece el art. 349.1.g del nuevo CPP: se debe fijar el monto de la reparación, indicar los bienes embargados o incautados al acusado, o tercero civil, y se debe precisar quién o quiénes son las personas a las que corresponde percibirlo.

El incumplimiento de estos requisitos, su falta de claridad o imprecisión, deben controlarse en la etapa intermedia, porque tales irregularidades perjudican

113 Recuérdese que en el análisis de los requisitos de la acusación fiscal se sostuvo que el escrito de acusación no solo exige fijar a quiénes les corresponde percibir la reparación civil solicitada, sino también debe señalar quiénes son los sujetos obligados. En dicha línea, también es un aspecto formal que puede incluirse en la objeción regulada por el art. 350.1.g del nuevo CPP.

el desarrollo del juicio oral, tornan impreciso el objeto procesal y afectan el debate y el derecho de defensa de las partes.

Recuérdese que la etapa intermedia es el momento en el que los sujetos procesales deben ofrecer pruebas para probar su pretensión (fiscal, actor civil) o negarla (acusado, tercero). Por ello, es necesario conocer con claridad cuál es el objeto penal y cuál es la pretensión civil que fijará el debate del objeto civil.

Todas estas cuestiones pueden ser debatidas en la audiencia preliminar, y su discusión puede conducir a una necesaria corrección o enmienda de los aspectos formales que sean necesarios (art. 352.2 del nuevo CPP). Ahora bien, en relación con la constitución del agraviado y el tercero civil, el nuevo Código Procesal Penal no admite que el juez los excluya en la audiencia preliminar (*vid.* decisiones adoptadas en la audiencia preliminar, art. 352 del nuevo CPP); sin embargo, es posible reconducir esta figura a las subsanaciones que pueden ser solicitadas al fiscal.

Si se asume —como debe ser— que la pretensión civil en el proceso penal se rige por el principio dispositivo, esto quiere decir que la pretensión que introduzca el fiscal no solo incorpora el hecho generador de la responsabilidad civil que se reclama, sino también incorpora tanto a los sujetos obligados al pago de la reparación civil como a los posibles beneficiarios.

De hecho, considero que en aplicación del último párrafo del art. 352.2 del nuevo CPP es posible que el problema vinculado a la constitución de las partes civiles del proceso penal, ya explicado, también sea resuelto por el juez en caso de controversia en la etapa intermedia. Sería absurdo que el nuevo CPP permita al juez declarar, incluso luego de la acusación fiscal, el sobreseimiento de la acción penal cuando es manifiesta su causa (art. 352.4 del nuevo CPP) y, sin embargo, no ocurra lo mismo con el tercero civil o el agraviado cuando de los actuados se desprenda claramente que su inclusión en el juicio oral es manifiestamente improcedente.

El tercero, también debe aprovechar la etapa intermedia para evitar juicios orales innecesarios. Si insistimos en el ejemplo del «contrato de seguro vencido», es natural que este aspecto se discuta en la audiencia preliminar, y en su caso, si se demuestra la imposibilidad de condenar al pago de la reparación civil al hasta ahora constituido como tercero, es necesario resolver esta *situación antes* del juicio oral.

Es importante mencionar que cuando estas cuestiones formales necesiten de un medio de prueba para justificar, como sucede en este caso, la exclusión del tercero (v.gr. el contrato de seguro) se aplica el art. 351.1 del nuevo CPP, que permite la presentación de la prueba documental necesaria para decidir cualquiera de las solicitudes del art. 350 del nuevo CPP, que incluye la posibilidad de objetar la reparación civil.

Desde luego que estas subsanaciones, aclaraciones o modificaciones, en la mayoría de casos, van a requerir una suspensión de la audiencia para que el fiscal evalúe los pedidos. Debe quedar muy claro que todas las cuestiones relativas a *objectar* la reparación civil solicitada por el fiscal tienen que ser sometidas a debate entre los sujetos procesales (art. 352.2 del nuevo CPP), es la única forma de garantizar el derecho de defensa frente a una decisión que puede ser fundamental en la configuración del objeto civil del proceso penal.

Nótese que se utiliza la expresión “aspectos formales” en el entendido de que no se está frente a una discusión o debate que intente resolver el fondo del asunto vinculado al objeto civil, esto es, la existencia o inexistencia de un daño y la consiguiente obligación civil que el mismo acarrea. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la condición formal de dichos aspectos no significa que no estemos ante situaciones de capital importancia para la definición del objeto del debate, porque, como se ha visto, se discuten aspectos esenciales vinculados a la constitución de las partes y a la definición del objeto civil con carácter previo al juicio.

La audiencia preliminar no solo constituye un espacio para objetar la reparación civil. También es el escenario donde, fijado el objeto civil, por un lado, se deben ofrecer los medios de prueba que permitan demostrar la existencia de un daño y la imputación de responsabilidad civil (el fiscal o el actor civil), y, por otro, se deben ofrecer los medios de prueba que resistan dicha pretensión y aleguen la inexistencia de una obligación civil como consecuencia del hecho sometido a debate (el acusado y el tercero).

El art. 350.1.g establece que es en la etapa intermedia donde los sujetos procesales deben ofrecer los medios de prueba *pertinentes* para su *actuación en el juicio oral*¹¹⁴. En consecuencia, es en la etapa intermedia donde se debe haber resuelto

114 Aquí es necesario aclarar un punto que puede llevar a confusión. Según el art. 350.1.g, se puede *objectar* la reparación civil, “para lo cual” se ofrecerán los medios de prueba pertinentes para su actuación en el juicio oral. Una lectura literal pareciera indicar que la objeción plantea una suerte de “contestación de la demanda” que solo se sustenta en el fondo del asunto

la cuestión de quiénes son los sujetos procesales que participarán en el juicio oral, para “plantear” o “resistir” la reparación civil (así como aquellos que podrán ser beneficiados con la decisión, que es el caso de los agraviados no constituidos en actor civil), y donde, además, debe definirse cuál es el ámbito de discusión del objeto civil. Concretamente, *qué es lo que se debe probar en el juicio oral*.

Si bien el art. 350.1.g pareciera exigir solo la pertinencia de los medios de prueba ofrecidos para la prueba y resistencia de la pretensión civil, es obvio que a dichas pruebas también es aplicable el art. 352.5 del nuevo CPP. Esta norma no hace ninguna distinción entre “pruebas penales” y civiles. Lo que quiere decir que aquí se aplican los mismos criterios desarrollados anteriormente con relación a la admisión de los medios de prueba¹¹⁵. El juez deberá evaluar si son pertinentes, conducentes y útiles, y deberá fundamentar su rechazo. También deberá disponer todo lo necesario para que estos se actúen oportunamente en el juicio.

Por otro lado, resulta fundamental entender que el art. 350.1.g del nuevo CPP también debe ser aplicado cuando exista un actor civil legítimamente constituido. Si bien la etapa intermedia no regula en forma expresa la incorporación de la pretensión civil por parte del actor civil, es necesario realizar una interpretación que le permita introducir su petitorio en la etapa intermedia, de lo contrario existirá una flagrante violación a la igualdad procesal en la interpretación del nuevo CPP.

No puede diferirse esta situación al juicio oral porque es en la fase intermedia donde deben discutirse los aspectos formales referidos. Pero, además, y esto es lo más importante, es en la etapa intermedia donde el actor civil debe plantear su pretensión y *ofrecer* los medios de prueba que tendrán que ser actuados en el juicio para probarla. Así también, sobre todas las cosas, esta es la etapa en la que

(civil) y que debe ir acompañada de pruebas que permitan “combatir” la pretensión en sede de juicio oral. Esto podría desprenderse, sobre todo, de la lectura de la expresión “para lo cual”. Sin embargo, considero que la norma regula ambas cuestiones. La posibilidad de contradecir la pretensión civil y aportar las pruebas que respaldarán esa postura en el juicio oral, y la opción de cuestionar los aspectos formales que hemos desarrollado: la constitución de las partes, la definición clara del objeto civil, la coherencia del petitorio, aquellos aspectos formales que incluso permiten excluir a los sujetos procesales que carecen de legitimidad para participar en el juicio oral. Por lo que, si insistimos en una lectura rigurosa de este apartado, se puede acudir al literal “h” que permite plantear “cualquier otra cuestión que tienda a preparar mejor el juicio”.

115 Vid. *Supra*, cap. IV, III.5.

el imputado y el tercero deben conocer la pretensión para actuar, también, los medios de prueba que permitan contradecirla.

Incluso, si se exige una interpretación literal del art. 350.1.g del CPP —y se entiende que este solo hace referencia a la *objeción* de la pretensión civil planteada por el fiscal en el escrito de acusación—, es esta una posibilidad que debe plantearse en aplicación del art. 350.1.h del nuevo CPP, que permite plantear en la audiencia preliminar cualquier otra cuestión que tienda a *preparar mejor el juicio*.

Esto conduce a una interpretación por analogía del literal “g”, que indica, en aplicación del literal “h”, que una vez notificada la acusación a los demás sujetos procesales, si existe un actor civil constituido como tal en el proceso penal, deberá introducir su pretensión dentro del plazo de los 10 días establecidos por el art. 350.1.

Es indispensable notificar la pretensión civil incorporada por el actor a las demás partes, y en su caso suspender la audiencia preliminar si fuera el caso de que el acusado y el tercero requieran de un tiempo para contestar esa pretensión. Si no se sigue estas pautas, existirá una seria afectación al derecho de defensa de las partes. Esta interpretación, que incluye la obligación de notificar la pretensión incorporada por el actor e, incluso, brindar un tiempo prudencial para contestarla, es posible de conformidad con el derecho a la igualdad de armas expresamente regulado en el art. I del título preliminar del nuevo CPP, que establece que “los jueces preservarán el principio de igualdad procesal, debiendo allanar todos los obstáculos que impidan o dificulten su vigencia”.

En este orden de cosas, es imprescindible que la audiencia preliminar permita al actor civil introducir su pretensión y ofrecer los medios de prueba que sustenten tal pretensión. Estos medios de prueba deberán ser actuados en el juicio oral a fin de probarlos y obtener una condena civil favorable que disponga la restitución del bien o el pago de su valor, y/o la indemnización por daños y perjuicios (art. 93 del CP). En la lógica del principio de contradicción, los sujetos pasivos de la pretensión deberán conocer la pretensión *en* la etapa intermedia, y podrán objetarla de la misma forma que pueden cuestionar la pretensión cuando esta es incorporada por el fiscal.

La objeción incluye aspectos formales que pueden ser absueltos en la audiencia preliminar, luego de un debate contradictorio —claridad del petitorio, constitución de las partes, lógica y coherencia entre las razones del pedido y el *quantum* de la reparación; los requisitos del art. 349.1.g—, y el ofrecimiento de

pruebas que deberán ser actuadas en el juicio oral para ofrecer resistencia a la pretensión y apreciar las cuestiones de fondo del debate del objeto civil.

Finalmente, debemos recordar que el juez de la investigación preparatoria puede dictar el sobreseimiento, incluso, cuando exista una acusación fiscal (352.4 del nuevo CPP). Esto conduce a dos conclusiones importantes: 1) es evidente que si esto es posible, es imprescindible que el actor civil incorpore su pretensión en la etapa intermedia, y que el acusado y el tercero tengan la posibilidad de contrarrestarla; y, 2) el juez de la investigación preparatoria debe seguir las pautas que ya hemos explicado en el análisis de la audiencia de control de sobreseimiento, si considera que existe la posibilidad de fijar la reparación civil en una —probable— resolución de sobreseimiento, debe propiciar el debate sobre el objeto civil y permitir la actuación de pruebas que confirmen o resistan dicha pretensión.

Sin embargo, en este caso lo ideal también hubiera sido que el legislador regule una “audiencia especial” en la que se discuta el objeto civil del proceso penal luego de la audiencia primigenia y la propia resolución de sobreseimiento.

IV. PRONUNCIAMIENTO

El art. 351.4 del nuevo CPP establece que si la audiencia es suspendida la siguiente sesión deberá realizarse en un plazo no mayor a ocho días hábiles. Además, entre el requerimiento acusatorio y la emisión del auto que lo resuelve no pueden transcurrir más de cuarenta días. En casos complejos y de criminalidad organizada, no podrá exceder de noventa días, bajo responsabilidad.

Además, al término de la audiencia preliminar (art. 352 del nuevo CPP), el juez debe resolver todas las *cuestiones planteadas* en el mismo acto, salvo que por lo avanzado de la hora o lo complejo de los asuntos por resolver difiera la solución hasta por cuarenta y ocho horas improrrogables. En este último caso, la decisión se notifica a las partes.

Con relación a lo que en estricto constituye un quiebre o interrupción de la audiencia —de ocho días—, en este caso de control de la acusación, queda claro que es algo que en la práctica no ocurre. La norma no establece una consecuencia jurídica, aunque en realidad resulta bastante obvio que el efecto práctico del art. 352.1 del nuevo CPP, como en cualquier quiebre de audiencia, es que se debe reiniciar el control de la acusación y cuando existe una distancia mayor a ocho días entre sesiones de audiencia, en realidad se continúa con el trámite procesal, sin consecuencia alguna. Sin ninguna duda, la motivación de esta norma radica en

el principio de concentración. La distancia necesaria entre la decisión y el debate no debe circunscribirse al juicio oral en el que existe una actuación probatoria que, por imperio de los principios de inmediación, oralidad y contradicción; también requiere de un tiempo prudencial entre el inicio del debate y la decisión final, para que el sistema pueda asegurarse que la resolución acuda al objeto del proceso y el debate planteado en el juicio oral, que la decisión no se delimite por un conocimiento privado, o por una formación de la justicia de la decisión ajena al debate contradictorio.

Esta condición del juicio, ¿es trasladable sin más a la audiencia de control de acusación? Una primera aproximación al problema indica que no. Las exigencias del principio de concentración en la audiencia de juicio oral deben ser mucho más estrictas cuando existe un debate probatorio o sobre el fondo del asunto. Está claro que los debates que se desarrollan en el ámbito del control de la acusación no cuestionan las bases probatorias del objeto procesal. Es posible sostener que se requiera, también, una concentración que acuda a las exigencias del debate y a que el juez también requiere un tiempo razonable entre la formación del debate —esencialmente jurídico— y la decisión final. Pero, insistimos, no cabe una exigencia idéntica, porque en la audiencia de control no existe actuación probatoria y la decisión no se basa en una correcta percepción y evaluación de un debate probatorio.

Más preocupante resulta que la norma fije cuarenta días máximos, entre el requerimiento acusatorio y la emisión del auto que lo resuelve. Periodo que se extiende a noventa días en casos de criminalidad organizada. Aquí no cabe duda de que sí se establece un plazo entre el inicio de la etapa intermedia, y el auto que delimita su conclusión. Un plazo que, en la práctica, muchas veces se incumple, sin noticia de la responsabilidad que asumen las jueces como consecuencia de ese incumplimiento. Evidentemente no estamos ante un plazo real y es necesario readecuar esta situación mediante una modificación legislativa que atienda a la especial dificultad de determinados procesos, sobre todo en referencia a los casos complejos de criminalidad organizada. Y, con esa misma mirada crítica, es necesario evaluar la duración de la etapa intermedia en algunos casos emblemáticos, en la medida que una duración superior a seis meses o un año supone el fracaso en el desarrollo de esta etapa, con un grave perjuicio para la reforma procesal penal, por lo que deben revisarse las causas de esta situación.

Igual crítica debe realizarse en función de la necesidad de que el juez resuelva *todas* las cuestiones planteadas en el mismo acto, salvo por lo avanzado de

la hora o la complejidad de los asuntos por resolver, en los que se tiene cuarenta y ocho horas (art. 352 del nuevo CPP). Otra vez estamos ante un plazo que no es real, que no atiende a las distintas dificultades de los diversos procesos. A un plazo que, en la práctica, muchas veces, no se cumple y que debe ser modificado.

Si bien en el desarrollo de este estudio ya hemos establecido qué cuestiones debe resolver el juez, cómo debe resolverlas y cuáles son sus efectos, lo que interesa analizar en este apartado es un dato fundamental para la interpretación de las normas que regulan la etapa intermedia: cuál es el orden que debe seguir el juez de la investigación preparatoria para resolver las cuestiones planteadas.

Como ya se dijo, lo primero que debe realizarse es el control *formal*. Si los defectos de la acusación requieren un nuevo análisis por parte del Ministerio Público, se devuelve la acusación y se suspende la audiencia por cinco días para corregir los defectos. En los demás casos, el fiscal, en la misma audiencia, puede hacer las modificaciones, aclaraciones o subsanaciones que corresponda, con intervención de los concurrentes. Si no hay observaciones, se tiene por modificado, aclarado o saneado el dictamen acusatorio en los términos precisados por el fiscal, si se mantienen las observaciones, resuelve el juez mediante *resolución inapelable* (art. 352.2 del nuevo CPP).

Una vez superado el control formal, el juez deberá resolver las excepciones y otros medios técnicos de defensa (art. 350.1.b del nuevo CPP). Para ello, es evidente que debe someter a debate los medios de defensa interpuestos y, luego, resolverlos en la propia audiencia.

Si declara fundada una cuestión previa deducida por alguna de las partes, se anula todo lo actuado; por lo tanto, se puede reiniciar la investigación, pero no podrán utilizarse los actos de investigación realizados en el ámbito de este proceso.

Si la resolución es declarada infundada y es objeto de impugnación, se continúa con el procedimiento (art. 352.3 del nuevo CPP), por lo que luego podrá anularse lo actuado en el estado que se encuentre el proceso, solo si la Sala revoca dicha resolución.

Si las partes deducen una cuestión prejudicial de declararse fundada, debe suspenderse el procedimiento hasta que en la otra vía recaiga resolución firme. En este caso, la apelación contra el auto que declare fundado este medio de defensa tiene medios suspensivos, como ya se explicó, en el sentido de que solo será imprescindible el pronunciamiento extrapenal cuando la Sala confirme la resolución de primera instancia.

En relación con las excepciones, la única que exige una adecuación del procedimiento, sin más trámite, es la excepción de naturaleza de juicio. Las demás excepciones, como ya se dijo, configuran un sobreseimiento especial; si se declaran fundadas, acarrear un archivo definitivo del proceso.

Si alguna excepción es declarada infundada, el proceso continúa y solo se archivará si la Sala revoca el auto de primera instancia. Naturalmente que en todos estos casos, una decisión final de la Sala que ampare cualquier excepción, salvo la de naturaleza de juicio, supone el archivo definitivo del proceso, un «sobreseimiento especial definitivo»¹¹⁶.

Si resueltas las excepciones y los demás medios de defensa, no opera el archivo definitivo del proceso, el juez de la investigación preparatoria debe acudir al ejercicio del control sustancial de la acusación, ya sea de oficio o por expresa solicitud de alguna de las partes. Solo debe resolver la aplicación del art. 352.4 cuando se declare infundado los medios de defensa o cuando estos no sean interpuestos en la audiencia¹¹⁷. Por lo tanto, debe solicitar a la parte que solicitó la aplicación del art. 352.4 que exponga los fundamentos de su pedido, el mismo que también deberá someterse a un debate contradictorio. Ahora bien, si bien el juez también puede dictar el sobreseimiento aplicando de oficio el art. 352.4, debe hacerlo, tal como lo ha establecido la Corte Suprema¹¹⁸, siempre luego de un debate contradictorio en el que se discuta tal posibilidad¹¹⁹.

Esto es interesante porque aquí se presenta un supuesto singular, parecido al planteamiento de la tesis regulado por el art. 374.1 del nuevo CPP. El juez de la investigación preparatoria deberá advertir al fiscal y al imputado que, en este

116 Por su parte, una decisión final de la Sala, que ampare la cuestión previa, significa que se anula lo actuado también con carácter definitivo, el fiscal debe iniciar una nueva investigación si quiere persistir en el ejercicio de la acción penal. En el caso de la cuestión prejudicial, la suspensión adquiere firmeza, por lo que solo podrá reanudarse el procedimiento luego de que la cuestión se resuelva en la vía extrapenal.

117 Sin embargo, podrá suceder que la Sala revoque el auto que declaró infundada, por ejemplo, la excepción de improcedencia de acción, luego de haber declarado infundado el pedido de sobreseimiento por la misma causal de atipicidad. En cualquier caso, la resolución de Sala es definitiva y archiva definitivamente el proceso.

118 V PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIA, *Acuerdo Plenario N.º 6-2009*, Lima: 13 de noviembre del 2009, f. j. n.º 14.

119 El art. 351.1 del nuevo CPP indica que la presencia del fiscal y la del imputado es obligatoria, y estos son los dos actores principales y necesarios para discutir la procedencia o improcedencia del sobreseimiento.

caso, es posible dictar el sobreseimiento del proceso, con base a alguna de las causales del art. 344.2 del nuevo CPP. Esto significa que, a fin de salvaguardar el contradictorio, y con él, el derecho de defensa de los sujetos procesales, el juez debe señalar expresamente la causal o causales aplicables y solicitar un debate contradictorio en ese sentido, previo a su decisión.

Esto conduce a una situación bastante confusa, en la que el juez plantea de oficio la posibilidad para someterla a debate y, luego, renuncia a ella y desestima el sobreseimiento. Es evidente que esto puede ocurrir, de lo contrario, el debate procesal previo al que se somete la aplicación de la causal sería un “mero formalismo”, por lo demás absurdo.

Luego del debate respectivo, deberá decidir si dicta el auto de sobreseimiento o, en su caso, si desestima esa opción. En el primer supuesto, se archiva definitivamente el proceso mediante un auto que sigue las mismas formalidades del art. 347 del nuevo CPP ya desarrollado anteriormente. Además, el auto que ampara la causal de sobreseimiento propuesta sí puede ser objeto de un recurso de apelación (art. 347.3 del nuevo CPP), el mismo que podrá ser interpuesto por el fiscal¹²⁰, el actor civil y el agraviado.

En caso de que el juez desestime el sobreseimiento, deberá pasar a las cuestiones probatorias y exigir que las partes presenten los medios de prueba que pretenden actuar en la etapa de juicio oral. El juez también deberá solicitar que se planteen las cuestiones vinculadas a las convenciones probatorias y la prueba anticipada. Debe emitir una resolución que acepte o rechace cada cuestión probatoria propuesta. Una vez que haya resuelto todas estas cuestiones, el juez debe consultar si existe algún otro planteamiento que tienda a preparar mejor el juicio (art. 350.l.h del nuevo CPP), para luego pasar a dictar el auto de enjuiciamiento.

V. EL AUTO DE ENJUICIAMIENTO

1. Concepto

Es la resolución judicial que da inicio a la etapa más importante del proceso penal: el juicio oral. Se limita a aceptar los términos de la acusación fiscal, en tanto deba procederse a la realización del juicio oral¹²¹.

120 A diferencia de nuestro análisis anterior, en este caso el fiscal sí puede impugnar el auto, porque él no fue quien requirió el sobreseimiento.

121 SAN MARTÍN CASTRO, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 628.

Que el juez de la investigación preparatoria “admita la acusación para el juicio oral”, no significa que el tribunal exteriorice una posición propia. Es por esta razón que en el juicio no se lee el auto de enjuiciamiento, es el fiscal quien sustenta la acusación oralmente (art. 371.2 del nuevo CPP¹²²). Es la acusación la que orienta el proceso ante el órgano jurisdiccional¹²³.

Si al auto de enjuiciamiento lo precede la audiencia preliminar, ya analizada, quiere decir que la acusación superó el control formal —y, evidentemente, el sustancial—; y, por lo tanto, se requiere un auto judicial que defina el objeto procesal, que deberá de ser debatido para asumir una decisión de fondo que, necesariamente, constituirá una absolución o condena en atención a los cargos formulados. El auto de enjuiciamiento constituye un instrumento jurídico fundamental para la organización de la audiencia de juicio oral¹²⁴ y fija las bases de la discusión y la actividad probatoria¹²⁵.

Además, cierra la posibilidad de que ingresen nuevas partes al proceso, en especial que se produzca la constitución de la víctima en actor civil; clausura la posibilidad de que ingrese nuevo material fáctico, por lo que las partes deberán fundamentar su pretensión en el soporte actuado hasta el momento, sin perjuicio de la actividad probatoria que desarrollarán en el juicio oral; y, produce la publicidad del procedimiento, pues su proyección al juicio oral exige la posibilidad de asistencia del público a las audiencias¹²⁶.

2. Requisitos

El art. 353.1 del nuevo CPP indica que, una vez resueltas las cuestiones planteadas, el juez dictará el *auto de enjuiciamiento*, resolución que no es recurrible y que debe indicar, *bajo sanción de nulidad*, lo siguiente:

- a) El nombre de los imputados y de los agraviados, siempre que en este último supuesto hayan podido ser identificados.

122 ROXIN, Claus, *Derecho procesal penal*, traducción de la 25.ª ed. alemana por Gabriela E. Córdova y Daniel R. Pastor, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000.

123 SAN MARTÍN CASTRO, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 628.

124 VILLAVICENCIO RÍOS, “La función judicial de control de la acusación fiscal”, art. cit., p. 242.

125 SAN MARTÍN CASTRO, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 628.

126 GIMENO SENDRA, Vicente; VÍCTOR MORENO CATENA; JOSÉ ALMAGRO NOSETE y Valentín CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho procesal. Proceso penal*, t. II, 4.ª ed., Valencia: Tirant Lo Blanch, 1992, p. 409.

Tal como ocurría con los requisitos de la acusación, el auto de enjuiciamiento también debe identificar al acusado, es un presupuesto fundamental y obvio para la determinación del objeto procesal.

En el caso de los agraviados, la identificación no es *imprescindible*; sin embargo, esto guarda estrecha relación con la constitución del actor civil y la posibilidad de ejercer su pretensión en el proceso penal. En igual sentido, el fiscal no podrá solicitar una reparación civil —por sustitución— si no identifica quién es el beneficiario, de lo contrario, esta se convertiría en una suerte de “pena pecuniaria”.

- b) El delito o delitos materia de acusación fiscal con indicación del texto legal y, si se hubiere planteado, las tipificaciones alternativas o subsidiarias.

Al igual que en la acusación, es indispensable la calificación jurídica de los hechos, desde el punto de vista del derecho penal, porque constituye el título de condena y el ámbito de discusión del juicio oral.

Es imprescindible indicar cuáles son los delitos materia de acusación, y *debe citarse el texto legal* que los comprende. Es importante que el auto de enjuiciamiento establezca una mención expresa en dicho sentido, porque es un acto procesal que constituye una garantía judicial a los límites de la acusación.

La Corte Suprema ha considerado —en referencia al CdePP— que es nulo el auto de enjuiciamiento que no se refiere a todos los delitos e imputados contra quienes se formula acusación fiscal¹²⁷.

El escrito de acusación constituye el soporte a partir del cual debe considerarse cualquier variación de la hipótesis incriminatoria de la acusación fiscal. La acusación debe plantear una acusación principal y, en su caso, una acusación subsidiaria o alternativa, para el caso de que no resultaren demostrados el debate de los elementos que componen su calificación jurídica principal.

A partir de ahí puede existir una acusación ampliatoria, pero siempre tomando como base la acusación escrita inicial y en supuestos excepcionales y justificados. Lo mismo sucede con la correlación y el propio planteamiento de la tesis, todos estos institutos jurídicos parten de la

127 Ejecutoria Suprema del 3 de noviembre de 1972, *Expediente N.º 1269-72 Ayacucho*, en *Boletín Judicial*, año I, n.º 5-7, Lima: 1972, pp. 304 y 305.

definición inicialmente propuesta por la acusación, que debe ser descrita en el auto de enjuiciamiento.

- c) Los medios de prueba admitidos y, de ser el caso, el ámbito de las convenciones probatorias.

Cuando existe acusación, la etapa intermedia no solo constituye una fase de control, también prepara el juicio oral en los casos en los que el control sustancial no sea posible. Esta preparación exige no solo delimitar el objeto sobre el cual debe versar el debate probatorio, la etapa intermedia también configura los elementos en los que se debe apoyar el debate, que no son otros que los *medios de prueba admitidos*.

Como se advirtiera en el ámbito del análisis de la acusación y la propia audiencia de control, en aplicación del arts. 349.1.h y 350.1.f del nuevo CPP, el fiscal y los demás sujetos procesales deben ofrecer los medios de prueba que deberán actuarse en la audiencia.

Este conjunto de elementos que integran la “propuesta probatoria” de los sujetos procesales involucra un análisis de la admisibilidad del pedido y de la procedencia de los medios de prueba ofrecidos.

Como tuvimos oportunidad de estudiar, el juez de la investigación preparatoria evalúa la pertinencia, conducencia y utilidad del ofrecimiento con relación a la teoría del caso que presenten las partes. También debe disponer todo lo necesario para que el medio de prueba se actúe oportunamente en el juicio.

Lo mismo sucede con las convenciones probatorias. Es en la audiencia preliminar donde los sujetos procesales deben proponer los acuerdos referidos a los hechos que se consideran aceptados y, en su caso, a los medios de prueba necesarios para que determinados hechos se estimen probados. En dicha línea, al resolver los acuerdos puede aceptarlos o rechazarlos, pero en este último caso necesita fundamentar su decisión.

Ahora bien, el espacio natural para resolver todas las cuestiones vinculadas a la admisión de pruebas y las convenciones probatorias es la conclusión de la audiencia preliminar. Es el art. 352.1 del nuevo CPP el que establece que *todas las cuestiones planteadas* en la audiencia deben ser resueltas inmediatamente después de su finalización. Solo por lo avanzado de la hora o la complejidad de los asuntos por resolver se puede diferir la “solución” hasta por cuarenta y ocho horas.

Por lo tanto, el juez de la investigación preparatoria no resuelve las cuestiones vinculadas a la admisión de los medios de prueba y las convenciones probatorias en el auto de enjuiciamiento, las resuelve con carácter previo, en una resolución que configura una respuesta jurisdiccional específica a cada una de las “cuestiones probatorias” planteadas.

El auto de enjuiciamiento realiza un resumen y descripción de todas las cuestiones probatorias resueltas para: 1) definir los medios de prueba que deberán actuarse en el debate; 2) establecer los hechos que se consideran probados y respecto de los cuáles no deberán actuarse medios probatorios, y 3) disponer la actuación de los medios de prueba que las partes estiman necesarios para considerar probados determinados hechos.

Un sector de la doctrina sostiene que también es importante que se incluya en el auto de juzgamiento los medios de prueba inadmitidos en la audiencia de control, porque es útil cuando se produce el reexamen de los medios de conformidad con el art. 373.2 del nuevo CPP¹²⁸.

d) La indicación de las partes constituidas en la causa.

El fiscal y el acusado son actores imprescindibles del debate, de hecho, puede sostenerse que lo son el fiscal, el acusado y su defensor (art. 367.1 del nuevo CPP); por lo tanto, es obvio que la individualización e identificación del acusado y la presentación de la acusación por parte de un representante del Ministerio Público dejan en claro la identidad de estos sujetos.

El problema, naturalmente, viene referido al actor civil y al tercero. El perjudicado puede constituirse en actor civil antes de la culminación de la investigación preparatoria (art. 101 del nuevo CPP), por consiguiente, si vence el término de la investigación, no existirá la posibilidad de que el agraviado influya en la marcha del procedimiento, sobre todo, en lo relacionado con la actuación de pruebas y la incorporación de su pretensión.

Cuando el actor civil se constituye antes de la investigación preparatoria contra la resolución que lo constituye, se puede interponer recurso de apelación. Pero, tal como se dijo anteriormente, también es posible cuestionar en la audiencia preliminar, la constitución de las partes, al objetar la reparación civil (art. 350.1.g del nuevo CPP). Lo mismo sucede con el tercero.

128 VILLAVICENCIO RÍOS, “La función judicial de control de la acusación fiscal”, art. cit., p. 242.

Por lo tanto, es indispensable que, al momento de emitir el pronunciamiento, el juez de la investigación preparatoria también se pronuncie en dicho extremo, en la medida que debe quedar claro que el debate procesal de la etapa intermedia también está dirigido a verificar un aspecto esencial de esta fase, como lo es el hecho de identificar quienes son los sujetos que podrán intervenir activamente en el juicio oral. La etapa intermedia es una fase procesal que involucra un saneamiento procesal y que también se vincula a una definición clara en relación con la constitución de las partes.

Nótese que cuando esta norma hace referencia a las partes, queda claramente establecido que no incluye al agraviado, quien carece de tal condición. La posibilidad de que se convierta en acreedor de una reparación civil solicitada por el fiscal, no se discute en este ámbito normativo, se discute en el literal “a” que obliga a identificar a los imputados¹²⁹ y a los agraviados. Es obvio que, con esta última mención, el nuevo Código Procesal Penal deja claramente establecido que el agraviado que no se constituyó en actor civil, no es parte procesal, a pesar de estar facultado para impugnar el sobreseimiento y la sentencia absolutoria (art. 95.1.d del nuevo CPP).

3. Notificación y remisión del expediente

El auto de enjuiciamiento *se notificará* al Ministerio Público y a los demás sujetos procesales. Dentro de las 48 horas de la notificación, el juez de la investigación preparatoria hará llegar al juez penal (unipersonal o colegiado) la resolución y *los actuados correspondientes, así como los documentos y los objetos incautados, y se pondrá a su orden a los presos preventivos.*

El Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria de Huaura ha declarado lo siguiente con relación a la inclusión de los actuados en el expediente que acompaña al auto de enjuiciamiento:

Si bien es cierto que el art. 136 del nuevo CPP preceptúa cuáles son las actuaciones documentadas que deben formar el expediente judicial, de manera oportuna lo que implicaría anexar la documentación a los cuadernos que se tramitan en la etapa de juzgamiento, también es cierto

129 Debíó utilizar el término “acusados”.

que ello constituye un rezago inquisitivo con lo cual lo único que se logra es incrementar los papeles y la escrituralidad yendo al sentido contrario del desarrollo de la sistemática procesal moderna, todo lo que estaría en franca contradicción al principio de oralidad previsto en el art. 1.3 del título preliminar del nuevo CPP.

Además, el hecho de que se anexe la carpeta fiscal y toda la documentación del expediente judicial desde ya induce al juez de fallo a entrar en contacto y revisión de dichos documentos lo que obstaculiza la punidad (sic.) con la que debe entrar al juicio oral el magistrado y por tanto contaminando las opciones que tuviesen para decidir, por cuyas razones siguiendo un nuevo criterio de manejo procesal el juez de la causa considera pertinente devolver la carpeta fiscal al Ministerio Público a fin de que en la medida que ya el auto de enjuiciamiento señala los medios probatorios admitidos con precisión, sean exhibidos por dicho fiscal en la audiencia correspondiente para el debate oral *que es lo que determinará las decisiones jurisdiccionales* (sic) [...] ¹³⁰.

En realidad, el órgano jurisdiccional realiza una interpretación sistemática del art. 354.2 y el art. 136 del nuevo CPP para, finalmente, solo cuestionar este último.

Lo que sucede es que el art. 136 regula el procedimiento de formación del expediente judicial. Este señala que, una vez que se dicta el auto de citación a juicio, el *juez penal* es el encargado de ordenar la formación del expediente judicial anexando: los actuados relativos al ejercicio de la acción penal y de la acción civil; las actas en las que consten las actuaciones objetivas e irreproducibles realizadas por la policía y el Ministerio Público; las declaraciones del imputado; las actas referidas a la actuación de prueba anticipada; los informes periciales y los documentos; las resoluciones expedidas por el juez de la investigación preparatoria y los elementos de convicción que la sustentan, y las resoluciones emitidas durante la etapa intermedia, y los documentos, informes y dictámenes periciales que hayan podido recabarse, así como, de ser el caso, las actuaciones complementarias realizadas por el Ministerio Público.

Una vez más nos encontramos frente a una decisión jurisdiccional que constituye, en esencia, la inaplicación de una norma procesal regulada por el nuevo CPP, pero, al igual que en el caso anterior, no existe una fundamentación

130 SEGUNDO JUZGADO DE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA DE HUAURA, *Expediente N.º 1227 – 2007*, Huaura: 21 de abril del 2008, f. j. n.º 5.

razonable que justifique dicha inaplicación en el único criterio que podría justificarla: su inconstitucionalidad, esto es, el ejercicio de un control difuso.

Lo más grave es que la resolución considera “inaplicable” el art. 136 del nuevo CPP, que es una norma que se encuentra fuera del ámbito de su competencia. Esta es una norma, como se desprende claramente de su tenor, que solo puede aplicarla el *juez penal* (el encargado de dirigir la etapa de juzgamiento o juicio oral), y luego de emitirse el auto de citación a juicio.

Por lo tanto, un pronunciamiento del juzgado de la investigación preparatoria en este extremo es inútil, por cuanto la formación del expediente judicial no integra su ámbito de competencia. En todo caso, solo pudo cuestionar el art. 354.2 del nuevo CPP (que no cita), desestimando la derivación de los actuados en el auto de enjuiciamiento, y para impedir que el juez encargado del juzgamiento tenga contacto con las actuaciones escritas, pero insistimos, siempre que tal razonamiento fuera la consecuencia de un control difuso. Sin embargo, el órgano jurisdiccional no hace ni lo primero, ni lo segundo.

Por si fuera poco, el órgano jurisdiccional entiende que existe una contradicción entre el art. 136 del nuevo CPP y el “principio de oralidad regulado en el art. 1.3”, cuando en realidad, la norma del título preliminar que regula dicho principio es el art. 1.2.

Esta interpretación es la consecuencia de una tendencia muy extendida en la aplicación e interpretación del nuevo CPP, que últimamente ha conducido a una hiperinflación del principio de oralidad. Como ya se explicó, la oralidad es un instrumento fundamental en el desarrollo del nuevo proceso, porque es el mejor medio de comunicación que tenemos los seres humanos para plantear un debate, transmitir información y para que alguien decida en función de esta. Es indiscutible que es un acierto del legislador no solo haber instaurado la oralidad en el juicio oral, además es muy positivo que prácticamente todas las decisiones que asume el juez de garantías en el nuevo proceso penal las asuma luego de un debate contradictorio.

La palabra hablada es el mecanismo que mejor garantiza la inmediación, la publicidad y la contradicción, que son principios esenciales para la configuración de un proceso acusatorio. La alternativa axiológica entre forma oral y forma escrita (como sucede con la publicidad y el secreto) refleja la diversidad de los métodos probatorios propios del sistema acusatorio y el inquisitivo: mientras la forma escrita es inevitable en un sistema procesal basado en las pruebas legales, la

oral lo es, en cambio, en los sistemas informados por el principio de contradicción y la libre valoración¹³¹.

Pero de ahí a defender la idea de que el juez no puede tener absolutamente ningún contacto con las pruebas escritas y los elementos de prueba existe una distancia que puede estarse recorriendo en forma acelerada y sin un mínimo de reflexión¹³². El ámbito de los delitos económicos, por citar un ejemplo, tiene un grado de complejidad bastante alto y resulta inaudito pensar que el juez no puede acudir a la lectura de un informe técnico. La complejidad de las pruebas contables, el estudio de mapas, los índices de mercado, los informes jurídicos y un largo etcétera necesitan ser leídos independientemente del debate que debe generarse en presencia del perito correspondiente.

Nuestro sistema procesal penal admite las pruebas de oficio (art. 385.2 del nuevo CPP) porque es un sistema que prioriza la búsqueda de la verdad y esto no tiene por qué significar que se introduzca un componente inquisitivo.

TARUFFO sostiene, con meridiana claridad, que la atribución de poderes de instrucción¹³³ al juez no tiene por qué constituir una disminución de las posiciones procesales de las partes. Si se piensa en un buen juez capaz de ejercer correcta y racionalmente sus poderes, entonces no hay razón alguna para temer que él

131 FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid: Trotta, 2001, p. 619.

132 Lo mismo sucede con algún sector que promueve las “resoluciones orales”. Puede defenderse la utilización de audio o los soportes audiovisuales para decisiones interlocutorias, incluso es un método que se utiliza para las decisiones de la audiencia preliminar, pero sostener que una resolución de sobreesimiento o una sentencia puede ser oral, sin más trámite, es algo que no solo es contrario a la Constitución, lo más grave es que aporta muy poco al sistema acusatorio. Esta propuesta ni siquiera tiene sustento, las “resoluciones orales” no promueven ni la contradicción ni la inmediación ni la publicidad. De hecho, en este último caso las restringe, todo ello sin contar con el grave perjuicio que causa la ausencia de la escritura a la doctrina jurisprudencial y el desarrollo dogmático de las resoluciones. La oralidad debe ser preeminente, no absoluta. Quienes quieren acudir a un sistema acusatorio puro deberán recordar que en aquel no existe la impugnación, y no creo que ninguno de los “defensores de la oralidad” pretenda renunciar al derecho al recurso que, por cierto, por regla general, requiere de resoluciones escritas.

133 El término “instrucción” no se utiliza aquí en el sentido de investigación, sino en la capacidad del juez de disponer la actuación de ciertas pruebas, que puede ir de la mano, perfectamente, con la posibilidad de tener contacto con el expediente judicial para revisar documentos complejos, que no son pruebas en sí mismas, pero sí constituyen el soporte del debate. Esto es algo completamente distinto a un juez instructor, que colabora en la persecución del delito y en la incriminación de una persona, facultades que son asignables al fiscal.

se haga parcial e incapaz de valorar pruebas, por el solo hecho de que el mismo hubiera dispuesto o sugerido su adquisición. Solo si se piensa en un juez incapaz y psíquicamente débil se puede temer que pierda la imparcialidad.

Agrega el autor que los remedios contra el prejuicio son otros y consisten en la plena actuación del contradictorio de las partes y en la necesidad de que el juez redacte una motivación analítica y completa, racionalmente estructurada sobre la base de justificaciones controlables, la decisión sobre los hechos¹³⁴.

Considero que la misma crítica cabe realizar a las voces que se “alzan” contra el “contacto” del juez con las pruebas documentales antes del juicio oral. La resolución que estudiamos cuestiona que el juez —que recibe el expediente judicial— pueda “entrar en contacto” con los documentos, lo que podría «contaminar» las opciones que tiene para decidir.

Utiliza, pues, los términos contacto y contaminación, que son empleados con frecuencia para cuestionar la potestad del juez de actuar pruebas de oficio, lo que demuestra que el razonamiento es similar. Sin embargo, el “contacto” con ciertos documentos y medios de prueba escritos es indispensable en una justicia de casos mucho más complejos que los que los profesores solemos utilizar en los claustros universitarios. Muchas veces, la lectura de datos es imprescindible para optar por un proceso que tenga como objetivo la búsqueda de la verdad.

Además, la forma de evitar el prejuicio en este caso, también, pasa por otros cauces, que es el de la debida contradicción y motivación de las resoluciones. Lo importante no es la total ausencia de contacto con el expediente, lo determinante es que cualquier documento o medio de prueba sea objeto de debate (¡nunca de lectura!) y que el juez forme convicción con base en esa dialéctica que constituye el alma de la decisión judicial.

Pero llevar la oralidad al extremo del delirio, desnaturaliza un proceso acusatorio que, entendámoslo de una buena vez, no es adversarial. Este no es el sistema que hemos elegido, no forma parte de nuestra cultura y tradición jurídica. Hemos elegido un proceso acusatorio-formal, que descansa en la intermediación, la publicidad, la contradicción y la concentración de un proceso

134 TARUFFO, Michele, “Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa”, en *Ius et Praxis*, n.º 2, vol. 12, Talca. Este autor sostiene esto en el ámbito del derecho civil que se rige por el principio dispositivo, por lo que este razonamiento se justifica con mucha mayor intensidad en el proceso penal.

con clara división de roles en sus intervinientes, que confía en que un proceso penal debe buscar la verdad y debe exigir un juez absolutamente imparcial, pero no pasivo ni neutral.

BIBLIOGRAFÍA

ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto

2007 *Justicia penal, derechos y garantías*, Lima: Palestra.

Armenta Deu, Teresa

2007 “Juicio de acusación, imparcialidad del acusador y derecho de defensa”, en *Ius et Praxis*, n.º 2, vol. 13.

2007 *Lecciones de derecho procesal penal*, 3.ª ed., Madrid: Marcial Pons.

ASENCIO MELLADO, José María

2000 “Cien años de derecho procesal en España”, en LÓPEZ GUERRA, Luis María (coord.), *El derecho español en el siglo XX*, Madrid: Marcial Pons.

2005 “La regulación de la prisión preventiva en el Código Procesal Penal del Perú”, en CUBAS VILLANUEVA, Víctor; Yolanda DOIG DÍAZ y Fany QUISPE FARFÁN (coords.), *El nuevo proceso penal. Estudios fundamentales*, Lima: Palestra.

2008 *Derecho procesal penal*, 4.ª ed., Valencia: Tirant Lo Blanch.

2008 *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, Lima: INPECCP.

2010 *La acción civil en el proceso penal. El salvataje financiero*, Lima: Ara.

ÁVALOS RODRÍGUEZ, Constante Carlos

2006 “¿Por qué el juez que discrepa del dictamen no acusatorio no puede ser juez de la sentencia?”, en *Actualidad Jurídica*, n.º 151, Lima.

BENAVENTE CHORRES, Hesbert y Renato AYLAS ORTIZ

2010 “El control de la acusación fiscal conforme al Acuerdo Plenario N.º 6-2009/CJ-116”, en *Gaceta Penal y Procesal Penal*, n.º 7, Lima: enero.

BINDER, Alberto

1993 *Introducción al derecho procesal penal*, Buenos Aires: Ad-Hoc.

BOTERO CARDONA, Martín Eduardo

2009 *El sistema procesal penal acusatorio, el justo proceso. Estructura y funcionamiento, perspectiva de Italia para América Latina*, Lima: Ara.

CARNELUTTI, Francesco

1959 *Las miserias del proceso penal*, traducido por Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires: Ejea.

2004 *Cómo se hace un proceso*, traducido por Santiago Sentís Melendo, Bogotá: Temis.

CASTILLO ALVA, José Luis

2001 *Las consecuencias jurídico-económicas del delito*, Lima: Idemsa.

CASTRO OSPINA, Sandra Janette

2005 “Audiencia de formulación de la acusación”, en *El proceso penal acusatorio colombiano*, t. II, Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales.

CORDÓN MORENO, Faustino

2002 *Las garantías constitucionales del proceso penal*, 2.^a ed., Navarra: Aranzadi.

CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín y Víctor MORENO CATENA

2005 *Derecho procesal penal*, 2.^a ed., Valencia: Tirant Lo Blanch.

DAMASKA, Mirjan

1999 “Aspectos globales de la reforma del proceso penal”, en FUNDACIÓN PARA EL DEBIDO PROCESO, *Reformas a la justicia penal en las Américas*, Washington.

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés

1998 *Jueces imparciales, fiscales investigadores y una nueva reforma para la vieja crisis de la justicia penal*, Barcelona: Promociones y Publicaciones Universitarias.

- DE LA OLIVA SANTOS, Andrés; Sara ARAGONESES MARTÍNEZ; Rafael HINOJOSA SEGOVIA; José Antonio TOMÉ GARCÍA y Julio MUERZA ESPARZA
2003 *Derecho procesal penal*, 6.^a ed., Madrid: Ramón Areces.
- DEL RÍO LABARTHE, Gonzalo
2008 *La prisión preventiva en el nuevo Código Procesal Penal*, Lima: Ara.
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando
2002 *Teoría general de la prueba judicial*, t. I, 5.^a ed., Bogotá: Temis.
- DOIG DÍAZ, Yolanda
2005 “El recurso de apelación contra sentencias”, en CUBAS VILLANUEVA, Víctor; Yolanda DOIG DÍAZ y Fany QUISPE FARFÁN (coords.), *El nuevo proceso penal. Estudios fundamentales*, Lima: Palestra.
- DUCE, Mauricio
2001 “Reforma procesal penal y reconfiguración del Ministerio Público en América Latina”, en *Seminario Reforma Procesal Penal*, Santiago de Chile: Jurídica Conosur.
- ESPINOZA GOYENA, Julio César
2009 *Nueva jurisprudencia 2006-2008 del nuevo Código Procesal Penal*, Lima: Reforma.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes
2005 *Prueba y presunción de inocencia*, Madrid: Iustel.
- FERRAJOLI, Luigi
2001 *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid: Trotta.
- FUENTES SORIANO, Olga
2008 “El modelo acusatorio y el Ministerio Público”, en CUBAS VILLANUEVA, Víctor; Yolanda DOIG DÍAZ y Fany QUISPE FARFÁN (coords.), *El nuevo proceso penal. Estudios fundamentales*, Lima: Palestra.

GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás; William RABANAL PALACIOS y Halmilton CASTRO TRIGOSO

2008 *El Código Procesal Penal. Comentarios descriptivos, explicativos y críticos*, Lima: Jurista Editores.

GARCÍA CAVERO, Percy

2008 *Lecciones de derecho penal parte general*, Lima: Grijley.

GIMENO SENDRA, José Vicente

2008 “La necesaria e inaplazable reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, en *La Ley. Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, n.º 5, Madrid.

2007 *Derecho procesal penal*, 2.ª ed., Madrid: Colex.

GIMENO SENDRA, Vicente; VÍCTOR MORENO CATENA, José ALMAGRO NOSETE y Valentín CORTÉS DOMÍNGUEZ

1992 *Derecho procesal. Proceso penal*, t. II, 4.ª ed., Valencia: Tirant Lo Blanch.

GOLDSCHMIDT, James

2001 *Principios generales del proceso*, vol. 1, Ciudad de México: Jurídica Universitaria.

GÓMEZ COLOMER, Juan Luis; Juan MONTERO AROCA; Alberto MONTÓN REDONDO y Silvia BARONA VILAR

2007 *Derecho jurisdiccional III. Proceso penal*, Valencia: Tirant Lo Blanch.

GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás

2004 *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal y otras leyes del proceso penal*, vol. I, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004.

2006 “Investigación y prueba: los nuevos retos ante la Reforma del Proceso Penal”, en SANZ HERMIDA, Ágata y Nicolás GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, *Investigación y prueba en el proceso penal*, Madrid: Colex.

GUERRERO PERALTA, Oscar Julián

2007 *Fundamentos teórico-constitucionales del nuevo proceso penal*, 2.ª ed., Bogotá: Nueva Jurídica.

GUZMÁN FLUJA, Vicente

- 2006 *Anticipación y preconstitución de la prueba en el proceso penal*, Valencia: Tirant Lo Blanch.

HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Carlos

- 2009 “El juez de la investigación preparatoria”, en AA. VV., *Comentarios al nuevo Código Procesal Penal*, Lima: Ara.

HORVITZ LENNON, María Inés

- 2002 *Derecho procesal penal chileno*, Santiago de Chile: Jurídica.

JAUCHEN, Eduardo

- 2004 *Tratado de la prueba en materia penal*, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo

- 2007 *Tratado de derecho procesal penal*, vol. 1, Navarra: Thomson-Aranzadi.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo y León GARCÍA-COMENDADOR ALONSO

- 2008 *Doctrina del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos*, Valencia: Tirant Lo Blanch.

LLOBET RODRÍGUEZ, Javier

- 1997 *La prisión preventiva. Límites constitucionales*, San José: Universidad para la Cooperación Internacional.

MAIER, Julio

- 2008 *Antología. El proceso penal contemporáneo*, Lima: Palestra.

MIRANDA ESTRAMPES, Manuel

- 1997 *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, Barcelona: J. M. Bosch.

MONTERO AROCA, Juan

- 2006 *Proceso (civil y penal) y garantía. El proceso como garantía de libertad y de responsabilidad*, Valencia: Tirant Lo Blanch.

2008 *Proceso penal y libertad. Ensayo polémico sobre el nuevo proceso penal*, Navarra: Civitas.

ORÉ GUARDIA, Arsenio

1996 *Manual de derecho procesal penal*, Lima: Alternativas.

2006 “El Ministerio Fiscal en Perú”, en GIMENO SENDRA, Vicente (coord.), *El Ministerio Fiscal. Director de la instrucción*, Iustel: Madrid.

ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, Guillermo

1997 *El periodo intermedio del proceso penal*, Madrid: McGraw-Hill.

ORTELLS RAMOS, Manuel; Juan MONTERO AROCA; Juan Luis GÓMEZ COLOMER; Alberto MONTÓN REDONDO

1991 *Derecho jurisdiccional*, vol. III, Barcelona: J. M. Bosch.

PEÑA CABRERA, Alonso Raúl

2006 “La etapa intermedia en el Código Procesal Penal de 2004. Las funciones del Ministerio Público y el juez de la investigación preparatoria”, en *Actualidad Jurídica*, n.º 157, Lima: diciembre.

PÉREZ ARROYO, Miguel

2009 *Jurisprudencia penal y procesal penal vinculante y relevante (2004-2008)*, Lima: INPECCP.

PÉREZ CEBADERA, María Ángeles

2008 “Vida o muerte de la pretensión civil tras la absolución penal por inexistencia del hecho: Estados Unidos y España”, en GÓMEZ COLOMER, Juan Luis (coord.), *Prueba y proceso penal*, Valencia: Tirant Lo Blanch.

REYNA ALFARO, Luis Miguel

2009 *La terminación anticipada en el proceso penal*, Lima: Jurista Editores.

RIFÁ SOLER, José María; Manuel Richard, GONZÁLEZ e Iñaki RIAÑO BRUN

2006 *Derecho procesal penal*, Pamplona: Instituto Navarro de Administración Pública

- ROMERO PRADAS, María Isabel
 2008 *El sobreseimiento*, Valencia: Tirant Lo Blanch.
- ROXIN, Claus
 2000 *Derecho procesal penal*, traducción de la 25.^a ed. alemana por Gabriela E. Córdova y Daniel R. Pastor, Buenos Aires: Editores del Puerto.
 2004 *Pasado, presente y futuro del derecho procesal penal*, traducción por Óscar Julián Guerrero, Bogotá: Instituto de Estudios del Ministerio Público.
- SALINAS SICCHA, Ramiro
 2008 “La etapa intermedia en el Código Procesal Penal de 2004”, en *Academia de la Magistratura*, Lima.
- SÁNCHEZ VELARDE, Pablo
 2009 *El nuevo proceso penal*, Lima: Idemsa,
- SANCINETTI, Marcelo
 2001 *La nulidad de la acusación por indeterminación y el concepto de instigación*, Buenos Aires: Ad-Hoc.
- SAN MARTÍN CASTRO, César
 2002 *Derecho procesal penal*, Lima: Grijley.
 2005 “Introducción general al estudio del nuevo Código Procesal Penal”, en CUBAS VILLANUEVA, Víctor; Yolanda DOIG DÍAZ y Fany QUISPE FARFÁN (coords.), *El nuevo proceso penal. Estudios fundamentales*, Lima: Palestra.
- SANZ HERMIDA, Ágata
 2005 *La situación jurídica de la víctima en el proceso penal*, Valencia: Tirant Lo Blanch.
- SCHÜNEMANN, Bernd
 2005 *La reforma del proceso penal*, Madrid: Dykinson.

SCHMIDT, Eberhard

- 2006 *Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal*, Buenos Aires: Lemer.

TALAVERA ELGUERA, Pablo

- 2004 *Comentarios al nuevo Código Procesal Penal*, Lima: Grijley.
2009 *La prueba en el nuevo proceso penal*, Lima: AMAG.

TARUFFO, Michele

- 2006 “Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa”, en *Ius et Praxis*, n.º 2, vol. 12, Talca.
2008 *La prueba*, trad. de Laura Manríquez y Jordi Ferrer Beltrán, Madrid: Marcial Pons.

VILLAVICENCIO RÍOS, Frezia Sissi

- 2010 “La función judicial de control de la acusación fiscal”, en *Gaceta Penal y Procesal Penal*, n.º 7, Lima: enero.

Publicado: Julio 2021
Este libro se terminó de imprimir
en Julio del 2021 en los
talleres gráficos de
Pacífico Editores SAC
Jr. Castrovirreyna N.º 224 - Breña
Central: 619-3720
Lima-Perú
