Derecho procesal penal

Volumen I

EDITORA JURIDICA GRIJLEY

César San Martín Castro
Profesor de Derecho Procesal Penal
en la Pontificia Universidad Católica del Perú

Derecho procesal penal

Volumen I

CUESTIONES GENERALES
JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA PENAL
LAS PARTES PROCESALES
ACCIÓN Y OBJETO PROCESAL
ESTRUCTURA DEL PROCESO PENAL

1ª edición, febrero 1999
1ª reimpresión, julio 1999

DERECHOS RESERVADOS: DECRETO LEGISLATIVO Nº 822

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente sin permiso expreso de la Editorial.

Composición e Impresión *Laser Graf Alvarado*

Edición al cuidado de CARLOS ATOCSA GARCÍA

© 1999 - Editora Jurídica **GRIJLEY** - Lima, Perú

Jr. Lampa 1115 Of. 206 - Lima 1, Perú • Teléfonos: 427-6038 / 427-3147 / 426-5417

Hecho el Depósito Legal Nº 15010199-0053

Editora y Distribuidora Jurídica **Grijley** E.I.R.L.

A mi esposa
A mis hijos

PRESENTACIÓN

Sin duda alguna, me resulta muy difícil explicar porqué me decidí a elaborar un trabajo general de Derecho procesal penal. En el Perú existen manuales muy meritorios al respecto, trabajos de más largo aliento y monografías que, evidentemente, opacarían todo intento de volver a escribir sobre los mismos temas. No puedo dejar de mencionar los importantes aportes de Domingo García Rada y de Luis del Valle Randich, como figuras señeras del Derecho procesal penal peruano, así como el intento mayor de Florencio Mixán Mass de construir con seriedad y rigor científico una disciplina jurídica de singular importancia tomando en consideración nuestras propias particularidades nacionales.

No obstante ello, considero que a partir de mis reflexiones académicas, de mis experiencias sucesivas de magistrado del Poder Judicial y de abogado litigante, de mi labor docente de muchos años en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de mi intervención en varias comisiones de reforma procesal, tenía y tengo algo que decir sobre la base del avance impresionante que ha registrado el Derecho constitucional y la justicia penal en las últimas décadas, respecto de los cuales los trabajos anteriores no habían podido referirse en profundidad.

Es de tener presente que los movimientos de reforma procesal penal en estos últimos años han tenido una fuerte presencia en nuestras sociedades latinoamericanas. Se han consolidado los cambios procesales en Alemania, Italia y Portugal, países de nuestro ámbito de cultura; la jurisprudencia constitucional de la España democrática –y, en su momento, para sus respectivos países, la alemana y la italiana– alteró positivamente el rostro del proceso penal de la madre patria; el Proyecto Maier significó, más allá de que no fuera asumido en la Argentina, un trascendental aporte continental a la reforma procesal; los

movimientos de reforma en Centroamérica y en el resto de América del Sur demostraron que la necesidad de un cambio procesal comprendía a nuestros países; y, ¡porqué no decirlo!, el fracaso del movimiento de reforma procesal penal peruano evidenció que existen varios obstáculos, de diversa procedencia e intensidad, que impiden el cambio de las estructuras procesales penales. El conjunto de estas circunstancias, variadas y contradictorias, me forzaron a trabajar con mucha exigencia el fenómeno del proceso penal.

El resultado de todo este conglomerado de situaciones y demandas imperiosas es, finalmente, el presente libro. En él procuro "actualizar" los conocimientos acerca del Derecho procesal penal y desarrollar con el mayor rigor que me es posible las instituciones más importantes de esta disciplina jurídica. Se trata, ¡téngalo presente!, de un trabajo que no puedo calificar de definitivo y cerrado. Si bien se estudian de un lado la legislación vigente, con las innumerables modificaciones que se han dictado desde la entrada en vigor del Código de Procedimientos Penales en el año 1940 y, de otro lado, de la mano con la nueva Constitución de 1993, el Código Procesal de 1991 y el Proyecto de 1995, lo que de por sí agrega cierta complejidad y perplejidad, inevitable por lo demás a la luz de nuestra impresionante y decepcionante realidad normativa, lo cierto es que un texto de las características que pretendo imprimir, a semejanza de las obras españolas más recientes, jamás podrá tener un punto de llegada definitivo. En tanto curso universitario, debe corregirse, completarse y renovarse sucesivamente, todas las veces que sea posible.

El presente libro consta de 10 partes y de un total de 44 capítulos. Se abordan las cuestiones generales del Derecho procesal penal, la jurisdicción y competencia penal, las partes procesales, la acción y el objeto procesal penal, la estructura del proceso penal, el derecho probatorio penal, la impugnación y los recursos penales, el proceso penal cautelar, los procedimientos penales y la ejecución procesal penal. A no dudarlo, como se advierte de esta simple relación de temas, existen instituciones que van a ser incluidas en otras ediciones siempre, claro está, que goce del favor del mundo forense. Los procedimientos auxiliares (cooperación judicial internacional, entre ellos), los actos procesales y las nulidades, definitivamente, son materias pendientes que debo abordar al más breve plazo. Igualmente es del caso estudiar el proceso penal militar y el proceso penal de adolescentes.

Mucho de lo que se dice en este libro, y se dice bastante, es opinable. Sostengo puntos de vista singulares en varias materias y, en múltiples ocasiones, discrepo de lo decidido por la jurisprudencia suprema, que me he esforzado en incorporar masivamente a lo largo de sus páginas. Asimismo disiento, en muchos casos, de lo que comúnmente se piensa en los ambientes jurídicos nacionales. La explicación es la siguiente: mi punto de partida comienza con una ruptura radical con el modelo inquisitivo que nos agobia y con toda la cultura que lo envuelve y, sobre la base de los principios propios del sistema acusatorio, compatible con un Estado Social y Democrático de Derecho, intento iniciar un nuevo discurso de las instituciones procesales de nuestro ordenamiento jurídico interno.

Estoy seguro que este esfuerzo, frente a la variedad de instituciones tratadas, es todavía débil y que mis propuestas aún no están perfiladas del todo, pero me sentiré satisfecho si algo de lo escrito genera una discusión jurídica y si, al final de cuentas, contribuye a fortalecer la crítica al sistema procesal vigente, tan alejado del ideal político del Estado Democrático.

No puedo dejar de mencionar a quienes de una u otra forma han hecho posible que tras dos años de esfuerzos y sacrificios salga a la luz este libro. Es de destacar vivamente a la Universidad de Castilla - La Mancha en España, pues gracias a su apoyo merced a un Convenio de Cooperación celebrado con mi Universidad gocé de dos estancias académicas durante los años 1997 y 1998. En dicha Casa de Estudios tuve el inestimable auxilio del Decano de la Facultad de Derecho, Nicolás García Rivas, extraordinario penalista y mejor amigo, y de los jefes sucesivos del Departamento de Derecho Procesal, José María Martín de la Leona, cuya afabilidad y comprensión siempre tendré presente, y, con especial cariño, de Javier Vecina Cifuentes, joven profesor de cuyas conversaciones e indicaciones bibliográficas guardo un recuerdo permanente.

Un lugar especial y relevante tienen mis amigos y competentes abogados del Estudio Benites, Mercado & Ugaz, quienes no sólo me ayudaron en este esfuerzo académico, sino que también me brindaron comprensión y apoyo para dedicarlo a la investigación jurídica, coronada ahora con el presente libro. Sin su decidido impulso no hubiera podido cumplir este objetivo.

También debo nombrar a mis alumnos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, a quienes siempre tuve presente en cada página y cuya

presencia constituyó el factor más fuerte para culminar el libro. Además considero a todos aquellos – ¡y son muchos!– que ejercieron la magistratura cuando me tocó desempeñarla y los que ahora, con firmeza y sacrificio, y en condiciones muy difíciles, la ejercen manteniendo viva la llama de la justicia y del respeto de los derechos fundamentales de la persona. Asimismo, debo expresar mi particular reconocimiento a la Editora Jurídica Grijley por la cuidadosa edición que ha hecho de esta obra, así como a Carlos Atocsa García, quien ha estado a cargo de la revisión final.

Una mención aparte, y sobresaliente al extremo, merece mi familia. Mi esposa María del Rosario y mis hijos César y Diego han "pagado" muy caro mi dedicación académica. Han sido ausencias de meses en el extranjero para obtener el material bibliográfico necesario y perfilar el trabajo, fines de semana interminables que utilicé en la preparación del libro, largas noches y amanecidas de meditación y reflexión, no pocas discusiones por esta distracción y, finalmente, un esfuerzo común que no es del caso abundar. Por ello, y de todo corazón, es que les dedico el libro; él es sinónimo de sus sacrificios y del encomiable apoyo que recibí de su parte.

Lima, enero de 1999

CONTENIDO DE LA OBRA

Volumen I

I. Cuestiones generales 1
II. Jurisdicción y competencia penal 85
III. Las partes procesales 153
IV. Acción y objeto procesal 213
V. Estructura del proceso penal 311

Volumen II

VI. Derecho probatorio 579
VII. Impugnación y recursos penales 669
VIII. Proceso penal cautelar 777
IX. Los procedimientos penales 917
X. La ejecución procesal penal 1071

INDICE DEL VOLUMEN I

Presentación ix

Abreviaturas y convencionalismos utilizados xxxi

PARTE I
CUESTIONES GENERALES DEL DERECHO PROCESAL PENAL

CAPÍTULO I
DERECHO PROCESAL PENAL

I. DERECHO PROCESAL 3
1. Definición 3
2. Notas características 4
A. Derecho instrumental 4
B. Derecho público 5
C. Derecho no convencional 5
II. DERECHO PROCESAL PENAL 5
1. Definición 5
2. Autonomía 6
A. Autonomía legislativa 6
B. Autonomía científica 6
C. Autonomía académica 7
3. Extensión 7
III. FUNCIÓN DEL DERECHO PROCESAL PENAL 7
1. Derecho penal y Derecho procesal penal 7
2. Ambito funcional del Derecho procesal penal 9
A. El derecho de penar del Estado 10
B. La garantía procesal 11

3. Esencia del Derecho procesal penal 11
4. Metas y medios del Derecho procesal penal 12
IV. FUENTES LEGALES DEL DERECHO PROCESAL PENAL 14
1. Aspectos generales 14
2. La Constitución 14
3. Los tratados 17
4. Los códigos procesales 18

CAPÍTULO II
NORMA PROCESAL Y PROCESO PENAL

I. CARACTERÍSTICAS DE LAS NORMAS PROCESALES PENALES 21
II. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY PROCESAL 22
1. Ley procesal penal en el espacio 22
2. Ley procesal penal en el tiempo 24
3. Ley procesal penal por razón de las personas 26
III. INTERPRETACIÓN DE LA LEY PROCESAL PENAL 29
IV. EL PROCESO PENAL 31
V. SISTEMAS PROCESALES 32
1. Aspectos generales 32
2. Sistema acusatorio 33
3. Sistema inquisitivo 33
4. Sistema mixto 34
VI. SISTEMA PROCESAL PERUANO 35
1. El Código de Enjuiciamientos en Materia Penal 35
2. El Código de Procedimientos en Materia Criminal 36
3. El Código de Procedimientos Penales 37
4. La legislación procesal penal especial 38
5. El Código Procesal Penal 43
6. El Proyecto de marzo de 1995 45

CAPÍTULO III
CONSTITUCIÓN Y PRINCIPIOS DEL PROCESO PENAL

I. ASPECTOS GENERALES 49
1. Alcances procesales 49

2. Las garantías procesales 51
II. GARANTÍAS PROCESALES GENÉRICAS 54
1. El debido proceso. 54
A. Aspectos generales 54
B. La garantía de no incriminación 57
C. El derecho a un Juez imparcial 58
D. El derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas 59
E. El derecho de utilizar los medios de prueba pertinentes 60
F. Ne bis in idem *procesal* 61
2. El derecho a la tutela jurisdiccional 64
3. El derecho a la presunción de inocencia 66
4. El derecho de defensa 69
A. El principio de contradicción 72
B. El principio acusatorio 74
III. GARANTÍAS PROCESALES ESPECÍFICAS 75
1. Consideraciones generales 75
2. La garantía de la igualdad 76
3. La garantía de investigación oficial 77
4. La garantía de la publicidad 79
A. El principio de oralidad 82
B. El principio de inmediación 83
C. El principio de concentración 83

PARTE II
JURISDICCION Y COMPETENCIA PENAL

CAPÍTULO IV
JURISDICCIÓN PENAL Y JUEZ NATURAL

I. LA JURISDICCIÓN PENAL 87
II. EXTENSIÓN Y LÍMITES DE LA JURISDICCIÓN PENAL 89
1. Límites objetivos 90
2. Límites territoriales 91
3. Límites subjetivos 92
III. JURISDICCIÓN PENAL Y JUEZ NATURAL 93

CAPÍTULO V
JURISDICCIÓN MILITAR

I. ASPECTOS GENERALES 99
II. PROBLEMAS DEL DERECHO PENAL MILITAR PERUANO 103
1. El delito de función militar o policial 103
2. Delitos cometidos por civiles 106
III. LA JURISPRUDENCIA NACIONAL EN MATERIA DE DELITOS DE FUNCIÓN 107
IV. CONFLICTOS DE JURISDICCIÓN 111

CAPÍTULO VI
COMPETENCIA PENAL (I)

I. CONCEPTOS Y ALCANCES 115
II. CRITERIOS PARA LA DETERMINACIÓN DE LA COMPETENCIA PENAL 117
1. Competencia objetiva 117
2. Competencia territorial 118
3. Competencia funcional 118
4. Consecuencias procesales 119
III. COMPETENCIA OBJETIVA 120
1. Concepto 120
2. Atribución de la competencia objetiva 120
A. Según el Código de 1940 120
B. Según el Código de 1991 121
3. Reglas de la competencia *rationae personae* 121
IV. COMPETENCIA FUNCIONAL 123
1. Concepto 123
2. Manifestaciones de la competencia funcional 123
A. La instrucción y el enjuiciamiento 124
B. Los recursos devolutivos 124
C. Las cuestiones de competencia 125
D. La ejecución de sentencias 125
V. CARÁCTER Y TRATAMIENTO PROCESAL DE LA COMPETENCIA OBJETIVA Y FUNCIONAL 126

CAPÍTULO VII
COMPETENCIA PENAL (II)

I. COMPETENCIA TERRITORIAL 127
1. Introducción 127
2. Fueros ordinarios generales 128
A. El fuero primario o preferente 128
B. Los fueros subsidiarios 129
3. Fueros ordinarios especiales 130
4. Fueros extraordinarios 131
A. El fuero de la conexión 131
B. El fuero del encargo superior 131
5. Carácter y tratamiento procesal de la competencia territorial 131
II. CUESTIONES DE COMPETENCIA 132
1. Concepto 132
2. Declinatoria de competencia 132
3. Transferencia de competencia 134
4. Contienda de competencia 137
III. CONEXIÓN PROCESAL 140
1. Aspectos generales 140
2. Elementos de la conexión procesal 141
3. Conexión y reglas de competencia 143
IV. INHIBICIÓN Y RECUSACIÓN 145
1. Concepto y función 145
2. Causas de inhibición y recusación 147
3. Procedimiento de la abstención y la recusación 149

PARTE III
LAS PARTES PROCESALES

CAPÍTULO VIII
TEORÍA GENERAL

I. CONCEPTO 155
II. POSICIÓN JURÍDICA 158

III. Clasificación 159
1. Posición procesal 160
2. Necesidad de su intervención 160
3. Carácter de su intervención 161

Capítulo IX
LAS PARTES ACUSADORAS

I. El Ministerio Público 163
1. Concepto 163
2. Legitimación 166
3. Principios institucionales 167
A. Requisitos de actuación 167
B. Requisitos–garantía 168
4. Intervención en el proceso penal 171
A. Poder de dirección jurídico–funcional de la Policía 171
B. La investigación del delito 172
C. Conclusión de la investigación y etapa intermedia 174
D. El juicio oral y el procedimiento recursal 174
II. La policía 174
III. El acusador privado 178
IV. El actor civil 179
1. Concepto 179
2. Actuación procesal 182
V. El actor social 184

Capítulo X
LAS PARTES ACUSADAS

I. El imputado 187
1. Concepto 187
2. Capacidad. 189
A. Aspectos generales. 189
B. Anomalía psíquica anterior al delito 190
C. Anomalía psíquica sobrevenida 190

3. Legitimación 191
4. Derechos 192
5. Deberes 193
A. Moralidad procesal 193
B. Presencia y ausencia del imputado 194
B.1. Concepto 194
B.2. Requisitos de la declaración de ausencia o contumacia 196
B.3. Efectos de la declaración de ausencia o contumacia 198
II. EL ABOGADO DEFENSOR 201
1. Concepto 201
2. Posición procesal del defensor 202
3. Defensor voluntario y defensor necesario 204
4. Reemplazo y exclusión del defensor 207
III. EL TERCERO CIVILMENTE RESPONSABLE 208
1. Aspectos generales 208
2. Intervención procesal 209

PARTE IV
ACCION Y OBJETO PROCESAL

CAPÍTULO XI
LA ACCIÓN PENAL

I. CONCEPTO Y ALCANCE DE LA ACCIÓN PENAL 215
1. Derecho positivo 215
2. Definición 217
II. PRINCIPIOS DE LA ACCIÓN PENAL 221
1. El principio oficial 221
2. El principio de legalidad 221
III. EJERCICIO, RENUNCIA Y EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL 222
1. Ejercicio de la acción penal 222
2. Renuncia de la acción penal 223
3. Extinción de la acción penal 223

CAPÍTULO XII
EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

I. CONCEPTO Y JUSTIFICACIÓN 225
1. Concepto 225
2. Justificación 226
II. EL ARTÍCULO 2º DEL CÓDIGO DE 1991 229
1. Aspectos generales 229
2. Falta de necesidad de pena 230
3. Falta de merecimiento de pena 231
A. Delitos–bagatela 231
B. Mínima culpabilidad 233
C. Exigencia adicional 234
4. La resolución fiscal 235
5. La intervención judicial 236

CAPÍTULO XIII
LA ACCIÓN CIVIL *EX DELICTO*

I. NOCIONES GENERALES 237
II. CONTENIDO 239
III. RÉGIMEN PROCESAL 240
1. Ejercicio de la acción civil 240
2. Renuncia y extinción de la acción civil 241

CAPÍTULO XIV
LA CUESTIÓN PREJUDICIAL

I. CONCEPTO 243
II. CLASIFICACIÓN 245
III. RÉGIMEN PROCESAL 249
IV. LA CUESTIÓN PREJUDICIAL PENAL EN SEDE EXTRAPENAL 251

CAPÍTULO XV
LA CUESTIÓN PREVIA

I. CONCEPTO 255
II. REQUISITO O CONDICIÓN DE PROCEDIBILIDAD 256

1. Concepto 256
2. Manifestaciones de las condiciones de procedibilidad 257
A. Delitos de instancia privada 257
B. Autorización para proceder y consentimiento de la autoridad 258
C. Pronunciamiento de la Autoridad sobre el objeto del proceso 259
3. Diferencias con las condiciones objetivas de punibilidad 261
III. EFECTOS Y PROCEDIMIENTO 262
1. Efectos 262
2. Procedimiento 263
IV. EL DELITO DE LIBRAMIENTO INDEBIDO 264

CAPÍTULO XVI
LAS EXCEPCIONES PENALES

I. LOS PRESUPUESTOS PROCESALES 267
II. REGULACIÓN DE LAS EXCEPCIONES PENALES 270
III. LA EXCEPCIÓN DE NATURALEZA DE JUICIO 273
IV. LA EXCEPCIÓN DE AMNISTÍA 273
V. LA EXCEPCIÓN DE COSA JUZGADA 275
VI. LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN 279
VII. LA EXCEPCIÓN DE NATURALEZA DE ACCIÓN 282
1. Incorporación al ordenamiento procesal penal 282
2. Alcances de la excepción 283
3. Límites de la excepción 287
VIII. PROCEDIMIENTO DE LAS EXCEPCIONES 289
1. Titularidad 289
2. Oportunidad 290
3. Trámite 292
4. Efectos 295

CAPÍTULO XVII
EL OBJETO DEL PROCESO PENAL

I. ASPECTOS GENERALES 297
II. EL OBJETO PENAL 299

1. Concepto 299
2. Requisitos subjetivos 299
3. Requisitos objetivos 300
A. La fundamentación fáctica 301
A.1. El hecho natural 301
A.2. El hecho típico y la homogeneidad del bien jurídico 302
B. La fundamentación jurídica 303
C. La petición 304
4. Requisitos formales 304
III. EL OBJETO CIVIL 306
1. Aspectos generales 306
2. Concepto 306
3. Elementos esenciales 307
A. Requisitos subjetivos 307
B. Requisitos objetivos 307
C. Requisitos formales 308
4. La congruencia civil de la sentencia penal 308

PARTE V
ESTRUCTURA DEL PROCESO PENAL

CAPÍTULO XVIII
ASPECTOS GENERALES DE LA ESTRUCTURA DEL PROCESO PENAL

I. INTRODUCCIÓN 313
II. LA ETAPA DE INSTRUCCIÓN 314
III. LA ETAPA INTERMEDIA 317
IV. LA ETAPA DE ENJUICIAMIENTO 318

CAPÍTULO XIX
LA ETAPA DE INSTRUCCIÓN O INVESTIGACIÓN (I)

I. CONCEPTOS GENERALES 321
1. La investigación oficial 321

2. Fines de la investigación 322
3. Contenido de la investigación 323
4. Naturaleza jurídica 324
A. Titularidad Fiscal 325
B. Obligatoriedad 327
C. Sumariedad 329
5. Régimen jurídico 330
II. EL MINISTERIO PÚBLICO EN EL CÓDIGO DE 1991 331
1. Fiscalía e investigación del delito 331
2. Ministerio Público y facultades coercitivas 334
3. Control judicial 335
III. VALOR DE LA INVESTIGACIÓN 337
1. Actos de investigación 337
2. Excepciones 338
IV. DINÁMICA DE LA INVESTIGACIÓN 339
1. Períodos de la investigación 339
2. Procedimiento de iniciación 339
3. Régimen general de la denuncia 341
4. Intervención de Organizaciones de Derechos Humanos 345
5. Iniciación de oficio 346
6. El procedimiento preliminar 347
7. La actuación policial 350
8. Control jurídico de la detención preliminar policial 353
9. Procedimiento de investigación formal 355
10. Abstención del Fiscal y denegación del procesamiento penal 355
A. Aspectos generales 355
B. La resolución fiscal desestimatoria 356
C. La denegación judicial del procesamiento penal 358
C.1. Aspectos generales. 358
C.2. Motivos de inadmisión 359
C.3. Motivos de desestimación 360
11. Promoción de la acción penal y auto de apertura de instrucción 364

CAPÍTULO XX
LA ETAPA DE INSTRUCCIÓN O INVESTIGACIÓN (II)

V. LOS ACTOS DE INVESTIGACIÓN 373
1. Aspectos generales 373
2. La inspección ocular 374
3. La reconstrucción 377
4. La revisión de personas 379
5. El reconocimiento de personas 379
6. El reconocimiento de cosas 382
7. Las diligencias especiales 383
A. La autopsia o necropsia 383
B. El reconocimiento médico–legal 385
C. La preexistencia 386
8. La identidad del imputado y sus circunstancias personales 388
A. Identidad del imputado 388
B. Determinación de la edad 389
C. Justificación de la conducta 390
D. Determinación de anomalía psíquica grave 390
9. La declaración del imputado 392
10. La declaración del testigo 395
11. La confrontación 399
12. La pericia 400
13. El documento 406
VI. MEDIDAS INSTRUMENTALES RESTRICTIVAS DE DERECHOS 409
1. Aspectos generales 409
A. Concepto 409
B. Clasificación 409
C. Presupuestos generales 411
D. Requisitos generales 412
2. El allanamiento 415
3. El registro e incautación de documentos privados 418
4. El control de las comunicaciones 420

A. De la correspondencia 421
B. De las comunicaciones telefónicas, radiales y similares 423
5. La inspección corporal 424
6. La intervención corporal 426
7. El levantamiento del secreto bancario y de la reserva tributaria 428
A. Del levantamiento del secreto bancario 429
B. Del levantamiento de la reserva tributaria 431
8. El secuestro o incautación y la exhibición forzosa de cosas 432
VII. CLAUSURA DE LA INSTRUCCIÓN 436
1. Aspectos generales 436
2. El procedimiento de conclusión sumarial en el Código de 1940 438
3. El procedimiento de conclusión sumarial en el Código de 1991 440

CAPÍTULO XXI
LA ETAPA INTERMEDIA

I. CONCEPTO Y FUNCIONES 443
1. Concepto 443
2. Funciones 445
A. Funciones principales 445
B. Funciones accidentales 445
II. PROCEDIMIENTO 446
III. EL AUTO DE SOBRESEIMIENTO 451
1. Concepto y notas esenciales 451
2. Clases 452
3. Presupuestos 453
A. Presupuestos de derecho material 453
B. Presupuestos de derecho procesal 454
4. Recursos 455
5. Sobreseimientos especiales 456
IV. LA ACUSACIÓN FISCAL 457
1. Fundamento, concepto y elementos 457
2. Requisitos formales 459

3. Clasificación 462
V. El auto de enjuiciamiento 463
VI. Interposición de medios de defensa y actos de prueba 465
1. Aspectos generales 465
2. El Código de 1940 465
3. El Código de 1991 466
4. El Proyecto de Código de 1995 468

Capítulo XXII
LA ETAPA DE ENJUICIAMIENTO

I. Concepto y significado 471
II. Períodos del juicio oral 474
III. Modos de realización del juicio oral 475
1. Régimen de la publicidad 475
2. Régimen de la oralidad 478
A. Aspectos generales 478
B. Excepciones a la oralidad 479
C. La inmediación 481
D. La identidad física del juzgador 483
3. Régimen de la continuidad 485
A. Concentración 485
B. Suspensión e interrupción 486
C. Motivos de suspensión 487
C.1. Motivos subjetivos de suspensión 487
C.2. Motivos objetivos de suspensión 489
C.3. Suspensión por razón del trámite 490
4. Régimen del contradictorio 493
IV. Poderes y deberes de los sujetos procesales 495
1. Del órgano jurisdiccional 495
A. Atribuciones resolutivas del Juez o de la Sala 496
B. Atribuciones probatorias del Juez o de la Sala 496
C. Atribuciones de gobierno y decisión 498

D. Atribuciones del Presidente de la Sala 499
2. De las partes 501
A. Aspectos iniciales 501
B. El acusado 502
C. El Ministerio Público 503
V. PROCEDIMIENTO DEL JUICIO ORAL 504
1. Aspectos generales 504
A. El orden del debate 504
B. El acta del debate 506
2. El período inicial 508
A. La apertura de la audiencia 508
B. Ofrecimiento y admisión de las pruebas del acto oral 509
C. El acto imputativo y la conformidad 510
C.1. El acto imputativo 510
C.2. La conformidad 511
3. El período probatorio 515
A. Aspectos generales 515
B. Los medios de prueba 517
B.1. Aspectos problemáticos 517
B.2. Declaración del acusado 520
B.3. La prueba testifical 522
B.4. La prueba pericial 526
B.5. La prueba documental 527
4. El período decisorio 530
A. La discusión final 530
A.1. La exposición del Fiscal 531
A.2. La exposición de la parte civil 536
A.3. La exposición del abogado del tercero civil 537
A.4. La exposición del abogado defensor del acusado 538
A.5. La autodefensa: el derecho de última palabra del acusado 538
B. La deliberación y sentencia 539
B.1. La deliberación 540
B.2. El pronunciamiento y documentación de la sentencia 543

CAPÍTULO XXIII
LA SENTENCIA PENAL

I. CONCEPTO 547
II. FORMACIÓN 548
III. ESTRUCTURA EXTERNA 551
1. Encabezamiento 551
2. Parte expositiva o antecedentes 551
3. Parte considerativa o motivación 552
A. Fundamentos de hecho 552
B. Fundamentos de derecho 553
4. Parte dispositiva o fallo 555
IV. GÉNESIS LÓGICA 556
1. El juicio histórico 556
2. El juicio jurídico 558
V. EXHAUSTIVIDAD 560
VI. EFECTOS DE LA SENTENCIA 566
1. Aspectos generales 566
2. Eficacia negativa de la cosa juzgada penal 568
3. Eficacia positiva de la cosa juzgada penal 569
4. Límites de la cosa juzgada 569
VII. PERSPECTIVAS ACTUALES DE LA CORRELACIÓN ENTRE ACUSACIÓN Y SENTENCIA ... 571

ABREVIATURAS Y CONVENCIONALISMOS UTILIZADOS

art. / arts.	artículo / artículos
CADH	Convención Americana de Derechos Humanos
CdePP	Código de Procedimientos Penales de 1940
CEP	Código de Ejecución Penal
Código de 1940	Código de Procedimientos Penales de 1940
Código de 1991	Código Procesal Penal de 1991
Const.	Constitución Política del Perú
CoNA	Código del Niño y de los Adolescentes
CP	Código Penal
CPC	Código Procesal Civil
CPP	Código Procesal Penal de 1991
D. Leg.	Decreto Legislativo
DUDH	Declaración Universal de los Derechos Humanos
Exp.	Expediente
LOMP	Ley Orgánica del Ministerio Público
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
OPP	Ordenanza Procesal Penal de Alemania (*Strafprozeßordnung*, StPO)
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
Proyecto de 1995	Proyecto de Código Procesal Penal de 1995
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
T.	Tomo
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TUO	Texto Único Ordenado
v. gr.	*verbi gratia*
Vol.	Volumen

Parte I

CUESTIONES GENERALES DEL DERECHO PROCESAL PENAL

CAPÍTULO I
DERECHO PROCESAL PENAL

SUMARIO: I. Derecho Procesal: 1. Definición. 2. Notas características. II. Derecho procesal Penal: 1. Definición. 2. Autonomía. III. Función del Derecho Procesal Penal: 1. Derecho penal y Derecho procesal penal. 2. Ámbito funcional del Derecho procesal penal. 3. Esencia del Derecho procesal penal. 4. Metas y medios del Derecho procesal penal. IV. Fuentes legales del Derecho procesal penal: 1. Aspectos generales. 2. La Constitución. 3. Los tratados. 4. Los códigos procesales.

I. DERECHO PROCESAL

1. DEFINICIÓN

Siguiendo a Hugo ALSINA podemos definir el derecho procesal como el conjunto de normas que regulan la actividad jurisdiccional del Estado para la aplicación de las leyes de fondo, y su estudio comprende: la organización del Poder Judicial y la determinación de la competencia de los funcionarios que lo integran y la actuación del juez y las partes en la sustanciación del proceso [1]. El Derecho procesal regula la actividad jurisdiccional del Estado, comprendiendo no sólo los requisitos y efectos del proceso sino también la conformación y actuación de los órganos penales.

Las normas que integran el Derecho procesal no son sólo las *procedimentales* (normas estrictamente reguladoras del proceso) sino también las *orgánicas* (normas que regulan la creación y actividad dentro de las cuales actuarán los órganos judiciales). El Derecho procesal, desde

---

[1] Citado por LEVENE (h), Ricardo: *Manual de Derecho procesal penal*, Depalma, Buenos Aires, 1993, T. I, p. 5.

esta perspectiva, se divide en dos ramas muy conectadas entre sí: *el derecho de organización judicial* y el *derecho procesal propiamente dicho.*

Sobre el particular, y siendo más específico, Faustino CORDÓN, apunta que forman parte del Derecho Procesal:

a) Las normas orgánicas reguladoras de la estructura, composición, estatuto y funciones de los órganos encargados de ejercer la función jurisdiccional en abstracto (los órganos jurisdiccionales) y las que distribuyen entre ellos el ejercicio de dicha función en concreto (normas de jurisdicción y de competencia).

b) Las normas relativas al contenido de la función jurisdiccional, en especial las que regulan los presupuestos y efectos de la tutela jurídica que a través de ella se imparte.

c) Las normas que regulan el instrumento que sirve de cauce para el ejercicio de la función jurisdiccional; ante todo, las que disciplinan los requisitos y efectos de los sujetos, objeto y cada uno de los actos que integran el proceso y los diversos cauces procedimentales [2].

2. NOTAS CARACTERÍSTICAS

Son tres las principales notas características del Derecho procesal: *es un derecho instrumental, público y no convencional.*

A. Derecho instrumental

El derecho procesal, a criterio de CORTÉS DOMÍNGUEZ, es un derecho *instrumental,* por cuanto sirve para que se puedan tutelar los derechos que tienen no sólo los ciudadanos sino todos los integrantes de una determinada comunidad social organizada [3]. GÓMEZ ORBANEJA acota al respecto que el derecho procesal tiene un fin inmanente, cual es la tutela del derecho sustantivo, por lo que se trata de una disciplina autónoma, no subordinada al Derecho material [4].

---

[2] CORDÓN, Faustino: *Introducción al Derecho procesal,* 2a. ed., Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1995, p. 19.

[3] En: MORENO CATENA, Víctor; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín; GIMENO SENDRA, Vicente: *Introducción al Derecho procesal,* Tirant lo blanch, Valencia, 1995, p. 310.

[4] GÓMEZ ORBANEJA, Emilio y HERCE QUEMADA, Vicente: *Derecho procesal penal,* 10a. ed., Artes Gráficas y Ediciones, Madrid, 1987, p. 16.

B. Derecho público

El Derecho procesal pertenece a la categoría de *derecho público*, porque regula la actividad del Estado para la realización de la justicia a través del ejercicio de la potestad jurisdiccional. Como tal, las normas que regulan la jurisdicción son *irrenunciables* (no es posible sustituir jurídicamente las normas procesales por actos jurídicos voluntarios regidos por el principio de la autonomía de la voluntad). Las partes no pueden reglar el proceso por normas distintas a las establecidas en la ley [5].

C. Derecho no convencional

El Derecho procesal tiene una naturaleza imperativa, no es *convencional*, de ahí la vigencia del principio de legalidad procesal y la no aceptación del principio de autonomía de la voluntad. De ello se deducen dos consecuencias: la *primera*, la exclusión del proceso convencional, de modo que el proceso se rige por normas legales a las cuales deben someterse el órgano jurisdiccional y las partes. La *segunda*, el carácter no dispositivo de las reglas que regulan el proceso y su actividad que son de aplicación necesaria [6].

II. DERECHO PROCESAL PENAL

1. DEFINICIÓN

GÓMEZ ORBANEJA define el Derecho procesal penal como el conjunto de normas jurídicas que tienen por objeto organizar los Tribunales de lo penal –nosotros diríamos en un sentido más amplio "*a los órganos penales*", que incluye la función persecutoria del Estado en manos del Ministerio Público y su ayudante principal: la Policía Judicial– y regula la actividad dirigida a la actuación jurisdiccional del Derecho penal material, fijando las condiciones de admisibilidad del proceso como un todo y los presupuestos, formas y efectos de los actos procesales singulares [7].

---

[5] ESCUSOL BARRA, Eladio: *Manual de Derecho procesal penal*, Colex, Madrid, 1993, p. 69.

[6] ASENCIO MELLADO, José María: *Introducción al Derecho procesal*, Tirant lo blanch, Valencia, 1997, p. 28.

[7] GÓMEZ ORBANEJA / HERCE QUEMADA: *Derecho procesal penal*, cit., p. 11.

Como se advierte de este concepto, el Derecho procesal penal se concreta a regular la actividad tutelar del derecho penal (justicia penal y administración de justicia penal). Ello permite tener presente, en primer lugar, que el derecho penal por sí solo y aislado no tendría ejecución en la realidad de la vida, requiere una actividad humana supletoria, del proceso, que deje sentado en cada caso el 'si' y el 'cómo' de la pena, ejecutando el acto punitivo; y, en segundo lugar, que también se ocupa de la organización de los tribunales –y en general de todo el servicio de administración de justicia penal– que es una condición previa del primero [8].

2. AUTONOMÍA

El Derecho procesal penal, sostiene Julio MAIER [9], ha alcanzado autonomía legislativa, científica y académica.

A. Autonomía legislativa

La autonomía científica es producto de una larga evolución y de separación del Derecho procesal penal respecto del Derecho penal material. Esta autonomía deriva del sistema, propio de los países de influencia jurídica euro–continental, de separar en diversos cuerpos de leyes al Derecho material y al Derecho procesal. En nuestro país, desde los albores de la organización republicana se estructuraron, independientemente, Códigos Penales y de Procedimientos Penales; así tenemos, el Código Penal de 1862 y el Código de Enjuiciamientos en Materia Penal de 1891. Luego, la evolución jurídica nacional ha seguido similar derrotero; al Código Penal de 1924 han seguido, antes y después, los Códigos de Procedimientos en Materia Criminal de 1920 y de Procedimientos Penales de 1940; y, al Código Penal de 1991, le ha seguido el Código Procesal Penal del mismo año, cuyas normas están suspendidas en su mayor parte.

B. Autonomía científica

La autonomía científica comenzó con el encuentro de ciertos principios y máximas propios del Derecho procesal, y con el deslinde y afir-

---

[8] BELING, Ernst: *Derecho procesal penal*, Labor, Barcelona, 1945, pp. 1–3.

[9] MAIER, Julio B. J.: *Derecho procesal penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1996, T. I., pp. 76–78.

mación de su propio objeto y función frente a la ley material, reflejado también en el tipo de normas jurídicas con el que estos dos ámbitos jurídicos se expresan; y continuó con la escisión de los principios procesales penales frente a los vigentes en el Derecho procesal civil.

C. Autonomía académica

La autonomía académica es consecuencia de la autonomía científica del Derecho procesal penal. Permite la construcción de cátedras propias que, a su vez, tiendan a desarrollar esta rama jurídica en su interrelación con el derecho material y el derecho procesal.

3. EXTENSIÓN

El Derecho procesal penal no sólo abarca la decisión de los conflictos sociales que pretenden la aplicación de la ley penal. También comprende las actividades que cumple el Estado cuando decide aplicar una pena o una medida de seguridad. Es obvio que el *derecho penal ejecutivo* no pertenece tradicionalmente al área de regulación del Derecho procesal penal; pero, como enseña MAIER, en tanto la ley penal requiere decisiones jurisdiccionales para fijar, suspender, transformar o hacer cesar la ejecución penal, el Derecho procesal penal debe prever el tribunal competente para ello, el procedimiento para lograr la decisión, la clase y forma de la decisión y la posibilidad eventual de su impugnación [10]. El art. VI *ab initio* del Título Preliminar del Código Penal estatuye que *"En todo caso, la ejecución de la pena será intervenida judicialmente"*.

III. FUNCIÓN DEL DERECHO PROCESAL PENAL

1. DERECHO PENAL Y DERECHO PROCESAL PENAL

Derecho penal material y Derecho procesal penal, dice BINDER, son corresponsables de la política criminal y ejes estructuradores de lo que se denomina "Sistema Penal" o "Sistema de Justicia Penal", que es el conjunto de instituciones vinculadas con el ejercicio de la coerción penal y el castigo estatal. Ambas ramas regulan en forma conjunta el poder

[10] MAIER: *Derecho procesal penal*, cit., T. I, pp. 81–82.

punitivo del Estado; v.gr.: las garantías penales –principios de legalidad o culpabilidad– funcionan en estrechísima relación con las garantías procesales –derecho de defensa y presunción de inocencia– [11]. BELING, al respecto, señala que el Derecho penal y el Derecho procesal penal no son más que sectores de un ordenamiento jurídico idéntico, de forma que el procesal está llamado únicamente a servir al penal, aunque es del caso reconocer que entre ambos existe una diferenciación conceptual, pues poseen objeto propio de regulación y un sentido peculiar [12].

En esta perspectiva, Winfried HASSEMER apunta que son dos, sobre todo, las razones que hablan en favor de esta estrecha relación entre ambas materias: por un lado, la misión del Derecho penal no puede determinarse sin tener en cuenta las cuestiones procesales; por otro lado, la realidad de la Administración de Justicia penal viene en buena parte configurada por el Derecho procesal penal y así, por ejemplo, cuestiones tales como las medidas coactivas o el mismo juicio oral son las que más interesan a la opinión pública, a lo que se añade que el Ministerio Público puede, por razones de oportunidad, pedir el sobreseimiento del proceso [13]. En tanto secciones de una misma materia, no puede concebirse una sin la otra y, sobre todo, no tendría ningún sentido que obedecieran a criterios diferentes [14].

El *Derecho penal material* es, como se sabe, el conjunto de las normas jurídicas que asocian a la realización de un delito como presupuesto, la aplicación de penas y/o medidas de seguridad, como principales consecuencias jurídicas [15]. El *Derecho procesal penal*, en cambio, es el conjunto de normas jurídicas necesarias para la aplicación de las consecuencias jurídicas previstas en el Derecho penal material; normas que incluyen –de un lado– las normas sobre estructura y principios de organización del órgano jurisdiccional penal destinadas a regular el procedimiento para la

---

[11] BINDER, Alberto: *Introducción al Derecho procesal penal*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1993, pp. 37 y 45.

[12] BELING: *Derecho procesal penal*, cit., pp. 3–4.

[13] HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco: *Introducción a la Criminología y al Derecho penal*, Tirant lo blanch, Valencia, 1989, pp. 122–123.

[14] CARBONELL MATEU, Juan: *Derecho penal: Conceptos y principios constitucionales*, Tirant lo blanch, Valencia, 1996, p. 95.

[15] GARCÍA RIVAS, Nicolás: *El poder punitivo en el Estado democrático*, Ediciones Universidad Castilla–La Mancha, Cuenca, 1996, p. 15.

actuación de la pretensión penal estatal, y –de otro lado– los preceptos sobre el proceso en el que las acciones punibles son investigadas, perseguidas, tratadas y condenadas [16].

Por consiguiente, si el Derecho penal regula el nacimiento, la modificación y el fin de relaciones jurídicas (sobre todo de pretensiones), el Derecho procesal penal se ocupa de la realización de esta situación jurídica, normada por el derecho material, en un procedimiento especial. De ahí que se le configure como *derecho auxiliar*. El Derecho penal material requiere para su realización del concurso de los órganos estatales y ello solo puede ocurrir a través de un procedimiento reglado [17].

Dos son las razones principales: **1)** La realización del derecho penal está sujeta a un fuerte interés público, que exige un procedimiento sustraído a la disposición de las partes (búsqueda de la verdad real) y, por tanto, la sola confesión del imputado no es suficiente para la imposición de una pena o medida de seguridad; y **2)** El Derecho penal material toma como punto de partida una "división del trabajo" entre norma jurídica y juez, pues casi siempre las consecuencias jurídicas del delito son relativamente indeterminadas, de suerte que compete al juez elegir la sanción justa en el caso particular [18].

El Derecho penal material fija en los elementos del hecho punible y en los presupuestos de las consecuencias jurídicas y su determinación, las metas que hay que buscar en el proceso penal [19].

2. AMBITO FUNCIONAL DEL DERECHO PROCESAL PENAL

El concepto de Derecho procesal penal condiciona las funciones que le incumben. Le corresponde, en esencia, regular el procedimiento para determinar y realizar la pretensión penal estatal, propia del proceso penal. Así tenemos:

---

[16] JESCHECK, Hans Heinrich: *Tratado de Derecho penal. Parte general*, Bosch, Barcelona, 1981, Vol. I, p. 23.

[17] SCHMIDT, Eberhard: *Los fundamentos teóricos y constitucionales del Derecho procesal Penal*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1957, pp. 23–24.

[18] BAUMANN, Jürgen: *Derecho procesal penal*, Depalma, Buenos Aires, 1986, pp. 4–5.

[19] HASSEMER / MUÑOZ CONDE: *Introducción a la Criminología*, cit., p. 123.

A. El derecho de penar del Estado

El Derecho procesal penal se ocupa, a juicio de GIMENO SENDRA, de *la actuación del derecho de penar del Estado, esto es, de la pretensión penal estatal,* así como *de la protección de los derechos a la libertad, a la tutela de la víctima y a la reinserción del imputado*[20].

1. *La pretensión de castigar y la imposición de otras consecuencias jurídicas* constituye monopolio estatal. El Estado tiene el deber de castigar aquellas conductas que causan un gran daño social en aras de garantizar la seguridad ciudadana. Pero al reprimir el delito no sólo se ocupa de las penas, sino también de las medidas de seguridad –que se ordenan siempre que exista un interés público predominante y persiguen fines de curación, tutela y rehabilitación (arts. VII y IX del Título Preliminar del Código Penal)–, así como de las manifestaciones conexas a la pretensión estatal: a la reparación civil –que comprende la restitución del bien y la indemnización de los daños y perjuicios que generó el delito, a tenor de lo dispuesto por el art. 93º del Código Penal– y que el Ministerio Público y el juez están obligados a pronunciarse conjuntamente con la pena (art. 92º del Código Penal, art. 92º.4 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, así como arts. 285º del Código de Procedimientos Penales de 1940 y 304º del Código Procesal Penal de 1991).

2. En un Estado de Derecho, la función del Derecho procesal penal también comprende el *derecho a la libertad del ciudadano inocente.* El proceso penal constituye, desde esta perspectiva, un instrumento neutro de la Jurisdicción, cuya finalidad también consiste en declarar e inclusive restablecer puntualmente el derecho a libertad, que desde un punto de vista constitucional ocupa una posición preferente a la potestad jurisdiccional de imposición de penas.

3. Como nuestro modelo procesal, bajo inspiración francesa, asume el principio de acumulación obligatoria de la acción civil derivada del delito, el proceso penal constituye, igualmente, un *instrumento útil para la reparación de la víctima.* El art. 139º.3 de la Constitución garantiza, al respecto, el derecho del perjudicado por el delito a la obtención de una eficaz y rápida tutela de su pretensión resarcitoria.

---

[20] GIMENO SENDRA, Vicente; MORENO CATENA, Víctor; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín: *Derecho procesal penal,* Colex, Madrid, 1996, pp. 25–27.

4. La función de *reinserción* también corresponde al proceso penal en una democracia. Es cierto que esta función preventiva especial es más propia del Derecho penal (art. 139º.22 de la Constitución), la cual tiene un punto práctico en el tratamiento de los delitos leves y la interdicción de las penas privativas de la libertad de corta duración. En esta misma perspectiva, el Derecho procesal penal cumple un rol importantísimo al reducir los supuestos de la detención o prisión provisional, al instituir medidas alternativas a ella y al incorporar los principios de oportunidad reglada (art. 2º del Código Procesal Penal de 1991) y del consenso (conformidad, terminación anticipada del proceso y colaboración eficaz).

B. La garantía procesal

La pretensión punitiva del Estado debe determinarse y realizarse en el proceso penal. Es lo que se denomina *garantía procesal*, reconocida constitucionalmente en el art. 139º.10 de la Constitución. La sanción penal sólo puede tener lugar en los marcos de un debido proceso (art. 139º.3 de la Constitución), es decir, de un proceso justo y equitativo que asegure el derecho de defensa y un tratamiento digno, bajo el imperio del principio de proporcionalidad, al imputado. Esto significa que el Derecho procesal penal regula un conflicto secular: persecución penal y garantía de libertad y, en tal virtud, pretende construir una regulación equilibrada de los derechos y deberes de los sujetos procesales [21].

3. ESENCIA DEL DERECHO PROCESAL PENAL

Ya se ha sostenido que el Derecho procesal penal es una parte del *derecho público*. Esta disciplina trata de realizar el Derecho penal. En tanto es un derecho de realización, los ciudadanos están en una relación de sujeción frente al poder estatal, sin perjuicio de que se les reconozcan derechos intangibles que el Estado debe respetar en todo momento. Ello explica, en primer lugar, que es posible emplear *medios coercitivos* procesales para lograr el fin del proceso y, en segundo lugar, que el órgano de la persecución –el Ministerio Público– tenga una posición muy especial: conduce la investigación y sostiene la pretensión penal, aun

[21] BAUMANN: *Derecho procesal penal*, cit., p. 16.

cuando esté sometido al control del órgano jurisdiccional y deba respetar el derecho de defensa y demás garantías del imputado.

Por otro lado, el Derecho procesal penal es *derecho referido al procedimiento*. La solución de la controversia –o *redefinición del conflicto* en términos de BINDER– (imputación delictiva vs. derecho de contradicción) se lleva a cabo por grados. Mientras el fin del proceso es la decisión sobre el objeto del proceso (el hecho delictivo imputado), existen en los distintos grados fines intermedios y, por consiguiente, una regulación diferente de los derechos y deberes de los sujetos que participan del proceso en los distintos grados.

El Derecho procesal penal, si bien tiene una función auxiliar del Derecho penal material, empero está estrechamente vinculado a él como consecuencia de la base común de las nociones de punibilidad y perseguibilidad. Siendo así, ambos derechos están sometidos a las mismas condiciones de protección, entre las que es del caso destacar la vigencia de los principios de *in dubio pro reo* y de prohibición de la retroactividad, a los que es del caso agregar el principio de la presunción de inocencia [22].

Además, como el Derecho procesal penal es también Derecho procesal también presenta afinidad con los demás Derechos procesales, pues todos ellos solucionan o redefinen similares problemas y los conflictos de intereses, v.gr.: el curso del procedimiento, la realización del juicio oral, la citación de testigos y peritos, la introducción de medios de prueba y otros. Por último, el Derecho procesal penal también es *Derecho constitucional aplicado,* desde que afecta derechos fundamentales y, a final de cuentas, está destinado a restringir bienes jurídicos de relevancia constitucional.

4. METAS Y MEDIOS DEL DERECHO PROCESAL PENAL

El Derecho procesal penal, al ser un derecho referido al procedimiento penal, que como sabemos importa una intensa confrontación entre el ciudadano y el poder público, exige –de un lado– una regulación jurídica escrupulosa y –de otro lado– una limitación de los poderes de los órganos estatales penales, así como de los derechos y obligaciones del sospechoso del delito y de los agraviados, testigos, peritos e intérpretes.

---

[22] BAUMANN: *Derecho procesal penal,* cit., p. 27.

Esta regulación jurídica, que se inicia con la primera sospecha concreta de un hecho punible y llega hasta la ejecución de la pena o medida de seguridad, tiene como meta esencial el esclarecimiento de la sospecha de la comisión de un delito incriminado al imputado. Desde esta perspectiva, el hallazgo de la verdad no constituye un fin en sí mismo, sino un mero fin intermedio, que debe esclarecer si la *sospecha del hecho* que resulta contra el inculpado está o no justificada. Tal constatación obliga a considerar que el inculpado sea realmente inocente, lo que debe marcar el conjunto de sus regulaciones del Derecho procesal penal [23].

Para cumplir la meta del esclarecimiento, el Estado se vale de medios de coerción, que representan una restricción de los derechos fundamentales del interesado (puede incluirse no sólo al imputado, sino a un testigo o un tercero). En suma, corresponde al Derecho procesal penal regular la clase y extensión, su conformidad a derecho, de las restricciones de los derechos fundamentales.

El Derecho procesal penal, en un Estado Democrático, desde el punto de vista de sus medios incorpora tres grandes limitaciones:

1. La *vinculación formal de la prueba de la verdad* es uno de las seguridades fundamentales del proceso penal y uno de los objetivos del Código Procesal Penal de 1991 (arts. 190º y 195º). La prueba no se averigua a cualquier precio. La actividad probatoria permite proceder contra el imputado de modo que se respete su dignidad, garantizando sus derechos fundamentales y respetando su personalidad.

2. La *dependencia del Derecho procesal penal respecto del Derecho Constitucional.* Si la verdad se investiga con estricto respeto a la dignidad humana y a los derechos fundamentales (arts. 1º y 44º de la Constitución), es obvia la estrecha relación entre ambos derechos. Según nuestro sistema jurídico, el Código de Procedimientos Penales regula extensamente el poder estatal en las causales penales y, por ello, sus reglas –que son obligatorias– sólo encuentran un límite externo en la Ley Fundamental.

La doctrina es unánime en enfatizar que las disposiciones de la ley procesal, al igual que el resto del ordenamiento jurídico, deben ser in-

[23] EN: ROXIN, Claus; ARTZ, Günther y TIEDEMANN, Klaus: *Introducción al Derecho penal y al Derecho procesal penal*, Ariel, Barcelona, 1989, pp. 134–135.

terpretadas de acuerdo con la Constitución, es decir, en un sentido que establezca una conformidad interna con el contenido de la Ley Fundamental. TIEDEMANN explica al respecto que la interpretación de acuerdo a la Constitución actúa en la mayor parte de las veces restringiendo y limitando los poderes estatales [24].

3. El *formalismo del proceso penal.* Para remover la presunción de inocencia, instituida en nuestro texto constitucional como un derecho fundamental (art. 2º.24.'e' Const.), el proceso penal debe ser realizado debidamente: *sólo respetando los derechos fundamentales y teniendo en cuenta los límites a la actividad de los órganos públicos es posible condenar y remover la presunción de inocencia.*

IV. FUENTES LEGALES DEL DERECHO PROCESAL PENAL

1. ASPECTOS GENERALES

Se entiende por *fuente del derecho* "aquel procedimiento a través del cual se produce, válidamente, normas jurídicas que adquieren el rasgo de obligatoriedad propio del Derecho y, por lo tanto, la característica de ser impuestas legítimamente a las personas mediante los instrumentos de coacción del Estado" [25].

Como se sabe, en nuestro sistema jurídico la legislación es la fuente formal más importante. Crea normas jurídicas formales escritas y de carácter general. Son producidas por expresión de voluntad de los Poderes del Estado. En materia procesal penal, la ley es la única fuente del Derecho procesal penal, en tanto se entienda que este principio sólo indica de manera general el sistema de creación de normas procesales penales [26].

2. LA CONSTITUCIÓN

La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, a tenor de lo dispuesto por el art. 51º de la misma. Esta supremacía, según

---

[24] En: ROXIN *et. al.*: *Introducción al Derecho penal y al Derecho procesal penal,* cit., p. 142.

[25] RUBIO CORREA, Marcial: *El sistema jurídico. Introducción al derecho,* Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1988, p. 115.

[26] MAIER: *Derecho procesal penal,* cit., T. I, p. 121.

GARCÍA DE ENTERRÍA [27] se manifiesta en un doble aspecto: **a)** en la imposibilidad de que ésta sea modificada ni revisada, sino por el procedimiento que la misma señala (art. 206º); y, **b)** en la eficacia que despliega, pues todos los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a ella.

La Constitución nacional se ha ocupado profusamente de los asuntos procesales, modificando significativamente el panorama normativo del proceso y del ordenamiento procesal orgánico. No sólo reconoce la garantía procesal de que no se puede ser penado sin proceso judicial (art. 134º.10), sino que contiene un conjunto de normas jurídicas relativas tanto a los caracteres e instituciones del proceso penal, cuanto al reconocimiento y restricción de los derechos fundamentales [28].

En el primer rubro: *caracteres e instituciones del proceso penal*, tenemos las siguientes:

- Publicidad de los procesos (art. 139º.4).
- Motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias (art. 139º.5).
- Pluralidad de la instancia (139º.6)
- Interdicción de la condena en ausencia (art. 139º.12).
- Ejercicio exclusivo del Ministerio Público de la acción penal de oficio o a petición de parte (art. 159º.5).
- Conducción del Ministerio Público, desde su inicio, de la investigación del delito y dirección jurídico funcional de la Policía Judicial (art. 159º.4).
- Prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada. La amnistía, el indulto, el sobreseimiento definitivo y la prescripción producen los efectos de cosa juzgada (art. 139º.13).
- Derecho a una indemnización por los errores judiciales en los procesos penales y por las detenciones arbitrarias (art. 139º.7).

---

[27] Citado por ESCUSOL BARRA: *Manual de Derecho procesal penal*, cit., p. 43.

[28] DE LA OLIVA SANTOS, Andrés; ARAGONESES MARTÍNEZ, Sara; HINOJOSA SEGOVIA, Rafael; MUERZA ESPARZA, Julio; TOMÉ GARCÍA, José Antonio: *Derecho procesal penal*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1993, pp. 63–67.

- Exclusión de los perseguidos por delitos políticos o por hechos conexos a ellos del ámbito de la extradición, sin que el genocidio, el magnicidio y el terrorismo puedan considerarse delitos políticos (art. 37º).
- Prohibición de la violencia moral, psíquica o física, de la tortura y de los tratos inhumanos y humillantes. Las declaraciones obtenidas por la violencia carecen de valor (art. 2º 24.'h').
- Ejercicio de la función jurisdiccional dentro de su ámbito territorial y de conformidad con el derecho consuetudinario, por las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas (art. 140º).
- Elección popular de los Jueces de Paz y posibilidad de elección de los jueces de primera instancia (art. 152º).
- Enjuiciamiento en el fuero común de los delitos cometidos por medio del libro, la prensa y demás medios de comunicación social (art. 2º.4).
- Sometimiento al Fuero Militar de los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional en caso de delito de función (art. 173º).

En el segundo rubro, referente a las *aportaciones constitucionales al ámbito de los derechos fundamentales y libertades públicas*, tenemos las siguientes normas:

- Necesidad de que la detención sólo procede por mandato escrito y motivado de juez competente o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito (art. 2º.24.'f', primer párrafo).
- Detención con plazo máximo de 24 horas o en el término de la distancia sin ser puesto a disposición del Juzgado, salvo en los casos de delitos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas en que el plazo máximo es de 15 días naturales (art. 2º.24.'f', segundo y tercer párrafo).
- Derecho del detenido a ser informado, inmediatamente y por escrito, de las causas o razones de su detención (art. 139º.15).
- Derecho de toda persona a comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorada por éste desde que es citada o detenida (art. 139º.14).

- Levantamiento del secreto bancario y la reserva tributaria por orden judicial, del Fiscal de la Nación o de una comisión investigadora del Congreso (art. 2º.5 *in fine*).
- Inviolabilidad del domicilio y necesidad de resolución judicial que autorice el ingreso y el registro correspondiente, salvo flagrante delito o muy grave peligro de su perpetración (art. 2º.9).
- Derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados. La apertura, incautación, interceptación o intervención de las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos sólo procede por orden judicial. Los libros, comprobantes y documentos contables y administrativos no pueden ser incautados salvo orden judicial (art. 2º.10).
- Derecho a obtener la tutela jurisdiccional y la observancia del debido proceso (art. 139º.3).
- Derecho a la presunción de inocencia (art. 2º. 24.'e').

3. LOS TRATADOS

El art. 55º de la Constitución prescribe que los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional. Si se trata normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce, la Cuarta Disposición Final de la Ley Suprema establece que éstas se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú. Dos son los tratados fundamentales en materia procesal penal que es del caso tener presente: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH).

Es de destacar las siguientes normas internacionales:

- Derecho de toda persona, en condiciones de plena igualdad, a ser oído públicamente, con justicia, por un tribunal independiente e imparcial cuando se examine una acusación penal; y, a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley y en juicio público con todas las garantías necesarias para su defensa (arts. 10º y 11º DUDH).
- Prohibición de la detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por

ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta (art. 9º.1 PIDCP).

- Igualdad ante los tribunales (art. 14º.1 PIDCP).
- Derecho de toda persona a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal (art. 8º.1 CADH).
- Derecho de toda persona, en plena igualdad, a garantías mínimas. Entre ellas, cabe destacar: **a)** la comunicación previa y detallada de la acusación formulada; **b)** la concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; **c)** derecho de la defensa a interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos; **d)** derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable; y, **e)** derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior (art. 8º.2 CADH).
- Derecho de toda persona a ser juzgada sin dilaciones indebidas (art. 14º.3.'c' PIDCP).
- Derecho de toda persona declarada culpable de un delito a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley (art. 14º.5 PIDCP).

4. Los códigos procesales

El Perú desde los albores de su iniciación republicana ha contado con una ley procesal con pretensiones de totalidad, es decir, que procuraba regular integralmente el fenómeno de la organización de los órganos públicos del control penal y del procedimiento penal.

El primer Código, denominado Código de Enjuiciamiento en Materia Penal, es del 1 de marzo de 1863. El segundo, denominado Código de Procedimientos en Materia Criminal, es del 2 de enero de 1920 (Ley Nº 4019). El tercero, denominado, Código de Procedimientos Penales, es del 23 de noviembre de 1939 (Ley Nº 9024). El cuarto, denominado Código Procesal Penal, es del 25 de abril de 1991 (Decreto Legislativo

Nº 638). Este último Código se encuentra suspendido en aras de una adecuación del mismo a las disposiciones de la nueva Constitución de 1993, según lo dispuesto en la Ley Nº 26299, de 28 de abril de 1994.

Paralelamente al Código de Procedimientos Penales, desde el aspecto orgánico resultan de trascendental importancia, en primer lugar, la Ley Orgánica del Poder Judicial –destinada a regular la organización, funciones y competencia de los órganos que integran el Poder Judicial– y, en segundo lugar, la Ley Orgánica del Ministerio Público. El país ha contado hasta el momento con cuatro Leyes Orgánicas: **a)** el Reglamento de los Tribunales, de 1 de agosto de 1854; **b)** la Ley Orgánica del Poder Judicial de 28 de julio de 1912, Ley Nº 1510; **c)** la Ley Orgánica del Poder Judicial de 25 de julio de 1963, Decreto Ley Nº 14605; y, **d)** la Ley Orgánica del Poder Judicial de 29 de noviembre de 1991, Decreto Legislativo Nº 767. Esta última norma fue modificada por el Decreto Ley Nº 25869, de 18 de noviembre de 1992, que dio lugar al Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobado por Decreto Supremo Nº 017–93–JUS, de 28 de mayo de 1993. Desde que la Constitución de 1979 separó, como corresponde, al Ministerio Público del Poder Judicial –en cuya Ley Orgánica se regulaban sus aspectos orgánicos–, esta institución cuenta con su propia Ley Orgánica, el Decreto Legislativo Nº 52, de 16 de marzo de 1981.

CAPÍTULO II
NORMA PROCESAL Y PROCESO PENAL

SUMARIO: **I.** Características de las normas procesales penales. **II.** Ambito de aplicación de la Ley procesal penal: 1. Ley procesal penal en el espacio. 2. Ley procesal penal en el tiempo. 3. Ley procesal penal por razón de las personas. **III.** Interpretación de la ley procesal penal. **IV.** El proceso penal. **V.** Sistemas procesales penales: 1. Aspectos generales. 2. Sistema acusatorio. 3. Sistema inquisitivo. 4. Sistema mixto. **VI.** Sistema procesal peruano: 1. El Código de Enjuiciamientos en Materia Penal. 2. El Código de Procedimientos en Materia Criminal. 3. El Código de Procedimientos Penales. 4. La legislación procesal penal especial. 5. El Código Procesal Penal. 6. El Proyecto de marzo de 1995.

I. CARACTERÍSTICAS DE LAS NORMAS PROCESALES PENALES

Se entiende por normas procesales aquellas que están incluidas en el Derecho procesal como ordenamiento de la protección jurisdiccional de los derechos, afectando a los órganos y sujetos del proceso, actos, relaciones y situaciones procesales, requisitos y efectos que se observan dentro de aquél por el juez y por las partes para proceder. Dentro de las normas procesales, en sentido amplio, se incluyen tanto las normas orgánicas, relativas a la organización judicial, y las normas ordinarias, que regulan los presupuestos y eficacia del proceso; y dentro de las primeras, unas pertenecen al Derecho procesal en sentido estricto y otras al Derecho Constitucional y Administrativo, aunque con incidencia en el Derecho procesal [29].

---

[29] CORDÓN: *Introducción al Derecho procesal*, cit., pp. 20–21.

En concordancia con la naturaleza de derecho público y tutelar del Derecho procesal penal, se tiene que las normas que regulan esta disciplina son irrenunciables o imperativas y de garantía. Son *irrenunciables* porque vinculan a todos los que intervienen en el proceso y no es posible sustituirlas por actos jurídicos voluntarios regidos por el principio de autonomía de la voluntad. El proceso penal no puede regularse al margen de la ley. Son de *garantía* porque tutelan la jurisdicción penal, esto es, definen los presupuestos del ejercicio de la acción penal, explicitan los efectos de las resoluciones judiciales en cada caso concreto y regulan la forma y contenido de la actividad jurisdiccional.

Ambas características son expresión del principio de legalidad y reflejan la necesidad de que la actuación procesal penal de las partes y demás participantes procesales (policiales y fiscales, así como imputados, abogados, testigos y peritos) se realice, en todo caso, bajo control judicial. El ser expresión del principio de legalidad no elimina la vigencia de los principios de oportunidad y del consenso, en tanto no sean emanación de la arbitrariedad, sirvan a los objetivos de agilización y eficacia de la justicia penal y, en todo caso, estén conectados con la ley, que debe señalar los requisitos, condiciones y modo de operar.

II. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY PROCESAL PENAL

1. LEY PROCESAL PENAL EN EL ESPACIO

Sostiene BELING que la finalidad de la ley procesal penal es "ofrecer a los órganos de la justicia penal las normas a que han de atenerse en su conducta propia y al juzgar las conductas ajenas" [30].

Las leyes procesales penales son normas territoriales. Señala Domingo GARCÍA RADA que la ley procesal sólo surte sus efectos en el ámbito dentro del cual el Estado ejerce su soberanía y que su vigencia tiene su misma extensión territorial [31]. Rige, en consecuencia y con carácter general, el brocardo *"lex fori"*, de manera que todo acto procesal llevado a efecto en el Perú por nuestros jueces se tramitará conforme a nuestras

[30] BELING: *Derecho procesal penal*, cit., p. 10.

[31] GARCÍA RADA, Domingo: *Manual de Derecho procesal penal*, EDDILI, Lima, 1984, p. 17.

normas, inclusive las actuaciones procesales realizadas por jueces nacionales en funciones de auxilio judicial internacional y, por tanto, en el marco de un proceso extranjero regido, pues, por los preceptos imperantes en ese país [32].

El Código de Procedimientos Penales de 1940 contiene tres normas en materia de ley procesal en el espacio; normas que según José HURTADO POZO son semejantes a las disposiciones del Código de 1920, tienen una clara influencia francesa y no se encuentran en completa armonía con las disposiciones del Código Penal de 1924 [33].

El art. 6º contiene una regla de carácter general de extensión del conocimiento de los delitos por los jueces peruanos: si un peruano que delinque en el extranjero y dicha conducta también es penada por la ley penal peruana, su autor puede ser juzgado a su regreso al Perú (*principio de la nacionalidad activa*) . El art. 7º consagra el *principio real o de defensa*, al precisar que si un extranjero que comete un delito fuera del territorio nacional y si ese delito es contra la seguridad del Estado, falsificación de moneda, billetes o documentos nacionales, será juzgado conforme a las leyes peruanas si es detenido en el Perú o si el Gobierno obtiene su extradición. El art. 8º reconoce efectos parciales a las sentencias o actuaciones jurisdiccionales extranjeras: no procede la persecución si por el hecho delictivo, cuyo enjuiciamiento puede ser realizado por el Perú, un tribunal extranjero ya emitió sentencia absolutoria o si habiendo emitido sentencia condenatoria, la pena ya fue cumplida o el reo hubiera obtenido su remisión o su aplicación haya prescrito.

En realidad estas normas no definen un marco de actuación procedimental a los órganos penales. Resulta preciso señalar que en materia de Derecho procesal penal internacional rige un principio básico: en los procedimientos que se sigan ante un órgano de la justicia penal del país, todos los sujetos, y particularmente el juez, han de atenerse al derecho interno. Si se trata de una solicitud de cooperación judicial internacional, el juez nacional se regirá con arreglo a las normas del derecho interno, mientras que los actos procesales de un Estado extranjero sólo tienen para el Perú una significación de simple he-

---

[32] ASENCIO MELLADO: *Introducción al Derecho procesal*, cit., p. 30.

[33] HURTADO POZO, José: *Manual de Derecho penal. Parte general*, EDDILI, Lima, 1987, p. 208.

cho, con las excepciones que fije el Derecho Internacional y los Tratados respectivos [34].

Los arts. 6º al 8º del Código de 1940 han sido abrogados por los arts. 1º al 4º del Código Penal de 1991. Este Código define el principio de territorialidad (art. 1º) de la ley penal como criterio rector de aplicación de la ley penal en el espacio, a la par que asume a un nivel de supletoriedad los demás principios, con sus respectivas excepciones (arts. 2º, 3º y 4º). Consecuentemente, es lógico afirmar que las normas o pautas que rigen la aplicabilidad de los preceptos penales en el espacio también se aplican a la ley procesal. Como al aplicar el Código Penal siempre debe cumplirse el procedimiento legalmente establecido, se puede partir como de un todo, para el estudio de esta situación [35].

2. LEY PROCESAL PENAL EN EL TIEMPO

Dado que el proceso se desarrolla en el tiempo, no es raro que a una norma jurídica le suceda otra que regule el mismo supuesto de hecho aunque de manera diversa. La Constitución prescribe que las leyes en general no tienen fuerza ni efecto retroactivo (art. 103º). Ello es así en el derecho procesal penal porque el Juez únicamente puede actuar conforme a la norma procesal vigente al tiempo en que se desarrolla el proceso [36].

Sobre la base de la irretroactividad de la ley procesal penal es de tener presente, en principio, que el art. 8º.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos estipula que el tribunal u órgano jurisdiccional competente es el establecido por ley con anterioridad a la comisión del delito, por lo que en materia de configuración del juez rige el brocardo *tempus comissi delicti* .En cuanto a la organización legal del proceso, la doctrina procesal mayoritaria sostiene que rige el brocardo "*tempus regis actum*", en cuya virtud las normas procesales son aquellas vigentes al momento de realización del acto procesal. Empero, esta última concepción debe matizarse, pues se basa en una pretendida neutralidad de las normas procesales, que con carácter general no puede ser admisible. La aplicación de los preceptos procesales, que se refieren al

[34] BELING: *Derecho procesal penal*, cit., pp. 10–11.

[35] MARTÍNEZ RAVE, Gilberto: *Procedimiento penal colombiano*, Temis, Bogotá, 1994, p. 35.

[36] ESCUSOL BARRA: *Manual de Derecho procesal penal*, cit., p. 91.

mero transcurso formal de los procesos y a la organización de los tribunales que en términos generales no restringen derechos individuales, seguirán rigiéndose por el principio de la ley vigente en el momento del proceso [37]. En cambio, cuando se trata de disposiciones de garantías han de ser consideradas como restrictivas de derechos y, por consiguiente, sometida al brocardo *tempus comissi delicti*, que es el presupuesto material al que las consecuencias procesales se hallan ligadas [38].

BINDER apunta, en *primer lugar*, que los actos procesales que deban desarrollarse luego de modificarse la ley procesal y que no tengan relación con la orientación político criminal del proceso (ampliación o restricción de plazos, requisitos formales para la eficacia de ciertos actos, etc.), se rigen por la ley vigente al realizarse los mismos; y, en *segundo lugar*, que si la nueva ley procesal penal es más favorable, es decir, que fortalece el sentido político–criminal del proceso, lo que será ostensible cuando amplía o profundiza el régimen de garantías y de restricciones garantizadoras sobre el poder penal del Estado (v. gr.: régimen de las medidas cautelares y de las normas instrumentales restrictivas de derechos fundamentales), al punto de que puede conllevar a la renovación del acto que ha sido realizado de modo menos garantizador, se aplica la ley procesal vigente al momento de la comisión del delito, siempre que sea más favorable al imputado [39].

La IX Disposición del Título Preliminar del Código Procesal Penal señala que la ley procesal penal se aplica desde su vigencia, inclusive para lo que resta del proceso por un delito cometido con anterioridad y cuya sentencia no ha quedado firme, *siempre que se trate de disposiciones más favorables al imputado.* Esta norma parte de una idea clave, tomada como regla general: el proceso y el conjunto de sus actos se rigen por la ley que se encuentra vigente al momento de su realización al margen de aquel en que se llevó a cabo el supuesto fáctico que motivó la apertura del proceso. Empero, si las normas –en esencia– comprometen derechos fundamentales, su aplicación inmediata está condicionada al principio de favorabilidad.

---

[37] BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán: *Lecciones de Derecho penal*, Trotta, Madrid, 1997, p. 105.

[38] CARBONELL MATEU: *Derecho penal*, cit., p. 150.

[39] BINDER: *Introducción al Derecho procesal penal*, cit., p. 133.

Es de insistir que la aplicación inmediata de una norma procesal está en función a la fecha de comisión del delito, siempre que la variación de los trámites de procedimiento no altere el sentido del proceso. Por consiguiente, si el proceso está en trámite y la nueva norma no modifica el sentido político criminal del mismo ni introduce normas desfavorables en comparación con la ley procesal vigente al momento de la comisión del delito imputado, la norma modificatoria será de aplicación inmediata. Sólo dentro de estos límites es aplicable la Segunda Disposición Final del Código Procesal Civil, que preceptúa en su primer extremo que "*Las normas procesales son de aplicación inmediata, incluso al proceso en trámite*".

3. LEY PROCESAL PENAL POR RAZÓN DE LAS PERSONAS

El principio general en materia del ámbito de vigencia personal de la ley procesal penal consiste en que ésta es de aplicación general a todas las personas, cualquiera que fuese su condición subjetiva. Este principio está incardinado en la idea, constitucionalizada, de igualdad ante la ley (art. 2º.2 de la Constitución). Sin embargo, desde siempre se reconoce a determinadas personas, por excepción y en razón de la función pública que desempeñan, el estar excluidas temporalmente –mientras dure el cargo– de la persecución penal. Se trata de un privilegio real o funcional, de ahí su carácter temporal.

No pertenece a esta área de problemas la denominada *Inviolabilidad de los congresistas y magistrados del Tribunal Constitucional,* en cuya quienes gozan de este privilegio no pueden ser castigados, en tanto se trate de delitos de expresión, a tenor de los arts. 93º, segundo párrafo, y 201º, segundo párrafo, de la Constitución [40]. Esta excusa absolutoria o inmunidad de jurisdicción material, no se traduce en una inaplicabilidad de la ley procesal por un obstáculo temporario para la persecución penal [41].

Dos son las situaciones que generan la imposibilidad transitoria de perseguir penalmente a una persona. La primera está referida a los *privilegios establecidos en el Derecho Internacional.* MAIER acota que esta institución es una derivación del privilegio de extraterritorialidad del que goza

[40] HURTADO POZO: *Manual de Derecho penal,* cit., p. 397.

[41] MAIER: *Derecho procesal penal,* cit., T. I, p. 252.

el país extranjero cuando obra como tal, esto es, como persona de Derecho público [42]. Comprende a los Jefes de Estado extranjeros, a los Embajadores y Ministros Plenipotenciarios y a sus familiares, incluyendo al personal administrativo y técnico de las misiones diplomáticas. Entre las fuentes normativas se tiene al Código de Bustamante, al Tratado de Montevideo de 1889, la Convención de la Habana sobre funcionarios diplomáticos del 20 de febrero de 1928 y el Convenio de Viena de 18 de abril de 1961. Por lo general, este privilegio cesa si el Estado extranjero permite la persecución de su representante, si cesa en su cargo o representación o si desaparece la personería internacional del Estado extranjero como tal.

La segunda situación abarca a los altos dignatarios que taxativamente precisa la Constitución. De un lado, según el art. 99º de la Constitución, por la imputación de delitos de función, esto es, que cometen en el ejercicio de su función, se encuentran el Presidente de la República –en los límites impuestos por el art. 117º–, los Congresistas, los Ministros de Estado, los Magistrados del Tribunal Constitucional, los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura, los Vocales de la Corte Suprema, los Fiscales Supremos, el Defensor del Pueblo y el Contralor General de la República. Por otro lado, en atención a lo prescrito en los arts. 93º, tercer párrafo, 161º, segundo párrafo, y 201º, segundo párrafo, el impedimento de prisión y procesamiento, por delitos ordinarios no vinculados a la función que desempeñan, en el caso de los congresistas, el Defensor del Pueblo y los Magistrados del Tribunal Constitucional. Se trata de lo que se denomina el privilegio –funcional o real– de la inmunidad, que constituye un impedimento procesal y se funda en la necesidad de que esas funciones sean ejercidas eficientemente, contra lo cual conspira la posibilidad de someter continuamente a esos funcionarios a un procedimiento de persecución penal y a la autoridad judicial.

La *inmunidad* consiste, de un lado, en que toda imputación por delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones y hasta cinco años después de que hayan cesado en éstas, requiere la previa autorización del Congreso a través del procedimiento de acusación constitucional: la Comisión Permanente del Congreso acusa ante el Pleno del Congreso. Si el Congreso aprueba la acusación y emite resolución acusatoria de contenido penal, el Fiscal de

[42] MAIER: *Derecho procesal penal*, cit., T. I, p. 249.

la Nación denuncia ante la Corte Suprema, correspondiendo al Vocal Supremo Penal abrir la instrucción correspondiente (arts. 99º y 100º Const.). El trámite parlamentario está regulado por el Texto Único Ordenado del Reglamento del Congreso publicado el 30 de junio de 1998.

De otro lado, y en el caso exclusivo de los Congresistas (art. 93º, tercer párrafo, Const.), del Defensor del Pueblo (art. 161º, tercer párrafo, Const.) y de los Magistrados del Tribunal Constitucional (art. 201º, segundo párrafo, Const.), la inmunidad también abarca los delitos no funcionales u ordinarios. En esos casos, los Congresistas no pueden ser procesados ni presos sin previa autorización del Congreso o de la Comisión Permanente, desde que son elegidos hasta un mes después de haber cesado en sus funciones, excepto en delito flagrante, caso en el cual son puestos a disposición del Congreso o de la Comisión Permanente dentro de las veinticuatro horas, a fin de que se autorice o no la privación de la libertad y el enjuiciamiento. Similar procedimiento debe seguirse cuando se trata del Defensor del Pueblo, a tenor de lo dispuesto en el art. 5º *in fine* de la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, Ley Nº 26520, de 8 de agosto de 1995. Los Magistrados del Tribunal Constitucional gozan de la misma inmunidad que los congresistas (art. 201º, segundo párrafo, Const.), en cuya virtud –según el art. 13º de la Ley Nº 26435, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de 6 enero de 1995– en los delitos ordinarios o no funcionales para su detención o procesamiento se requiere la autorización del Pleno del Tribunal, salvo flagrante delito en cuyo caso deben ser puestos a disposición del Tribunal para que decida lo conveniente.

A tenor de las normas constitucionales citadas, es del caso puntualizar que la inmunidad consiste en un especial reforzamiento de las garantías procesales en los procesos penales que se pudieran seguir contra altos dignatarios por cualquier tipo de infracción penal cometida (se encuentre o no relacionada con su función oficial), independientemente del momento de su comisión (antes o durante el mandato). La inmunidad tiene un carácter temporal: se mantiene –según nuestra Constitución– desde la elección hasta un mes después de haber cesado en el cargo, para el caso de delitos ordinarios, y durante el cargo y hasta cinco años después de que hayan cesado en éstas, para el caso de los delitos funcionales. Se refleja, como afirma MORENO CATENA, en una doble garantía: la imposibilidad de proceder a su detención, salvo el caso de delito flagrante, y la necesidad de una autorización de carácter político (solicitada a través de un requerimiento por cualquier congresista o por la

persona directamente agraviada, lo que no excluye por cierto al Ministerio Público en cuanto órgano acusador del Estado) que debe otorgar el Congreso o el Pleno del Tribunal Constitucional, según el caso [43].

III. INTERPRETACIÓN DE LA LEY PROCESAL PENAL

Desentrañar el significado último del contenido de las normas jurídicas es la labor de la teoría de la interpretación jurídica. Al respecto Reinhart MAURACH apunta que "se entiende por interpretación la determinación del sentido de los preceptos jurídicos para el objeto de su aplicación a situaciones concretas de hecho" [44]. En lo específicamente procesal, es del caso precisar dos principios hermenéuticos: **a)** la conformidad constitucional del resultado interpretativo; y, **b)** dentro de los márgenes establecidos líneas arriba, la afiliación a los métodos gramatical, histórico, teleológico, etc.

Señala CORTÉS DOMÍNGUEZ que la interpretación de las normas procesales debe hacerse por los órganos judiciales en consonancia con los preceptos y principios constitucionales y de acuerdo con los criterios que emanen del Tribunal Constitucional, con lo que se somete la ley ordinaria al imperio de la Constitución, que es la que define el sentido y el espíritu de todo el ordenamiento jurídico. Igualmente, y dentro de los márgenes establecidos por el primer principio, las normas procesales deben interpretarse de acuerdo con el sentido propio de sus palabras en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas [45].

Tampoco es posible olvidar que la interpretación válida debe ser *sistemática*, es decir, que la interpretación, en atención al principio de unidad del ordenamiento jurídico, debe hacerse siempre evitando darles aquel sentido que ponga en pugna sus disposiciones [46]. De igual

---

[43] En: GIMENO SENDRA *et. al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 846.

[44] MAURACH, Reinhart; GÖSSEL, Karl y ZIPF, Heinz: *Derecho penal. Parte general*, Astrea, Buenos Aires, 1994, T. I, p. 142.

[45] En: MORENO CATENA *et. al.*: *Introducción al Derecho procesal*, cit., p. 317.

[46] SOLER, Sebastián: *Derecho penal argentino*, TEA, Buenos Aires, 1983, T. I, p. 141.

manera es pertinente tener presente que toda interpretación debe realizarse teniendo en consideración las transformaciones del medio social, cultural y político, lo que permite que las leyes conserven su lozanía y vigencia no obstante el tiempo que pueda transcurrir [47].

El art. IX del Título Preliminar del Código Procesal Penal de 1991 contiene dos directivas de carácter material en materia de interpretación de la ley procesal. La primera, que todas las disposiciones que restringen la libertad del imputado, limiten el ejercicio de sus facultades o limitar la interpretación, la interpretación será *restrictiva* –como apunta HURTADO POZO siguiendo a Karl LARENZ–, cuando se limita el significado de una expresión estrictamente al núcleo de la representación, esto es, a aquella zona central sólida donde su aplicación es predominante y cierta [48]. Como quiera que las normas que restringen o limitan la libertad del imputado y el ejercicio de derechos y facultades procesales de las partes importan una afectación básica al entorno jurídico de los sujetos procesales y, por lo general, son normas de relevancia constitucional por estar en juego la presunción de inocencia y el derecho de defensa, es absolutamente razonable admitir que su interpretación debe ser restrictiva. Esto último significa, en el caso concreto, que la interpretación normativa debe realizarse en el sentido más favorable para la efectividad de los derechos fundamentales.

En torno a la citada Disposición IX del Título Preliminar, VIADA–ARAGONESES sostienen que la interpretación restrictiva está referida a normas procesales en las que la ley penal sustantiva puede producir un determinado efecto perjudicial, medidas cautelares, las que por su similitud con las penas exigen ese criterio de aproximación hacia los criterios interpretativos de las normas penales peruanas [49].

La segunda directiva tiene que ver con los supuestos de duda entre varias opciones hermenéuticas, entendida como un supuesto realmente excepcional, en tanto que el juez siempre debe elegir la interpretación

---

[47] COUSIÑO MAC IVER, Luis: *Derecho penal chileno. Parte general*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1975, T. I, p. 113.

[48] HURTADO POZO: *Manual de Derecho penal*, cit., pp. 196 y 174.

[49] VIADA, Carlos y ARAGONESES, Pedro: *Curso de Derecho procesal penal*, 3a. ed., Editorial Prensa Castellana, Madrid, 1971, T. I, p. 68.

correcta al amparo de las reglas de interpretación reconocidas por la dogmática jurídica [50]. En este caso, debe estarse a lo más favorable al reo ("*in dubio mitius*"). Esta directiva, negada por muchos juristas (LEONE, FONTÁN BALESTRA, CURY URZÚA, etc.) tiene que ver con la idea de limitación de los poderes punitivo y coercitivo del Estado, una de cuyas concreciones se expresa en el principio del *favor rei*.

IV. EL PROCESO PENAL

El proceso penal, como recuerda DE LA OLIVA SANTOS, es un instrumento esencial de la jurisdicción, de la función o potestad jurisdiccional. Decir el *Derecho* no puede ser instantáneo, sino que a él se llega a través de un serie o sucesión de diferentes actos, llevados a cabo a lo largo del tiempo. Para imponer una pena resulta imprescindible la garantía procesal, como lo exige el art. 139º.10 de la Constitución, que es la concreción del principio *nullun poena* (y, antes, *nullun crimen) sine previa lege penale et sine previo processo penale* [51]. El proceso penal es, pues, necesario. A través de él los titulares de la potestad jurisdiccional cumplen las funciones atribuidas constitucionalmente. Al respecto, MONTERO AROCA aclara que el derecho penal se actúa única y exclusivamente por los tribunales y precisamente por medio del proceso [52].

Podemos definir el proceso penal, desde un punto de vista descriptivo, como el conjunto de actos realizados por determinados sujetos (jueces, fiscales, defensores, imputados, etc.), con el fin de comprobar la existencia de los presupuestos que habilitan la imposición de una sanción y, en el caso de que tal existencia se compruebe, establecer la cantidad, calidad y modalidades de esta última [53]. El proceso penal busca, pues, proteger la integridad del ordenamiento jurídico penal, que en nuestro país, no sólo importa imponer –siempre que dicho ordenamiento punitivo haya sido vulnerado– la pena o medida de seguridad respecti-

---

[50] JESCHECK: *Tratado de Derecho penal*, cit., Vol. I, p. 208.

[51] DE LA OLIVA SANTOS *et. al.*: *Derecho procesal penal*, cit. pp. 4–5.

[52] MONTERO AROCA, Juan; ORTELLS RAMOS, Manuel; GÓMEZ COLOMER, Juan–Luis; MONTÓN REDONDO, Alberto: *Derecho Jurisdiccional*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1991, T. III (*Proceso penal*), p. 12.

[53] BINDER: *Introducción al Derecho procesal penal*, cit., p. 49.

va, sino también determinar conjuntamente las consecuencias civiles de los mismos hechos (art. 92º del Código Penal).

El proceso penal, como ya se ha dejado sentado, tiene como marco de referencia un conflicto suscitado entre el delincuente y la sociedad, que es del caso que el Estado decida. Todo proceso penal importa enjuiciar una conducta que se reputa delictiva. Para que sea posible este enjuiciamiento, debe existir una *acusación* del Ministerio Público y reconocerse el equivalente derecho de *defensa* del imputado; además, su dilucidación requiere de una *contradicción* efectiva, sobre la base de argumentos jurídicos y pruebas concretas y determinadas, cuyo corolario es la sentencia penal.

Paralelamente, el proceso penal es un "proceder", es decir, un procedimiento regulado en la Ley [54]. A través de él se realizan actividades de investigación, destinadas a reunir la prueba necesaria para determinar si la conducta incriminada es delictuosa, las circunstancias o móviles de su perpetración, la identidad del autor o partícipe y de la víctima, así como la existencia del daño causado, con fines de enjuiciamiento y la consiguiente condena o absolución.

El proceso penal, como ya se ha apuntado e insiste ROXIN, tiene como objetivo la decisión sobre la punibilidad del inculpado, pero no cualquier decisión, sino aquella: **a)** materialmente correcta; **b)** alcanzada con arreglo al ordenamiento procesal; y, **c)** creadora de la paz jurídica.

V. SISTEMAS PROCESALES

1. ASPECTOS GENERALES

El proceso y el derecho procesal es, como materia de estudio, un objeto cultural. Es creado por el hombre a medida que establece formas de convivencia y por ello el contenido de sus reglas es contingente [55]. En el marco de la represión de los delitos, la influencia del tiempo ha sido más sensible a las evoluciones de cada momento histórico, en atención a la gama de preocupaciones jurídicas, ciudadanas y políticas.

---

[54] GÓMEZ ORBANEJA / HERCE QUEMADA: *Derecho procesal penal*, cit., p. 2.

[55] MAIER: *Derecho procesal penal*, cit., T. I, p. 259.

Históricamente se han dado tres grandes sistemas procesales penales que han determinado la configuración externa del proceso penal. Se trata de los sistemas acusatorio, inquisitivo y mixto, que se suceden en su aparición y responden a criterios dispares.

2. SISTEMA ACUSATORIO

El carácter esencial de este sistema es que configura el proceso como una contienda entre partes iguales frente a un juez imparcial supra partes. Inicialmente se consideró que el ofendido por el delito era el único que podía ser acusador. Luego se estimó –en una primera etapa– que el delito también ofende a la sociedad, por lo que acusador podría ser cualquiera del pueblo, y –en una segunda etapa– que la persecución debía asumirla el Estado conforme al principio de legalidad.

Sus características son:

1. El proceso se pone en marcha cuando un particular formule la acusación. El Juez no procede de oficio.

2. La acusación privada determina los ámbitos objetivo y subjetivo del proceso, es decir, el hecho punible y la persona que se va a procesar.

3. Rige el brocardo "*iuxta allegata et probata*", es decir, el juez no investiga los hechos ni practica pruebas no ofrecidas por las partes.

4. El juez no puede condenar ni a persona distinta de la acusada, ni por hechos distintos de los imputados. Es el principio de inmutabilidad de la imputación.

5. El proceso se desarrolla conforme a los principios de contradicción e igualdad, permaneciendo el acusado en libertad.

3. SISTEMA INQUISITIVO

El carácter esencial del proceso inquisitivo es el predominio absoluto del juez, que es al mismo tiempo acusador, contra un acusado colocado en situación de desigualdad. Se estimó que existe un interés público en la persecución del delito, pero se unificó en una misma persona, el juez, las funciones de acusación y enjuiciamiento.

Sus características son:

1. La iniciación del proceso no depende de un acusador. Rige el brocardo "*procedat iudex ex officio*".

2. El Juez determina subjetiva y objetivamente la acusación.

3. La investigación de los hechos y la fijación de las pruebas a practicar las realiza el juez–acusador.

4. No existe correlación entre acusación y sentencia. El juez puede en cualquier momento alterar la acusación.

5. No hay contradicción ni igualdad. No hay partes. Los poderes del juez son absolutos frente a un acusado inerme ante él. Lo normal es la detención.

Sobre esa base también surgió la figura del juez profesional, la escritura y el secreto, la denuncia o delación como forma de hacer llegar al juez la *notitia criminis*, la no motivación de las sentencias, la concesión de recurso de apelación en dos efectos [56].

4. SISTEMA MIXTO

El carácter esencial de este sistema, surgido al calor de la revolución francesa, es la ruptura de los sistemas anteriores, es decir, la persecución judicial de los delitos no es un derecho de los particulares y el juez no puede ser al mismo tiempo acusador.

Sus características, señala Joan VERGUER GRAU [57], son:

1. La separación entre la función de acusar, la de instruir y la de juzgar, confiadas a órganos distintos, esto es, al fiscal, al Juez de Instrucción y al tribunal con jurado, respectivamente.

2. Excepto para el Tribunal con jurado, rige el principio de la doble instancia.

3. También rige el principio del Tribunal colegiado.

4. La justicia está a cargo de jueces profesionales, excepto cuando interviene el jurado.

5. La prueba se valora libremente.

---

[56] MONTERO AROCA *et. al.: Derecho Jurisdiccional*, cit., T. III, (*Proceso penal*), ed. 1991, pp. 18–20.

[57] VERGUER GRAU, Joan: *La defensa del imputado y el principio acusatorio*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1994, pp. 38–39.

6. La acción penal es indisponible y rige el principio de necesidad en todo el curso del procedimiento. La acción penal también es irretractable.

VI. SISTEMA PROCESAL PERUANO

En rigor, durante nuestra compleja historia patria, se han sucedido tres leyes procesales integrales: **a)** El Código de Enjuiciamiento en Materia Penal; **b)** el Código de Procedimientos en Materia Criminal; y, **c)** el Código de Procedimientos Penales. Igualmente, se promulgó el Código Procesal Penal, pero el grueso de sus normas se encuentran suspendidas.

1. El Código de Enjuiciamientos en Materia Penal

Entró en vigencia el 1 de marzo de 1863. Tiene marcada de influencia española. Sus características son las siguientes:

1. El proceso –juicio criminal– se divide en dos etapas: sumario y plenario. El sumario tiene por objeto descubrir la existencia del delito y la persona del delincuente. El plenario, comprobar la culpabilidad o inocencia del imputado, y condenarlo o absolverlo.

2. Se permiten los acusadores particulares y la acusación popular. El Fiscal tiene la obligación de acusar y de cooperar a la acusación que entable el agraviado o quien lo represente. El Juez, sin embargo, puede actuar de oficio.

3. El procedimiento es escrito. El plenario se limita a analizar la prueba obtenida durante el sumario, la cual tiene marcos tasados muy claros y una clasificación entre prueba plena, semiplena e indicios. Corresponde al Agente o Promotor Fiscal formalizar la acusación formulada por el acusador. Existe una oportunidad de actuar nuevas pruebas en un plazo de seis días comunes prorrogables hasta quince días, previa confesión o declaración del imputado.

4. El imputado es incomunicado hasta que preste su instructiva. La captura es obligatoria en las causas en que el Fiscal tenga obligación de acusar (todas, menos en delitos contra la honestidad, el honor, hurtos domésticos y lesiones leves). Si se pasa a la etapa del plenario, el auto de prisión es obligatorio. La libertad bajo fianza siempre es consultable.

5. Contra la sentencia del Juez del Crimen se puede interponer recurso de apelación ante la Corte Superior, que absuelve el grado previa vista del Fiscal. Contra ese fallo existe recurso de nulidad, sea por infracción de la ley en la aplicación de la pena o por omisión de algún trámite o diligencia esencial.

6. Profusión de impugnaciones. Son apelables no sólo las sentencias, sino los autos definitivos sobre la jurisdicción o personería, y los que denieguen la prueba ofrecida dentro del término probatorio, así como los autos de detención, prisión y demás interlocutorios. La única decisión no impugnable son los decretos de mera sustanciación.

7. No se permite la condena del ausente. El Código regula los procedimientos de la querella, el juicio por falta y el proceso de revisión.

2. El Código de Procedimientos en Materia Criminal

Entró en vigencia el 2 de enero de 1920. Tiene definida influencia francesa. Sus características más saltantes son:

1. La acción penal es pública. Se ejercita por el Ministerio Fiscal y de oficio, excepto en delitos privados y cuando proceda acción popular. Rige el principio de legalidad. Se incorpora la acción civil por los daños causados por el crimen, delito o contravención, la cual se ejercita por los que han sufrido el daño acumulativamente con la acción penal.

2. Se incorporan las excepciones y las cuestiones prejudiciales, que son resueltas por el Superior Tribunal.

3. El proceso se divide en dos etapas, ambas dirigidas por un Juez; la instrucción, cuyo objeto es reunir los datos necesarios sobre el delito cometido, y sobre sus autores, cómplices o encubridores, para que pueda realizarse el juzgamiento; y el Juicio Oral a cargo del Tribunal Correccional o del Jurado.

4. La instrucción es reservada y escrita. Puede iniciarse de oficio en los casos de delitos flagrante y cuasi flagrante. Contra el imputado puede dictarse orden de comparecencia o de detención siempre que se conozca o presuma quién es el delincuente. Las causales de detención son muy amplias.

5. El Juicio es oral y público, sea ante el Tribunal Correccional o ante el Jurado. La asistencia del Fiscal es obligatoria, así como del acusado y del abogado defensor. El Tribunal aprecia las pruebas con criterio

de conciencia, pero en el fallo debe exponer las razones de su decisión. La sentencia sólo tiene en consideración lo pasado en los debates (los documentos y declaraciones leídos en los debates son los únicos que pueden servir como medios de prueba).

6. Contra los fallos del Tribunal Correccional procede recurso de nulidad. La Corte Suprema tiene facultad de conocer sobre los hechos y, en su caso, está autorizada a absolver al indebidamente condenado, pero no puede hacerlo respecto del absuelto.

7. Se reconocen como procedimientos especiales los seguidos por delitos de injurias, calumnias y contra la honestidad, por delitos flagrantes y por faltas.

3. El Código de Procedimientos Penales

Se promulgó el 23 de noviembre de 1939. Tiene las siguientes características:

1. Insiste en reconocer que el proceso se desarrolla en dos etapas: la instrucción (reservada y escrita) y el juicio (público y oral); que se realiza en instancia única y su iniciación está informada por el principio de legalidad u oficialidad; que la acción penal es pública o privada; que contra los fallos de los Tribunales Correccionales sólo procede recurso de nulidad; que el Juez Instructor no tiene competencia para dictar sentencia; que los hechos y las pruebas se aprecian con criterio de conciencia; y que no se condena al ausente.

2. Otorga una nueva dimensión a la instrucción. No solamente se supera la concepción de considerarla como una mera etapa preparatoria del juicio, sino que se confiere la calidad de prueba a los actos de investigación contenidos en las actas, que al leerse pueden ser invocadas por el Tribunal en la sentencia.

3. Se elimina el Jurado. La justicia penal se ejerce por jueces profesionales.

4. La acción civil derivada del delito es obligatoria.

5. Se reconocen como procedimientos especiales: el seguido para delitos de calumnia, difamación, injuria y contra el honor sexual; el seguido por delitos de imprenta y otros medios de publicidad; el juicio por faltas; y las audiencias públicas extraordinarias.

4. LA LEGISLACIÓN PROCESAL PENAL ESPECIAL

Con posterioridad a 1940 y, fundamentalmente, en las dos últimas décadas, se han dictado una serie de leyes procesales penales que, de hecho, han alterado sustancialmente el modelo del Código de Procedimientos Penales, estatuto de por sí involutivo en comparación con el de 1920 al reforzar las formas inquisitivas en desmedro de las acusatorias y garantistas. Estas normas han venido incorporando instituciones de dudosa legitimidad e instituyendo procedimientos más restrictivos y de naturaleza especial. Es de destacar los siguientes:

1. El Juez Instructor recupera competencia para emitir sentencias. *Primero*, en el año 1964, con la Ley Orgánica del Poder Judicial, se le autoriza a sentenciar en los juicios sujetos a ejercicio privado de la acción penal. *Segundo*, con el Decreto Ley Nº 17110, de 8 de noviembre de 1969, que crea el denominado "juicio sumario" y le permite emitir sentencia en siete delitos de menor entidad. *Tercero*, en el año 1981 y, luego, en el año 1992, con el Decreto Legislativo Nº 124 y el Decreto Ley Nº 26147, respectivamente, se amplía sustancialmente su competencia multiplicando los delitos objeto de dicho procedimiento, en el que se elimina el Juicio Oral y no se toma en cuenta el principio del "juez no prevenido". *Cuarto*, en el año 1996 con la Ley Nº 26689, el juicio sumario pasa a convertirse en el proceso–base, puesto que salvo expresos delitos graves, todas las figuras han sido "sumarizadas".

2. El Decreto Legislativo Nº 52, Ley Orgánica del Ministerio Público, de 21 de abril de 1981, estableció el monopolio del ejercicio de la acción penal en los delitos de persecución pública y limitó el procedimiento judicial para forzar la acusación al control jerárquico, sin perjuicio de instituir a la Fiscalía como el órgano encargado de supervigilar y orientar la investigación policial del delito.

3. Tres normas con rango de ley han alterado instituciones sustanciales del procedimiento penal. En primer lugar, el Decreto Legislativo Nº 126, de 12 de junio de 1981, modificó –entre otras instituciones– las cuestiones prejudiciales, las excepciones, los incidentes, la instructiva y el juicio oral. En segundo lugar, el Decreto Ley Nº 21895, de 2 de agosto de 1977, reformó la estructura del Atestado Policial, eliminó su ratificación en sede judicial, mejoró la regulación de los embargos y del recurso de nulidad, y autorizó la presencia del Juez de Paz en las "diligencias especiales" cuando por razones de distancia no pueda estar presente el

Juez Instructor. En tercer lugar, la Ley Nº 24388, de 3 de diciembre de 1985, redefinió el objeto de la instrucción, dio valor de elemento probatorio a las actuaciones de la Policía Judicial, siempre que en ellas hubiera intervenido el Fiscal y el abogado defensor del implicado, así como permitió la libertad condicional a solicitud de parte y que si se trataba de un solo imputado ésta importaba el sobreseimiento de la causa.

4. El Decreto Ley Nº 22633, de 14 de agosto de 1979, instauró el procedimiento denominado *sumaria investigación*. Este procedimiento se concentró en los delitos contra el honor cometidos por medio de órganos de comunicación social, en el cual se previó tres instancias, sin juicio oral ni publicidad.

5. El Decreto Ley Nº 25582, de 22 de junio de 1992, creó una modalidad de *procedimiento por colaboración eficaz* en los delitos en agravio del Estado, con excepción de los delitos de tráfico ilícito de drogas y terrorismo. En estas causas, si el imputado proporciona información eficaz, oportuna y significativa, se le exime de pena y pasa a la condición de testigo.

6. La Ley Nº 26320, de 2 de junio de 1994, incorporó el *procedimiento de terminación anticipada*, bajo la influencia del *pattegiamento* italiano y la originaria fórmula colombiana. Este procedimiento inicialmente se circunscribió a la figura básica de tráfico ilícito de drogas y a los tipos periféricos y luego, mediante la Ley Nº 26461, de 8 de junio de 1995, se extendió a los delitos aduaneros. Se caracteriza porque en la etapa de instrucción el imputado, en el marco de una audiencia especial y privada, puede acordar con el fiscal la aceptación de los cargos y consensuar una sanción, lo que determinará una sentencia consensuada impuesta por el Juez.

7. El Decreto Legislativo Nº 815, de 20 de abril de 1996, de un lado, instauró un procedimiento por colaboración eficaz, con fuerte intervención de la Administración Tributaria, y que permite impunidades y atenuaciones especiales de pena a los que presten información veraz, oportuna y significativa en relación a los delitos tributarios; y, de otro lado, posibilitó, bajo pago de recompensas, las informaciones de terceros al delito para descubrirlo y sancionar a sus autores. Además, en el control penal tributario, el Decreto Legislativo Nº 813, del mismo 20 de abril de 1996, eliminó la prejudicialidad de los delitos tributarios, previno que la investigación del delito tributario es de competencia de la

Administración Tributaria y que ella –si lo tiene a bien– puede denunciarlo, delito que por lo demás no puede iniciarse de oficio, sino sólo a instancia de la autoridad tributaria. En esta investigación preprocesal del delito no interviene el Ministerio Público.

8. El Decreto Legislativo Nº 824, de 23 de abril de 1996, instituyó un procedimiento de colaboración eficaz para los delitos de tráfico ilícito de drogas, salvo para los dirigentes, jefes y cabecillas de organizaciones dedicadas al tráfico ilícito de drogas. Esta norma también incorporó las técnicas de investigación denominadas *remesa controlada* y *agente encubierto,* bajo el control del Ministerio Público.

9. Los Decretos Legislativos Nº 312, de 12 de noviembre de 1984, y 653, de 30 de julio de 1991, introdujeron una medida cautelar innovativa en los casos de delitos de usurpación denominada *ministración provisional de posesión,* en cuya virtud el agraviado o despojado de un bien inmueble puede solicitar a la justicia penal, de modo inmediato y previa inspección ocular, se desaloje al imputado o a quienes estén en el predio, sin perjuicio de continuar con la secuela del proceso penal.

10. En los delitos de más fuerte incidencia estadística, como son los de tráfico ilícito de drogas y terrorismo, desde el año 1978 se ha venido construyendo una legislación procesal especial, con un marco acento restrictivo en cuanto a los derechos fundamentales y una desmesurada concesión de poderes a la administración, en desmedro de la jurisdicción.

En cuanto al delito de *tráfico ilícito de drogas,* el Decreto Ley Nº 22095, de 21 de febrero de 1978, al igual que el Decreto Ley Nº 22929, de 4 de marzo de 1980, amplió los poderes coercitivos autónomos de la policía y limitó severamente los derechos procesales de los imputados. Estas normas introdujeron al procedimiento común ordinario especialidades procedimentales circunscritas a las medidas limitativas de derechos, así como privilegios para el personal policial que investigaba estos delitos, tendencia que coronó el Decreto Legislativo Nº 824, de 23 de abril de 1996, al prohibir tanto la concurrencia como testigos a los policías que han intervenido en las diligencias de investigación, cuanto el Hábeas Corpus para determinados supuestos de detención arbitraria.

Respecto al delito de *terrorismo,* la legislación de emergencia configuró un procedimiento con especialidades procedimentales y un procedimiento especial por colaboración eficaz, a través **(a)** del Decreto Ley Nº 25499, de 16 de mayo de 1992, y **(b)** de la Ley Nº 26620, de 19 de

agosto de 1993, el mismo que culminó con (c) la Ley Nº 26435, de 30 de agosto de 1994.

El *procedimiento antiterrorista* está regulado esencialmente por el Decreto Ley Nº 25475, de 6 de mayo de 1992. En él destaca la fuerte incidencia que se otorga a la investigación policial, las importantes facultades que se confiere a la policía (incomunicación y traslado de detenidos sin previa orden judicial), la obligación del mandato de detención, la prohibición de citar como testigos a los policías que intervinieron en la investigación, la competencia nacional de los jueces y tribunales, la figura de los *jueces* y *fiscales sin rostro*, la reducción irrazonable de los plazos procesales, etc. Paralelamente, se dispuso la intervención de la justicia militar para juzgar los tipos penales especialmente agravados de terrorismo, a los que se les denominó impropiamente *delitos de traición a la patria* (Decretos Leyes Nº 25623, de 13 de agosto de 1992, y 22580, de 26 de noviembre de 1992, y Ley Nº 26508, de 21 de julio de 1995); estos ilícitos están sujetos al procedimiento previsto en los Decretos Leyes Nº 25708, de 13 de agosto de 1992, y 25744, de 27 de setiembre de 1992, que contemplan una investigación policial con las mismas características que el procedimiento por el delito de terrorismo y el procedimiento judicial denominado *"juicio en teatro de operaciones"*, que es un procedimiento sumarísimo, al que se adicionó la figura del juez y del fiscal sin rostro.

Esta legislación, progresivamente, ha ido *normalizándose*, aunque no del todo. Se han dado tres instrumentos legislativos de reforma: **a)** La Ley Nº 26248, de 25 de noviembre de 1993, que permitió el recurso o acción de revisión, sin necesidad de nueva prueba (una suerte de casación atípica), derogó la condena en ausencia del acusado, autorizó la acción de hábeas corpus ante el juez especializado de terrorismo y permitió la libertad incondicional, imponiéndole la consulta obligatoria al Superior Tribunal y suspendiéndose la excarcelación hasta la decisión de vista. **b)** La Ley Nº 26671, de 12 de octubre de 1996, que puso punto final al juez y fiscal sin rostro. **c)** La Ley Nº 26655, de 17 de agosto de 1996, que creó una Comisión Especial de Indultos, integrada por el Defensor del Pueblo, el Ministro de Justicia y un representante del Presidente de la República, para proponer a la máxima autoridad del Poder Ejecutivo indultos a los injustamente condenados por los delitos de terrorismo y traición a la patria.

11. El cambio más intenso, de un claro perfil involutivo, que ha padecido la legislación procesal nacional partió de la Ley autoritativa

Nº 26950, de 19 de mayo de 1998, que facultó al Poder Ejecutivo para legislar sobre la materia de *Seguridad Nacional*. El art. 2º precisó que la delegación legislativa se circunscribe a erradicar la "situación de violencia creciente que se viene produciendo por las acciones de la delincuencia común organizada en bandas utilizando armas de guerra y explosivos y provocando un estado de zozobra e inseguridad permanente en la sociedad".

a) La primera norma promulgada, el Decreto Legislativo Nº 895, de 23 de mayo de 1998, creó el denominado *delito de terrorismo agravado*, que consiste "en integrar o ser cómplice de una banda, asociación o agrupación criminal que porta o utiliza armas de guerra, granadas y/o explosivos, para perpetrar un robo, secuestro, extorsión u otro delito contra la vida, el cuerpo y la salud, el patrimonio, la libertad individual o la seguridad pública, aunque para la comisión del delito actúe en forma individual". Paralelamente, configuró nueve modalidades típicas, destacándose la sanción penal a los mayores de 16 años y menores de 18 años de edad. Estos delitos son de conocimiento de la justicia militar, al que también se entrega la competencia para conocer de las acciones de hábeas corpus derivadas de la actuación de las autoridades policiales y militares. El modelo procesal es intensamente restrictivo con detención obligatoria, prohibición de excarcelaciones, impedimento de citar como testigo a los policías que intervinieron en la fase preprocesal, enmarcados en un procedimiento sumarísimo que no puede demorar más de 20 días, prorrogables a 10 días en su fase de instrucción. Los reos no pueden acogerse a beneficios penitenciarios y el régimen de internamiento es el de máxima seguridad con aislamiento celular continuo de un año. Tampoco se respeta la regla competencial del *forum comissi delicti*, pues la jurisdicción es nacional. Se considera que en estos delitos el agraviado es el Estado.

b) La segunda norma promulgada, el Decreto Legislativo Nº 896, de 24 de mayo de 1998, denominado *de los delitos agravados*, introduce nuevas circunstancias calificativas y redefine siete delitos clásicos: asesinato, secuestro, violación sexual de menor de 14 años, violación de menor de edad seguida de muerte o lesiones graves, robo, robo agravado y extorsión. Estos delitos son objeto de un procedimiento con determinadas especialidades procedimentales, inspirado en el modelo del *delito de terrorismo agravado*, pero ante la justicia ordinaria. A su configuración restrictiva y antigarantista (denegación de excarcelaciones, sumariedad del procedimiento, imposibilidad de convocar a los policías como testi-

gos), se agrega una nota singular: la detención policial es de 24 horas, pero a pedido de la policía el juez *obligatoriamente* (¡!) debe autorizar su prolongación hasta por 15 días, en que los detenidos permanecerán a disposición policial. El Decreto Legislativo Nº 898, de 27 de mayo de 1998, incorporó dentro de ese modelo procesal a los delitos de tenencia de armas y explosivos y de sustracción de armas de fuego y armamento de guerra.

c) El Decreto Legislativo Nº 899, de 28 de mayo de 1998, creó la figura penal denominada "*pandillaje pernicioso*", aplicable a adolescentes infractores, a la vez que modificó el Código del Niño y del Adolescente desde una perspectiva punitiva. Además, creó un nuevo delito: el descrito en el art. 148º–A del Código Penal, que castiga con pena privativa de libertad no menor de 10 años ni mayor de 20 años, al "... que instiga o induce a menores de edad a participar en pandillas perniciosas ..."

d) Los Decretos Legislativos Nº 901, de 31 de mayo de 1998, y 902, de 1 de junio de 1998, instituyen, de un lado, los beneficios clásicos del derecho penal premial y, de otro lado, el correspondiente procedimiento por colaboración eficaz. Los beneficios creados son los de reducción de la pena, exención de la pena y remisión de la pena, en la medida que los arrepentidos abandonen su adscripción a las bandas criminales o que, según el caso, proporcionen información oportuna y veraz para desmantelar dichas organizaciones. El procedimiento está fuertemente intervenido por las Fuerzas de Seguridad y la participación judicial es ulterior y limitada a las constataciones realizadas por la policía.

5. El Código Procesal Penal

Se aprobó por Decreto Legislativo Nº 638, de 25 de abril de 1991, cuya vigencia se encuentra suspendida, a la espera de su modificación, por la Ley Nº 26299, de 30 de abril de 1994. Sólo entraron en vigor las normas referidas al principio de oportunidad (art. 2º), a la detención judicial, comparecencia y libertad provisional (arts. 135º–138º, 143º–145º y 182º–185º) y a las diligencias especiales (arts. 239º–245º). Así se advierte de lo dispuesto en las siguientes normas con rango de ley: **a)** el propio Decreto Legislativo Nº 638; **b)** los Decretos Leyes Nº 25824, de 9 de noviembre de 1992, y 25825, de 9 de noviembre de 1992; y, **c)** la Ley Nº 26840, de 15 de junio de 1995.

Las características más saltantes son:

1. Insiste, siguiendo el modelo euro–continental, en señalar que la acción penal es de naturaleza pública, que su ejercicio corresponde al Ministerio Público y que sólo se exceptúan los casos expresamente establecidos por la ley. Incorpora a los actores sociales como colaboradores en la persecución del delito, asumiendo las calidades de actores civiles.

2. El principio de legalidad u oficialidad de la acción penal, se exceptúa en los supuestos de oportunidad reglada, que siguiendo el modelo germano se sustenta en razones de falta de necesidad de pena (*poena naturalis*) y falta de merecimiento de pena (delitos bagatela y mínima culpabilidad). Corresponde al Ministerio Público, sin control judicial, decidir cuándo aplica dicho principio.

3. El ejercicio de la acción penal por el Ministerio Público comprende el inicio y dirección de la investigación, la acusación y la participación del fiscal en el juicio oral. Es de destacar que la etapa de investigación es de titularidad fiscal, con lo que se desestima la figura del Juez Instructor. El Juez Penal interviene en la etapa de investigación para aprobar la promoción de la acción penal, dictar las medidas cautelares e instrumentales restrictivas de derechos y decidir el sobreseimiento.

4. El órgano jurisdiccional asume el control o supervisión de la investigación fiscal y tiene a su cargo las fases intermedia y del juicio oral. Todo proceso, en cuanto define la culpabilidad de una persona y, en su caso, determine la imposición de una pena, requiere inevitablemente el debate oral. La investigación tiene un objetivo definido: reunir la prueba necesaria que permite al Fiscal decidir si formula o no acusación.

5. La Fiscalía asume el control jurídico–funcional de la policía, la cual en sus labores de policía judicial tiene circunscritas sus atribuciones de actuación *ex officio* y debe comunicar sus investigaciones al Fiscal Provincial.

6. En materia de derecho probatorio, resalta las exigencias de contradicción, inmediación, publicidad y oralidad en la actuación de las pruebas, así como inhabilita de todo valor a las actuaciones probatorias actuadas con violación de las disposiciones constitucionales y legales (BELING las denominó "*pruebas prohibidas*"). Además, el juez no interviene activamente en la actividad probatoria. Se sigue el principio de aportación, en cuya virtud las partes ofrecen las pruebas y sólo ellas interrogan a los testigos y peritos.

7. En el Juicio Oral la función del órgano jurisdiccional es dirigir su desarrollo. El imputado, que tiene derecho a guardar silencio, puede ser interrogado una vez culminada el interrogatorio de testigos y peritos y del debate de la prueba instrumental.

8. En materia recursal, se instaura el recurso de casación con reenvío en todos los casos y se precisa los supuestos de recurso de apelación. Se introduce el principio de interdicción de la reforma peyorativa, se exige la motivación del recurso y se permite al Fiscal recurrir en favor del reo e interés de la ley.

9. Se reconocen varios procedimientos. Dos son los principales: el procedimiento ordinario, radicado en los delitos de mínima y mediana entidad, que es juzgado por el Juez Penal; y el procedimiento especial por razón de delito, circunscrito a los delitos graves, que es juzgado por la Sala Penal Superior. En ambos procedimientos el juicio oral y público es imprescindible. Otros procedimientos son los de querella, por faltas y por delitos funcionales.

10. Es de tener presente que el régimen de las necropsias, que incluía la obligatoriedad de la necropsia dispuesta por el Fiscal en los supuestos de muerte sospechosa de criminalidad, fue modificado por la Ley Nº 26715, de 27 de diciembre de 1996, que estableció que en los supuestos de fallecimiento producido por accidente en un medio de transporte o como resultado de un desastre natural, en que las causas del deceso sean consecuencia directa de estos hechos, no será exigible la necropsia, salvo el caso de quien tenía a cargo la conducción del medio de transporte o lo exijan los familiares de las víctimas.

6. EL PROYECTO DE MARZO DE 1995

La Ley Nº 26299, de 30 de abril de 1994, no sólo suspendió la vigencia del Código Procesal Penal, sino que creo una Comisión Especial encargada de revisar la conformidad del texto de dicho Código con las disposiciones de la nueva Constitución. La Comisión Especial, en marzo de 1995, cumplió con presentar un nuevo Proyecto de Código Procesal Penal, que respetaba el modelo acusatorio del Código de 1991 e incorporaba las propuestas normativas contenidas en el nuevo Código italiano (sistema de constitución de las partes, medidas cautelares, recurso de casación, procedimientos monitorio y de terminación anticipada), en el Proyecto argentino (concepto de peligrosidad procesal); y, en las últi-

mas reformas colombianas (procedimiento de colaboración eficaz) y españolas (límite temporal de la detención judicial, naturaleza jurídica y validez de los actos sumariales, instituto de la conformidad y recurso de apelación contra sentencias por delitos menos graves).

El Congreso Constituyente Democrático, que duró hasta julio de 1995, no se pronunció sobre el nuevo texto procesal. El Congreso, luego de la presentación de un último proyecto a cargo del Congresista Javier Alva Orlandini y de su estudio por una Sub Comisión Especial de la Comisión de Justicia, proyecto que reprodujo el propuesto por la Comisión Especial, aprobó por unanimidad el nuevo Código a finales de la Legislatura de 1995. Sin embargo, el Presidente de la República observó dicho Proyecto en dos extremos: **a)** errores formales de concordancia; y, **b)** falta de correlación entre las facultades policiales respecto a la investigación del delito y la propia estructura del Código. Esta observación fue asumida por el Congreso, que en la Legislatura de 1997 aprobó el Proyecto definitivo, con algunos cambios mínimos. Empero, nuevamente fue observado por el Poder Ejecutivo, que esta vez se sustentó en los informes elaborados por los Consejos Ejecutivos del Poder Judicial y del Ministerio Público. Los indicados informes adujeron tanto razones presupuestarias, por el fuerte aumento de la plantilla de fiscales que el nuevo Código implicaría, cuanto que supuestamente vulneraba algunas disposiciones constitucionales, especialmente las relativas a los poderes policiales. La observación se encuentra en estudio por la Comisión Especial de Elaboración de Códigos del Congreso, que hasta el momento no se ha pronunciado al respecto.

Independiente de los esfuerzos pre–legislativos y de la oscura realidad procesal penal descrita, es de insistir en los alcances de nuestro paradigma constitucional en materia de configuración del proceso penal, el cual se encuentra definido en lo estructural en los arts. 139°, inciso 14, y 159º, incisos 1, 4 y 5, de la Ley Fundamental. En este sentido, siguiendo a CAFFERATA NORES, resulta imprescindible instituir un proceso "... en el que el tribunal *no procure* por sí las fuentes de las que podrá inferir su convencimiento, sino que se las *procuren* el acusador y –si así lo quiere– el acusado; no piensa en un tribunal que *se convenza* (o no lo logre) por *obra* de su auto reflexión, sino que sea *convencido* (o no) por obra (y no sólo con el auxilio) de la iniciativa probatoria y la dialéctica argumentativa de aquéllos; no admite un "monólogo" unilateral del juez

con la prueba para buscar la verdad, sino que quiere que se procure lograrla por vía de síntesis" [58].

[58] CAFFERATA NORES, José Ignacio: «Proceso penal "mixto" y sistema constitucional», en: *Nueva Doctrina Penal*, 1997/A, Buenos Aires, 1997, p. 84.

CAPÍTULO III
CONSTITUCIÓN Y PRINCIPIOS DEL PROCESO PENAL

SUMARIO: **I.** Aspectos generales: 1. Alcances procesales. 2. Las garantías procesales. **II.** Garantías procesales genéricas: 1. El debido proceso. 2. El derecho a la tutela jurisdiccional. 3. El derecho a la presunción de inocencia. 4. El derecho de defensa. **III.** Garantías procesales específicas: 1. Consideraciones generales. 2. La garantía de la igualdad. 3. La garantía de la investigación oficial. 4. La garantía de la publicidad.

I. ASPECTOS GENERALES

1. ALCANCES PROCESALES

Es sabido que en el proceso penal moderno, fruto del Estado de Derecho, la Constitución adquiere una gran relevancia, no sólo porque ocupa la posición de primer nivel en el ordenamiento jurídico (art. 138º, segundo párrafo), sino porque materialmente en el proceso penal los derechos en conflicto son fundamentales, de relevancia constitucional, al estar integrados –de un lado– por el derecho de penar que ejercita el Ministerio Público (art. 159º, incs. 4 y 5 Const.) y –de otro– por el derecho a la libertad del imputado que hace valer la defensa (arts. 2º.24 y 139º.14 Const.) [59]. Lo expuesto es consecuencia de haber adoptado Constituciones *rígidas* [que no pueden ser modificadas por la ley ordinaria] y *normativas* [que se integran al ordenamiento como normas supremas] [60].

---

[59] GIMENO SENDRA *et. al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 43.

[60] VIVES ANTÓN, Tomás: «*"Ne bis in idem"* procesal», en su: *La libertad como pretexto*, Tirant lo blanch, Valencia, 1997, p. 353.

En este orden de ideas, la Constitución, especialmente en el art. 139º, ha reconocido un conjunto de derechos y principios procesales que es del caso desarrollar en este capítulo, sobre la base de la *necesidad del proceso penal* o principio de jurisdiccionalidad, a tenor del art. 139º.10 de la Ley Fundamental. Esta *garantía jurisdiccional* tiene un doble componente, pues, por un lado atiende, a que la pena se impone sólo por los tribunales y, por otro, a que la pena se impone por los tribunales exclusivamente por medio del proceso [61].

Del conjunto de esos derechos y principios procesales, como es obvio, se derivan un conjunto de consecuencias en orden tanto a los derechos y garantías de los justiciables, cuanto a los límites de los poderes públicos. Es de recordar que en tanto el proceso es una estructura constituida por una serie ordenada de actos que se realizan en el tiempo, el quehacer de los sujetos procesales se halla gobernado por principios, que son categorías lógico–jurídicas, muchas de las cuales han sido positivizadas en la Constitución o en la Ley, cuya finalidad es señalar el marco dentro del cual debe desenvolverse la actividad procesal [62].

La Constitución ha incorporado un conjunto de *garantías genéricas* y una extensa relación de *garantías específicas*. Se trata, en ambos casos, de una vasta relación de cláusulas de relevancia constitucional que definen los aspectos orgánicos de la jurisdicción penal, la formación del objeto procesal y régimen de actuación de las partes (proceso), así como de la actuación formal de la pretensión punitiva y de su resistencia hasta la sentencia definitiva (procedimiento). Estas garantías, en cuanto tales, se proyectan en bloque en todo el ámbito procesal penal; son expansivas y polivalentes, pues una misma garantía tanto se la encuentra en una fase del proceso como en otra [63].

Sostiene Luigi FERRAJOLI que mientras las garantías penales o sustanciales subordinan la pena a los presupuestos sustanciales del delito (lesión, acción típica y culpabilidad), las garantías procesales o instrumentales permiten la efectividad de esas garantías en tanto se afirme la pre-

---

[61] MONTERO AROCA, Juan: *Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón*, Tirant lo blanch, Valencia, 1997, p. 21.

[62] ALZAMORA VALDEZ, Mario: *Derecho procesal civil. Teoría general del proceso*, Sesator, Lima, 1974, pp. 237–238.

[63] RAMOS MÉNDEZ, Francisco: *El proceso penal. Tercera lectura constitucional*, 3a. ed., José María Bosch Editor, Barcelona, 1993, p. 9.

sunción de inocencia, la separación entre acusación y juez, la carga de la prueba y el derecho del acusado a la defensa. De igual manera, insiste el mismo autor, la principal garantía procesal, presupuesto de todas las demás, es la de *jurisdiccionalidad (nulla culpa sine iudicio)*, que tiene su origen en el art. 39º de la Carta Magna inglesa de 1215 y que incluía garantías contra la detención, la reserva de jurisdicción (juicio legal de un sujeto imparcial e independiente) y la presunción de inocencia; en tal virtud esta garantía de jurisdiccionalidad, en sentido estricto, exige la acusación, la prueba y la defensa [64].

2. LAS GARANTÍAS PROCESALES

Son *garantías genéricas* aquellas normas generales que guían el desenvolvimiento de la actividad procesal. En ocasiones sirven para reforzar el contenido de las garantías específicas. Su valor se acrecienta, expresa MONTERO AROCA, cuando pueden ampararse en ellas garantías concretas que, por la circunstancia que fuere, no quedaron incluidas de modo expreso en la Constitución [65]. Son las siguientes:

1. El debido proceso (art. 139º.3 Const.).
2. El derecho a la tutela jurisdiccional (art. 139º.3 Const.).
3. El derecho a la presunción de inocencia (art. 2º. 24. e' Const.).
4. El derecho de defensa (art. 139º.14 Const.).

Las *garantías específicas,* se refieren a aspectos puntuales y concretos del procedimiento y a la estructura y actuación de los órganos penales. Son, entre otras, las siguientes:

1. Derecho de igualdad procesal (art. 2º. 2. Const.).

2. Intervención necesaria del fuero común para el conocimiento de los delitos cometidos por medio del libro, la prensa y demás medios de comunicación social (art. 2º.4. Const.).

---

[64] FERRAJOLI, Luigi: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal,* Trotta, Madrid, 1995, p. 539.

[65] MONTERO AROCA *et. al.*: *Derecho Jurisdiccional,* cit., T. III (*Proceso penal*), ed. 1991, pp. 35–37.

3. Derecho al secreto bancario y la reserva tributaria, salvo su levantamiento ordenado por el Juez, el Fiscal de la Nación o una comisión investigadora del Congreso (art. 2º.5. Const.).

4. Derecho a la inviolabilidad del domicilio, salvo ingreso y registro por mandato judicial o en flagrante delito o muy grave peligro de su perpetración (art. 2º.9. Const.).

5. Derecho al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados, salvo incautación, interceptación o intervención por mandamiento motivado del juez (art. 2º. 10. Const.).

6. Derecho a la libertad de tránsito, salvo mandato judicial (art. 2º. 11. Const.).

7. Derecho al secreto profesional (art. 2º. 18. Const.).

8. Derecho a la libertad individual (art. 2º. 24. f' Const.).

9. Derecho a no ser incomunicado, salvo con fines penales. La autoridad debe indicar el lugar de detención de la persona detenida (art. 2º. 24. g' Const.).

10. Derecho a no ser víctima de violencia, ni sometido a tortura o a tratos inhumanos o humillantes. Carencia de valor de las declaraciones obtenidas por la violencia (art. 2º.24.h' Const.).

11. Formulación de cargos ante el Poder Judicial por el Fiscal de la Nación en los casos de enriquecimiento ilícito de funcionarios y servidores públicos (art. 41º Const.).

12. Privilegio de los Congresistas de no ser procesados ni presos sin previa autorización del Congreso o de la Comisión Permanente, desde que son elegidos hasta un mes después de haber cesado en sus funciones, excepto en delito flagrante (art. 93º Const.).

13. Privilegio del antejuicio. Corresponde a la Comisión Permanente acusar ante el Congreso a determinados Altos Dignatarios por infracción de la Constitución y por todo delito que cometan en el ejercicio de sus funciones y hasta cinco años después de que hayan cesado en éstas (art. 99º Const.).

14. Derecho de defensa, en el procedimiento parlamentario de antejuicio, ante la Comisión Permanente y ante el Pleno del Congreso. Si se expide resolución acusatoria, la denuncia es formulada por el Fiscal de la Nación ante la Corte Suprema. La denuncia y la resolución

judicial admisoria de la misma no pueden exceder ni reducir los términos de la acusación del Congreso (art. 100º Const.).

15. Unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. Se permite la jurisdicción militar y la arbitral (art. 139º.1 Const.).

16. Independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional (art. 139º.2 Const.).

17. Garantía del Juez Natural (art. 139º.3 Const.).

18. Garantía de la publicidad de los procesos (art. 139º. 4 Const.).

19. Garantía de la motivación escrita de las resoluciones judiciales (art. 139º.5 Const.).

20. Principio de la pluralidad de la instancia (art. 139º.6 Const.).

21. Principio de la inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos (art. 139º. 9 Const.)

22. Principio de no ser condenado en ausencia (art. 139º.11 Const.).

23. Prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada (cosa juzgada) (art. 139º.13 Const.).

24. Derecho de ser informado, inmediatamente y por escrito, de las causas o razones de su detención (art. 139º.15 Const.).

25. Principio de la gratuidad de la administración de justicia y de la defensa gratuita para las personas de escasos recursos; y, para todos, en los casos que la ley señala (art. 139º.16 Const.).

26. Derecho a la participación popular en el nombramiento y en la revocación de magistrados, conforme a ley (art. 139º. 17 Const.).

27. Jurisdicción de la Corte Suprema limitada a fallar en casación, o en última instancia, cuando la acción se inicia en una Corte Superior o ante la propia Corte Suprema. Asimismo, en casación de las resoluciones del fuero militar en caso de imposición de pena de muerte (art. 141º Const.).

28. Derecho de las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, de ejercer funciones jurisdiccionales de conformidad con el derecho consuetudinario (art. 149º Const.).

29. Función del Ministerio Público de conducción desde su inicio de la investigación del delito, de dirección jurídico funcional de la Poli-

cía Judicial y de promoción de la acción penal, de oficio o a petición de parte (art. 159º. 4 y 5 Const.).

30. Privilegio de inmunidad jurisdiccional del Defensor del Pueblo, a semejanza de los congresistas (art. 161º Const.).

31. Competencia del Fuero militar para conocer de los delitos de función cometidos por los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, a quienes le es aplicable el Código de Justicia Militar. También, si el legislador ordinario lo decide, para conocer de los delitos de traición a la patria y de terrorismo cometidos por civiles (art. 173º Const.).

32. Privilegio del miembro del Tribunal Constitucional a la inmunidad jurisdiccional al igual que los congresistas (art. 201º Const.).

Las garantías que se han enumerado, como apunta FERRAJOLI, no sólo son garantías de libertad, también lo son de verdad: de una verdad más reducida, pero más controlada, reduciendo la intuición judicial [66]. Unas son *garantías orgánicas:* **a)** relativas a la formación del juez; **b)** a la colocación institucional de la judicatura respecto a los demás poderes del Estado; y a la relación con los otros sujetos del proceso: independencia, imparcialidad, responsabilidad, separación entre juez y fiscal, autonomía del Ministerio Público y Juez Natural. Otras garantías son propiamente *garantías procesales* e inciden en la formación del juicio, es decir, a la recolección de las pruebas, al desarrollo de la defensa, contradicción, formas de interrogatorios, publicidad, oralidad, derechos de defensa, motivación, etc.

II. GARANTÍAS PROCESALES GENÉRICAS

1. EL DEBIDO PROCESO

A. Aspectos generales

Esta garantía, tal como hoy la conocemos, fue introducida formalmente en esos términos, en la Constitución de los Estados Unidos, a través de la V Enmienda (1791). Progresivamente fue evolucionando y de ser considerada una garantía de mera legalidad –como simple reserva de ley– pasó a configurarse como una garantía de justicia. La noción

[66] FERRAJOLI: *Derecho y razón*, cit., p. 541.

del Estado de Derecho (arts. 43º y 44º Const.) exige que todo proceso esté informado por la justicia y la equidad [67].

En la evolución de dicha garantía americana, dice VIGORITTI, se pueden identificar las siguientes garantías específicas:

a) derecho a ser adecuadamente emplazado y a gozar de un tiempo razonable para preparar la defensa;

b) derecho a ser juzgado por un juez imparcial;

c) derecho a la tramitación oral de la causa y a la publicidad;

d) derecho a la prueba, que importa derecho a las solicitudes probatorias, a la participación en la actuación probatoria, a investigar sobre la prueba antes del juicio y a la carga de la prueba por la acusación; y,

e) derecho a ser juzgado en base al mérito del proceso y a tener copia de las actas.

Para nuestro ordenamiento jurídico de raíz eurocontinental, el *debido proceso* es una cláusula de carácter general y residual o subsidiaria; por tanto, constitucionaliza todas las garantías establecidas por la legislación ordinaria –orgánica y procesal–, en cuanto ellas sean concordes con el fin de justicia a que está destinado la tramitación de un caso judicial penal o cuyo incumplimiento ocasiona graves efectos en la regularidad –equitativa y justo– del procedimiento [68]. En líneas generales, el citado derecho es utilizado para amparar derechos no expresamente reconocidos en otros apartados de la Ley Fundamental [69].

El debido proceso comprende numerosas instituciones relacionadas tanto con las partes como con la jurisdicción que han de preservar la certeza en el proceso. Busca, en suma, rodear al proceso de las garantías mínimas de equidad y justicia que respaldan en legitimidad la certeza en

---

[67] ESPARZA LEIBAR, Iñaki: *El debido proceso*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1995, p. 241.

[68] CAROCCA PÉREZ, Alex: «Las garantías constitucionales del debido proceso y de la tutela judicial efectiva en España», en: *Revista Jurídica del Perú*, Año XLVI, Nº 2, abril–junio, Trujillo, 1996, p. 70.

[69] PICÓ I JUNOY, Joan: *Las garantías constitucionales del proceso*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1997, p. 131.

derecho de su resultado [70]. A través del *debido proceso* se precipitan todas las garantías, derechos fundamentales y libertades públicas de las que es titular la persona en el Estado Social y Democrático de Derecho. Pueden ser reconducidas, según FERRAJOLI, a cuatro axiomas: *nulla culpa sine iudicio, nullum iudicium sine accusatione, nulla accusatione sine probatione* y *nulla probatio sine defensum* [71].

La virtualidad de esta garantía genérica es manifiesta cuando se pone en relación con los Convenios Internacionales, a través de los cuales pueden integrarse garantías concretas no recogidas expresamente en la Constitución, pero sí en esos Convenios [72]. Así, por ejemplo, tendrían nivel constitucional, a mérito de lo estipulado por la Cuarta Disposición Final de la Ley Fundamental, las siguientes:

a) La garantía de la no incriminación (art. 8º.2.'g' CADH). Reconocida legislativamente por el art. 284º CPP 1991 a nivel del juicio oral. Limitación corregida por el art. 68º. 4 del Proyecto de 1995.

b) El derecho a un juez imparcial (art. 8º.1 CADH). Reconocido, parcialmente, a través de la institución de la abstención y la recusación (arts. 50º–54º CPP 1991).

c) El derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas (art. 14º.2.'c' PIDCP). Reconocido en el art. II del Título Preliminar del CPP de 1991: "la justicia penal se imparte sin retardo".

d) El derecho de interrogar a testigos y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, o de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos: derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa (art. 8º.2.'f' CADH).

De igual manera, está integrada a dicha garantía genérica, en cuanto es parte indispensable de un enjuiciamiento equitativo que limite el poder del aparato estatal, la garantía del *ne bis in ídem*, el mismo que tiene un doble significado: *procesal*, según el cual nadie puede ser enjui-

---

[70] QUIROGA LEÓN, Aníbal: «Los derechos humanos, el debido proceso y las garantías constitucionales de la administración de justicia», en: EGUIGUREN PRAELI, Francisco (Editor): *La Constitución peruana de 1979 y sus problemas de aplicación*, Lima, Cultural Cuzco, 1987, p. 112.

[71] BUSTOS RAMÍREZ / HORMAZÁBAL MALARÉE: *Lecciones de Derecho penal*, cit., pp. 72–73.

[72] MONTERO AROCA *et. al.*: *Derecho jurisdiccional*, cit., T. III (*Proceso penal*), ed. 1991, pp. 35–36.

ciado dos veces por los mismos hechos, y *material*, en virtud del cual nadie puede ser sancionado dos veces por una misma conducta [73].

B. La garantía de no incriminación

Esta garantía funciona contra quien es objeto de una imputación penal, sin que a ello obste que se formule en sede judicial o extra–judicial: Policía, Fiscalía o Congreso, que se esté en cualquier fase del proceso o se tenga o no formalmente la calidad de imputado. Constituye, al decir de BINDER, una manifestación privilegiada del derecho a defenderse de una imputación penal. El imputado tiene el derecho a introducir válidamente al proceso la información que considere adecuada. Él es quien tiene el señorío y el poder de decisión sobre su propia declaración [74].

Sus principales efectos son los siguientes:

1. La no declaración no permite inferencias de culpabilidad (no es un indicio de culpabilidad).

2. El imputado tiene el derecho de declarar cuantas veces quiera, pues es él quien controla la oportunidad y contenido de las informaciones que desea incorporar al proceso.

3. Rige sólo cuando se obligue al imputado a emitir una declaración que exteriorice un contenido, de ahí que cuando se le obliga a someterse a una confrontación o careo, a una identificación, a una pericia (dar muestras de sangre, de orina o de cualquier fluido corporal, o muestras caligráficas o someterse compulsivamente a experimentos de voces o a usar determinada ropa, etc.) no se viola esta garantía; en rigor, lo que se protege son las comunicaciones o testimonio del individuo, no la evidencia real o física derivada de la persona del imputado. Otro punto tiene que ver cuando se requiere al imputado a presentar determinada información contenida en sus archivos, que debe tenerla en atención a exigencias legales (*required reports*). Un sector de la doctrina considera que no hay infracción a la garantía estudiada si existe alguna relación entre la actividad regulada y el interés público, esto es, cuando la existencia de los récords de información era impuesta al público en general, cuando prima el interés regulatorio–administrativo [75].

---

[73] CARBONELL MATEU: *Derecho penal*, cit., p. 150.

[74] BINDER: *Introducción al Derecho procesal penal*, cit., p. 179.

[75] CHIESA APONTE, Ernesto, *Derecho procesal penal de Puerto Rico y Estados Unidos*, Fórum, Bogotá, 1991, T. I, pp. 178–179.

C. El derecho a un Juez imparcial

La imparcialidad judicial garantiza una limpia e igualitaria contienda procesal, permite al juez desempeñar un papel *super partes*. Su fin último es proteger la efectividad del derecho a un proceso con todas las garantías [76]. MORENO CATENA señala que la independencia respecto de las partes y del objeto litigioso significa imparcialidad, es decir, ausencia de todo interés para la resolución del litigio que no sea la estricta aplicación del ordenamiento jurídico [77].

Es de distinguir, siguiendo a PICO I JUNOY, dos modos de apreciar la imparcialidad judicial: una *subjetiva*, que se refiere a la convicción personal de un juez determinado respecto al caso concreto y a las partes; y otra *objetiva*, que incide sobre las garantías suficientes que debe reunir el juzgador en su actuación respecto al objeto mismo del proceso [78].

Como es obvio, esta imparcialidad puede verse afectada, desde la perspectiva subjetiva: **a)** por razones de parentesco o situaciones asimiladas; **b)** por razones de amistad o enemistad; y, **c)** por razones de interés, de incompatibilidad o de supremacía.

Se exige que el juez esté en una posición alejada del conflicto que debe decidir; no hay jurisdicción sin esa lejanía. Para evitar estas situaciones la ley prevé las causales de abstención y de recusación: si el juez no se aparta del proceso *motu proprio*, las partes tienen el derecho de proponer su apartamiento.

Corresponde al legislador establecer las causales de abstención y de recusación, de modo que razonablemente comprendan aquellos tres supuestos de incompatibilidad. Se debe establecer causales claras y comunes para todo el ámbito del proceso penal, a la vez que permitir el ejercicio efectivo de la recusación, sin que se limite por razones que no comprendan la efectividad de un proceso justo y equitativo.

Una derivación de esta garantía, ubicada en el tercer nivel de las causales de afectación al principio de imparcialidad –razones de incompatibilidad– es el denominado principio *del "juez no prevenido"*. La duali-

---

[76] PICÓ I JUNOY: *Las garantías constitucionales del proceso*, cit., p. 133.

[77] En: GIMENO SENDRA *et. al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 82.

[78] PICÓ I JUNOY: *Las garantías constitucionales del proceso*, cit., p. 134.

dad de fases en el proceso penal –instrucción y juicio– determina la intervención de diferentes jueces, en tanto en la primera etapa haya sido ordenada y dirigida por un juez. Ello es así, explica DE LA OLIVA SANTOS, por la convicción de que sólo se administra justicia penal con garantías de acierto si el Juez o los Magistrados que han de dictar sentencia tras la vista oral no han intervenido en la fase de instrucción o preliminar y carecen, por tanto, de las prevenciones o prejuicios que se suponen prácticamente inevitables como consecuencia de una labor de instrucción o investigación [79].

D. El derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas

El derecho de todo ciudadano –a todos los que sean parte en el proceso penal– a un proceso sin dilaciones indebidas o a que su causa sea oída dentro de un plazo razonable o sin retraso, es un derecho fundamental de naturaleza reaccional que se dirige a los órganos judiciales, creando en ellos la obligación de actuar en un plazo razonable el *ius puniendi* o de reconocer y, en su caso, restablecer inmediatamente el derecho a la libertad. La lenta reacción judicial, sin justificación, origina y propicia una causa o motivo en cierto sentido de despenalización porque el reproche judicial viene ya viciado por extemporáneo [80].

Este derecho no se identifica con el mero incumplimiento de los plazos procesales y comporta la utilización de un concepto jurídico indeterminado que necesidad ser dotado de contenido concreto en cada caso, atendiendo a criterios objetivos congruentes con su enunciado genérico [81]. Su vulneración se produce siempre como consecuencia de una omisión que realiza un órgano jurisdiccional sobre aquella obligación constitucional de resolver dentro de los plazos previstos las pretensiones que se formulen [82].

La *primera condición* para ejercer este derecho de este derecho es que se incumplan los plazos previstos en la ley; corresponde a la autori-

---

[79] DE LA OLIVA SANTOS *et. al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 40.

[80] VEGA RUIZ, José Augusto de: *Proceso penal y derechos fundamentales desde la perspectiva jurisprudencial*, Colex, Madrid, 1994, p. 123.

[81] CORDÓN: *Introducción al Derecho procesal*, cit., p. 140.

[82] GIMENO SENDRA, Vicente: *Constitución y proceso*, Tecnos, Madrid, 1988, p. 142.

dad judicial, por imperio del principio de impulso de oficio, vigilar y subsanar, en su caso, el cumplimiento de los plazos procesales. La *segunda condición* –y decisiva– es que esta dilación o retraso sea indebido; se trata de un concepto jurídico indeterminado, cuya apreciación debe realizarse caso por caso y según las circunstancias, siendo de analizar tres elementos puntuales: **a)** la complejidad del asunto o causa; **b)** el comportamiento del agente –de la actuación de buena o mala fe dependerá la calificación de indebido– en el curso del procedimiento; y, **c)** la actitud del órgano judicial (determinar si medió inactividad de su parte, si fue el causante de las dilaciones).

Este derecho vulnerado exige de parte de la autoridad judicial su inmediato restablecimiento, vale decir, la emisión de la resolución cuya tardanza se ha puesto de manifiesto, sin perjuicio –en su caso– de declarar el derecho indemnizatorio que asiste al perjudicado; por el Estado, si la dilación se debe a un funcionamiento anormal de la administración de justicia, o por el particular culpable, si a él se debe la dilación indebida. Sin embargo, la opción que va teniendo cada vez mayor consistencia, es aquella que postula declarar, junto a la vulneración del derecho al plazo razonable, la reducción de la pena que –como mínimo– requeriría su reparación [83].

E. El derecho de utilizar los medios de prueba pertinentes

Este derecho está muy vinculado al derecho de defensa. Queda limitado cuando habiéndose intentado la realización de un medio de prueba en tiempo y en forma, y siendo pertinente e influyente para la decisión del litigio, el juez lo rechaza, sin disponer al mismo tiempo la realización de otras actividades probatorias [84].

Una prueba es pertinente, cuando guarda relación con lo que es objeto del proceso penal. La formación de la convicción judicial se ve limitada si no puede contar con un elemento de prueba relacionado con el debate judicial.

---

[83] VIVES ANTÓN, Tomás: *La reforma del proceso penal. II. El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas*, Tirant lo blanch, Valencia, 1992, p. 99.

[84] FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: *El sistema constitucional español*, Dykinson, Madrid, 1992, p. 290.

En cuanto se trata de un derecho fundamental, destinado a la protección de todos aquellos que acuden al órgano jurisdiccional en defensa de sus derechos e intereses legítimos, la ley ordinaria no puede impedir la actuación de medios de pruebas sustanciales para la defensa, ni priorizar otros intereses o bienes jurídicos, que no tengan expresa relevancia constitucional o igual nivel.

Junto a la pertinencia, el Derecho ha incorporado otros dos límites extrínsecos a la actividad probatoria: la utilidad y la licitud. La primera es aquella en que por existir una manifiesta inadecuación de medio a fin, se puede conjeturar razonablemente que no alcanzará el resultado pretendido. La segunda es aquella que respeta otros derechos fundamentales y no quebranta disposición ordenatoria alguna de la actividad probatoria [85].

Este derecho comprende no sólo el poder de lograr la comparecencia compulsoria de testigos y peritos, así como la incorporación de todo documento, informe o dato pertinente al proceso. También comprende lograr la información que éstos puedan proporcionar y, en su caso, a posibilitar careos o confrontaciones con testigos de cargo o coimputados. Lo esencial en este último supuesto es asegurar al oponente la oportunidad de contrainterrogar, de formular directamente preguntas y de obtener respuestas inmediatas: es lo que se denomina "*derecho a la contraprueba*". Además, impide que la ley cree prohibiciones que impidan declarar a una clase de testigos con base en categorías *a priori*, v. gr.: rechazar el testimonio de policías o miembros de los cuerpos de seguridad. En buena cuenta este derecho no sólo es una manifestación del contradictorio sino, en su esencia, la materialización de la necesaria equiparación entre las partes pasivas y activas: probar y controlar la prueba del adversario [86].

F. Ne bis in idem *procesal*

Desde su perspectiva sustancial, la garantía del *ne bis in idem*, cuyo reconocimiento constitucional de modo específico se encuentra en el art. 139º.13 de la Ley Fundamental, se expresa en dos exigencias. La

[85] CAROCCA PÉREZ, Alex: *Garantía constitucional de la defensa procesal*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1998, pp. 300–302.

[86] MAIER: *Derecho procesal penal*, cit., T. I, p. 577.

primera exigencia consiste en que no es posible aplicar una doble sanción, siempre que se presente la triple identidad de sujeto, hecho y fundamento, esto es, cuando existe una misma ilicitud, de suerte que en el campo administrativo –donde se presentan los mayores problemas en su relación con la jurisdicción penal– estará vedada imponer al funcionario o servidor una sanción adicional a la penal cuando el interés jurídicamente protegido sea el mismo que el protegido por el tipo penal, no siendo suficiente al respecto la sola invocación de las relaciones de especial sujeción con la Administración [87].

La segunda exigencia se aplica en el concurso aparente de leyes, en cuya virtud se impide que por un mismo contenido de injusto puedan imponerse dos penas criminales. Al respecto, Carlos CARBONELL MATEU señala que esta garantía afecta a la aplicación de varias normas que se refieran a una identidad de sujeto, hecho y fundamento, esto es, que a un mismo individuo, como consecuencia de la realización de una misma conducta y de la producción de un mismo resultado, no se le pueden aplicar dos normas distintas cuya fundamentación sea la misma tutela del mismo bien jurídico [88]. Esta garantía, igualmente, extiende también su operatividad a la concurrencia entre las leyes penales y cualquier otra clase de leyes sancionadoras, en cuya virtud veda asimismo en este caso que una misma infracción pueda ser resultar doblemente sancionada [89].

Desde la perspectiva procesal, el *ne bis in idem* es un derecho constitucional a no ser enjuiciado dos veces por el mismo delito y su fundamento se halla en las exigencias particulares de libertad y seguridad del individuo. Igualmente, la fuente de conflicto se suscita cotidianamente con la potestad sancionadora de la Administración. En este caso, no sólo la Administración ha de estar subordinada a la autoridad judicial, sino que no puede realizar actuaciones en hechos que puedan ser constitutivos de delito o falta según la legislación penal y necesariamente debe respetar la cosa juzgada, imposibilitando que se produzca un nuevo pronunciamiento sobre el tema. Al respecto, VIVES ANTÓN enfatiza que si la jurisdicción penal declara que los hechos no están probados, la Administración u otro órgano ju-

---

[87] GARCÍA ALBERO, Ramón, *No bis in idem*, Cedecs, Barcelona, 1995, p. 64.

[88] CARBONELL MATEU: *Derecho penal*, cit., p. 151.

[89] COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T. S.: *Derecho penal. Parte general*, Tirant lo blanch, Valencia, 1991, p. 75.

risdiccional han de entender necesariamente que los hechos no existen, estando obligados a tener ya por inocente respecto de esos hechos al sujeto [90].

Asimismo, esta garantía se extiende a la propia calificación jurídica de los hechos cuestionados, en lo que se refiere al derecho sancionador; es decir, aun si se declara en sede penal que el hecho no es delito, en tanto existe una unidad del derecho sancionador (del penal y del administrativo), no es posible someter ese mismo hecho, ya juzgado, a un nuevo enjuiciamiento por razón de sucesión de normas en el tiempo aunque sea en sede administrativa. *El imputado no puede ser sometido a un doble riesgo real* [91].

El Tribunal Constitucional en el "*Caso Dante Damas Espinoza*" estimó que si por los mismos hechos la justicia ordinaria sobreseyó la causa a favor de un inculpado, no es posible que la justicia militar se aboque a su conocimiento y dicte una sentencia condenatoria, pese a que inclusive la declinatoria de jurisdicción había sido resuelta por la Corte Suprema a favor de la jurisdicción ordinaria [92]. Resulta interesante el Fundamento Jurídico Nº 7 del fallo constitucional, porque, *primero*, integra el *non bis in idem* –tal como así lo rotula– dentro del derecho al debido proceso del art. 139º.3 de la Constitución, sosteniendo que significa que el imputado absuelto por una resolución judicial firme no puede ser sometido a un nuevo proceso por los mismos hechos, esto es, reconoce la dimensión procesal de la garantía del *ne bis in idem*; y, *segundo*, señala que la *res iudicata* o cosa juzgada está reconocida en el art. 139º.13 de la Constitución, la cual supone la prohibición de que un individuo con resolución absolutoria y firme pueda verse sometido a un nuevo proceso judicial en que se juzgue los mismos hechos que motivaron la inicial sentencia, tesis última no bien formulada, dado que el *ne bis in idem* material, como ya se dejó expuesto, prescribe que nadie puede ser sancionado dos veces por una misma conducta.

Por otro lado, resulta trascendental al efecto la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, recaída en el "*Caso Loayza Tamayo*", que estableció que si la justicia militar al dictar una sentencia

---

[90] VIVES ANTÓN, T.: «*"Ne bis in idem"* procesal», cit., p. 361.

[91] VIVES ANTÓN: «*"Ne bis in idem"* procesal», cit., p. 364.

[92] STC Nº 109–98–HC–TC, de 2 de julio de 1998 (*El Peruano*, Lima, 29 de setiembre de 1998).

se pronuncia sobre los hechos objeto de la acusación, valorando los elementos probatorios del comportamiento atribuido, no es posible que esos mismos hechos, bajo otra perspectiva jurídica, sean de conocimiento por la justicia ordinaria [93]. Este fallo, constituye, en buena cuenta, la consagración jurídica del *ne bis in idem* procesal, que proscribe no la doble sanción sino, propiamente, el doble enjuiciamento, la posibilidad de que a un individuo se le someta a un doble riesgo real.

Es de entender, como conclusión, que el Estado sólo tiene una oportunidad para hacer valer su pretensión sancionadora, si la pierde, ya no puede ejercerla, así se invoquen defectos técnicos o diferentes perspectivas jurídicas para resolver el caso.

2. EL DERECHO A LA TUTELA JURISDICCIONAL

El art. 139º.3 de la Ley Fundamental también incorpora esta garantía específica en el conjunto de las reglas genéricas de protección del ciudadano en el curso de un proceso judicial. Se trata de un derecho autónomo en el que se integran diversas manifestaciones y que engloba, al decir de ASENCIO MELLADO, los siguientes: **a)** derecho al proceso; **b)** derecho a obtener una resolución de fondo fundada en Derecho; **c)** derecho a los recursos legalmente previstos; y, **d)** derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales [94]. Es de significar que el derecho al recurso en nuestro ordenamiento constitucional es un derecho autónomo y se encuentra previsto en el art. 139º.6 del Código Político.

En cuanto al *derecho de acceso a la justicia,* el art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos estatuye que todas las personas tienen el derecho a ser oídas por el órgano jurisdiccional. El acceso al órgano jurisdiccional se debe manifestar no sólo en la posibilidad de formular peticiones concretas (solicitudes probatorias, oposiciones, impugnaciones, alegatos, etc.), sino también en que se pueda instar la acción de la justicia en defensa de los derechos e intereses legítimos de las personas. Lo particular del proceso penal peruano es que el Ministerio Público es el órgano autónomo de derecho constitucional que tiene la exclusividad para promover la acción penal (art. 159º.5 Const.); sin embargo, ello no obsta a que

[93] Sentencia del 17 de setiembre de 1997.

[94] ASENCIO MELLADO: *Introducción al Derecho procesal,* cit., p. 188.

los ciudadanos tengan el derecho de formular denuncias y que si el Fiscal las rechaza puedan instar el control jerárquico del Superior (art. 12º de la LOMP). Una vez promovida la acción penal, los agraviados están autorizados a constituirse en parte civil, sin perjuicio que decidan –sin condicionamiento alguno– acudir a la vía civil interponiendo una demanda de indemnización. La víctima, en consecuencia, no está legitimada para reclamar la imposición de una pena al presunto delincuente, pero sí para acudir directamente al órgano judicial reclamando una indemnización.

El derecho a la tutela judicial también comprende *el derecho a obtener una resolución de fondo fundada en derecho*, salvo que exista una causa impeditiva prevista en la ley. Esta decisión puede ser denegatoria e inclusive puede ampararse en razones estrictamente formales, siempre y cuando razone de modo no arbitrario, en absoluta congruencia con la solicitud y los alegatos de las partes (principio de motivación, art. 139º.5 Const.). Según MORENO CATENA, el juez puede alegar, por cierto, el incumplimiento de presupuestos procesales y requisitos de forma –siempre esenciales– exigidos por la ley, cuya legitimidad estará condicionada a que interprete la ley, en estos casos, restrictivamente y del modo más conforme con el principio *pro actione o favor actionis* [95].

Desde esta perspectiva, la motivación de las resoluciones judiciales ha sido consagrada como una garantía específica (art. 139º.5 Const.), al punto que la jurisprudencia ha estipulado que su vulneración es causal de nulidad [96]. La Corte Suprema ha establecido que todas las resoluciones judiciales deben ser motivadas en todas las instancias con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos en que se sustenta, excepto los decretos de mero trámite; que sólo en segunda instancia pueden reproducirse los fundamentos de la resolución de primera instancia, tal como lo dispone el art. 12º de la Ley Orgánica del Poder Judicial; que si no se comparten los fundamentos del dictamen fiscal deben consignarse los que correspondan [97]. Es de señalar, en este último punto, que el art. 142º de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece que si el

[95] En: GIMENO SENDRA *et. al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 221–222.

[96] Ejecutoria suprema de 25 de mayo de 1994, Exp. Nº 167–93–B, Lima (ROJJASI PELLA, Carmen: *Ejecutorias supremas penales. 1993–1996*, Legrima, Lima, 1997, pp. 380–381).

[97] Ejecutoria suprema de 8 de setiembre de 1993, Exp. Nº 790–92, Lima (*Normas Legales*, T. 222, noviembre, 1994, pp. J40–J41).

fallo –obviamente, salvo que se trate de la sentencia de primera instancia– se dicta de conformidad con el dictamen fiscal, los fundamentos del mismo se consideran como su motivación, pero si se resuelve con lo expuesto por el Fiscal, es indispensable consignar la fundamentación pertinente. En cuanto al dictamen fiscal, el máximo tribunal ha precisado que debe estar suficientemente explicado y referirse a los hechos en forma coherente, en caso contrario se considera insuficiente la motivación de la resolución judicial que se sustente en él [98].

El *derecho a la ejecución* cierra el derecho a la tutela judicial. Ello significa que las resoluciones judiciales firmes, no son meras declaraciones de intenciones, sino que es necesario que se ejecuten obligatoriamente, inclusive de modo coactivo en los casos en que voluntariamente no se cumpla el pronunciamiento contenido en ella. A este respecto, el art. 118º.9 de la Constitución impone al Poder Ejecutivo la obligación de cumplir y hacer cumplir las sentencias y resoluciones de los órganos jurisdiccionales; igualmente, el art. 139º.18 reconoce como un principio de la función jurisdiccional "*La obligación del Poder Ejecutivo de prestar la colaboración que en los procesos le sea requerida*".

3. EL DERECHO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

El art. 2º.24. e) de la Constitución configura a la presunción o, mejor dicho, estado de inocencia, como un derecho fundamental. Dice la Ley Superior: "*Toda persona tiene derecho a la libertad y seguridad personales. En consecuencia, toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad*". Esta norma crea en favor de las personas un verdadero derecho subjetivo a ser consideradas inocentes de cualquier delito que se les atribuya, mientras no se presente prueba bastante para destruir dicha presunción, aunque sea mínima [99].

La precisión de los contornos de este derecho, sin embargo, no es nada sencilla. El profesor Jaime VEGAS TORRES [100] ha puesto de relieve

---

[98] Ejecutoria suprema de 20 de junio de 1990, Exp. 1614–89, Lima (*Normas Legales*, T. 208, setiembre, 1993, pp. 390–391).

[99] JAÉN VALLEJO, Manuel: *La presunción de inocencia en la jurisprudencia constitucional*, Akal, Madrid, 1987, p. 19.

[100] VEGAS TORRES, Jaime: *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, La Ley, Madrid, 1993, pp. 35–39.

que esta institución, como consecuencia de su origen histórico diferente en el derecho comparado (nace en momentos, lugares y culturas jurídicas distintas y que da respuesta a preocupaciones de muy diferente naturaleza) tiene tres significados:

1. Como concepto fundamental en torno al cual se construye todo un modelo de proceso penal, en el que se mira fundamentalmente a establecer garantías para el imputado frente a la actuación punitiva estatal.

2. Como postulado directamente referido al tratamiento del imputado durante el proceso penal, conforme al cual habría de partirse de la idea de que el inculpado es inocente y, por tanto, reducir al mínimo las medidas restrictivas de derechos en el tratamiento del imputado durante el proceso.

3. Como una regla directamente referida al juicio de hecho de la sentencia penal, con incidencia en el ámbito probatorio, conforme a la cual, la prueba completa de la culpabilidad del imputado debe ser suministrada por la acusación, imponiéndose la absolución del inculpado si la culpabilidad no queda suficientemente demostrada.

Nuestra Constitución sitúa la presunción de inocencia dentro de los derechos fundamentales a la libertad –es un derecho subjetivo público [101]–, la cual puede limitarse o perderse por acción de los órganos penales. En consecuencia, los tres significados son plenamente aplicables a la interpretación de los alcances de dicho Derecho. Es claro que el ámbito probatorio es el más amplio, pero a ello no escapa toda la dinámica de la coerción procesal y la concepción y regulación integral del procedimiento, bajo unos supuestos sustancialmente liberales.

La culpabilidad, en su sentido amplio de responsabilidad penal, sólo se declara mediante una sentencia firme, la cual además se erige como la única forma de imponer una pena a alguien. Se asienta en dos ideas: **a)** exigencia de auténticos actos de prueba; y, **b)** el principio de libre valoración o criterio de conciencia por los jueces ordinarios en su valoración [102]. Este principio, así explicado, constituye un punto de partida

---

[101] ALMAGRO NOSETE, José: «Teoría general de la prueba en el proceso penal», en: *La prueba en el proceso penal*, Consejo General del Poder Judicial Madrid, 1992 (Cuadernos de Derecho Judicial), p. 32.

[102] ALMAGRO NOSETE: «Teoría general de la prueba...», cit., p. 36.

político: no afirma que el imputado sea, en verdad, inocente, sino, antes bien, que no puede ser considerado culpable hasta la decisión que pone fin al procedimiento, condenándolo [103].

La exigencia de que nadie puede ser considerado culpable hasta que así se declare por sentencia condenatoria contiene, al decir de la jurisprudencia constitucional española, cinco presupuestos: **1.** Suficiente actividad probatoria. **2.** Producida con las garantías procesales. **3.** Que de alguna manera pueda entenderse de cargo. **4.** De la que se pueda deducir la culpabilidad del procesado. **5.** Que se haya practicado en el juicio. Los imputados gozan de una presunción *iuris tantum*, por tanto en el proceso ha de realizarse una actividad *necesaria y suficiente* para convertir la acusación en verdad probada; las pruebas, para ser tales, deben merecer la intervención judicial en la fase del juicio oral, cuya obligatoriedad y publicidad impone la Constitución (art. 139º.4), salvo los supuestos de prueba anticipada y prueba preconstituida; asimismo, deben haber posibilitado el principio de contradicción y haberse actuado –en lo que respecta esencialmente a la obtención de fuentes de prueba– con escrupuloso respeto a las normas tuteladoras de los derechos fundamentales, pues de lo contrario son de valoración prohibida [104].

Para que pueda aceptarse el principio de presunción de inocencia es necesario que de lo actuado en la instancia se aprecie un vacío o una notable insuficiencia probatoria, debido a la ausencia de pruebas, a que las practicadas hayan sido obtenidas ilegítimamente o que el razonamiento de inferencia sea ostensiblemente absurdo o arbitrario; debiendo decaer cuando existan pruebas bien directas o de cargo, bien simplemente indiciarias con suficiente fiabilidad inculpatoria [105].

Otro significado, en orden al *onus probandi*, es que la necesidad de afirmar la certeza de los cargos objeto de acusación –lo que importa que la duda y aun la probabilidad descarta la imposición de una sentencia condenatoria– recae materialmente sobre el Fiscal, en cuanto titular de la acusación pública. Es el Ministerio Público quien habrá de reunir aquella suficiente y necesaria actividad probatoria para destruir la presunción de inocencia; por ello se define a la presunción de inocencia

---

[103] MAIER: *Derecho procesal penal*, cit., T. I, p. 492.

[104] JAÉN VALLEJO: *La presunción de inocencia en la jurisprudencia constitucional*, cit., p. 24.

[105] CORDÓN: *Introducción al Derecho procesal*, cit., p. 135.

como un *derecho reaccional.* Por lo demás, acreditada la imputación hecha valer por el Fiscal, corresponde al imputado, en caso lo sostenga, probar los hechos impeditivos, extintivos o excluyentes de la responsabilidad penal [106].

Finalmente, el axioma que impide la pena sin una sentencia judicial que la ordena, ha fundado correctamente la pretensión de que durante el curso del procedimiento el imputado no pueda ser tratado como un culpable [107]. La idea central del tratamiento como inocente se vincula, al carácter restrictivo de las medidas de coerción en el proceso penal [108]. La existencia de dichas medidas no significa que al imputado se le pueda anticipar una pena durante el procedimiento, de suerte que la limitación procesal de derechos fundamentales tiene como fundamento legítimo asegurar la realización del proceso de conocimiento –averiguación de la verdad– para actuar la ley sustantiva o para asegurar la ejecución efectiva de la sentencia, bajo la vigencia del principio de proporcionalidad, cuyo juicio de ponderación exige, entre otros requisitos, principio de prueba y necesidad insoslayable de restringir un derecho fundamental en aras de asegurar un fin legítimo del proceso penal.

4. EL DERECHO DE DEFENSA

El art. 139º.14 de la Constitución reconoce "*El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso. Toda persona será informada inmediatamente y por escrito de la causa o razones de su detención* –cláusula repetida en el inc. 15–. *Tiene derecho a comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorada por éste desde que es citada o detenida por cualquier autoridad*".

El primer extremo de la citada norma extiende la protección constitucional a cualquier procedimiento –no sólo al penal– y, como tal, es reconocida como requisito esencial para la válida constitución de un proceso. Julio MAIER aclara que este derecho no solo limita la protección al imputado, pues también alcanza a otras personas que pueden intervenir en él, tales como el actor civil o el tercero. Se trata de defender un

---

[106] RIVES SEVA, Alfonso Pablo: *La prueba en el proceso penal*, Aranzadi, Pamplona, 1996, p. 32.

[107] MAIER: *Derecho procesal penal*, cit., T. I, p. 510.

[108] BINDER: *Introducción al Derecho procesal penal*, cit., p. 125.

derecho o interés legítimo frente a la expectativa de una decisión estatal sobre él, sea porque se pretende algo o porque, al contrario, nos oponemos a esa pretensión, requiriendo que ella no prospere. El Ministerio Público, desde esta perspectiva de la defensa como limitación al poder estatal, no tiene derecho de defensa, sino un conjunto de facultades o armas para cumplir su función persecutoria [109].

Ahora bien, limitando el análisis al proceso penal y, concretamente, al imputado, es del caso definir el derecho de defensa –conjuntamente con GIMENO SENDRA– como "el derecho público constitucional que asiste a toda persona física a quien se le pueda atribuir la comisión de un hecho punible, mediante cuyo ejercicio se garantiza al imputado la asistencia técnica de un abogado defensor y se les concede a ambos la capacidad de postulación necesaria para oponerse eficazmente a la pretensión punitiva y poder hacer valer dentro del proceso el derecho constitucional a la libertad del ciudadano" [110].

CAROCCA PÉREZ advierte las dos dimensiones del derecho de defensa: **a)** como derecho subjetivo; y, **b)** como garantía del proceso. En lo que respecta a la primera dimensión, es visto como un derecho fundamental que pertenece a todas las partes en el proceso, cuyas notas características son su *irrenunciabilidad* (la parte no puede decidir que no se le conceda la oportunidad de defenderse) y su *inalienabilidad* (no puede ser dispuesta por su titular, ni su ejercicio puede serle substraído ni traspasado a terceros). En cuanto a su segunda dimensión, de carácter objetivo institucional, la defensa constituye un verdadero requisito para la validez del proceso, siempre necesaria, aun al margen o por sobre la voluntad de la parte, para la validez del juicio [111].

El derecho de defensa de toda persona nace, según el texto constitucional, desde que es citada o detenida por la autoridad. Ello significa que surge con la mera determinación del imputado: no hace falta que exista una decisión nominal o formal al respecto, basta que, de uno u otro modo, se le vincule con la comisión de un delito. Existiendo una imputación nace el derecho de defensa, lo que importa reconocer que

---

[109] MAIER: *Derecho procesal penal*, cit., T. I, pp. 543–544.

[110] GIMENO SENDRA: *Constitución y proceso*, cit., p. 89.

[111] CAROCCA PÉREZ: *Garantía constitucional de la defensa procesal*, cit., pp. 20–22.

el sujeto pasivo de la imputación tiene, en cuanto *posibilidad procesal*, el derecho de acceder al proceso o investigación preliminar, a ser oído por la autoridad en todas y cada una de las instancias en que la causa se desenvuelva. Al respecto, apunta BINDER, el ejercicio personal de defensa del imputado exige asumir que "la declaración del imputado es la oportunidad que se le otorga (...) para presentar su versión de los hechos, ofrecer su descargo, proponer pruebas y establecer un contacto directo con las personas que tienen a su cargo la preparación de la acusación o, directamente, el juicio" [112].

El imputado también tiene el derecho: **a)** a que se le dé el *status de parte* para poder contestar la pretensión punitiva, la cual debe preceder al acto de defensa y serle debidamente notificada; y, **b)** a la "última palabra", en tanto *derecho potestativo* a que la sentencia se dicte luego de que se le dé la oportunidad de expresar lo que tiene que decir al finalizar la actividad procesal (arts. 279º del C de PP de 1940 y 301º del CPP de 1991).

El derecho de defensa, según la Constitución, se integra con todo un catálogo de derechos también fundamentales, concretándose: **a)** en el derecho de designar un abogado de su elección o, en su defecto, a uno de oficio; **b)** en el derecho a comunicarse previamente con él para contestar la imputación o realizar algún acto procesal; y, **c)** en el derecho a conocer en su integridad los cargos y pruebas existentes en su contra. La ilustración de los cargos por la policía, fiscalía u órgano jurisdiccional, como deber correlativo al derecho de información del imputado, no sólo se circunscribe a la medida cautelar de detención, sino que se extiende, por imperio del art. 14º.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, a cualquier acusación, sin interesar la medida cautelar dictada contra el imputado. Es de significar que el acceso a las pruebas sólo podrá denegarse cuando se haya declarado el secreto de las actuaciones de la instrucción, en las condiciones exigidas por el art. 73º del Código rituario de 1940, en cuyo caso debe ilustrársele de la resolución judicial en que se dispone la apertura de la instrucción [113].

La defensa, en tanto derecho fundamental, es ejercitada tanto por el imputado cuanto por el abogado defensor, de ahí su carácter dual:

---

[112] BINDER: *Introducción al Derecho procesal penal*, cit., p. 153.

[113] GIMENO SENDRA: *Constitución y proceso*, cit., p. 92.

privada o material y pública o formal, esta última informada por el derecho publico y de carácter obligatoria. La defensa material comprende el derecho del imputado a hacer valer su propia defensa, ya sea contestando la imputación, negándola, guardando silencio, o bien conformándose con la pretensión del fiscal. En esta perspectiva, la defensa técnica se erige como un servicio público imprescindible que se presta aún contra la voluntad del imputado y viene a completar o complementar la capacidad del imputado para estar en juicio penal, con lo que se busca garantizar el principio de igualdad de armas y resistir eficazmente la persecución penal [114].

En tanto la finalidad del derecho de defensa del imputado es hacer valer con eficacia el derecho a la libertad, la necesidad de contradicción efectiva exige reconocer un cuadro de garantías procesales que limiten la actividad de la acusación y del órgano jurisdiccional. Los arts. 14º.3 del Pacto y 8º.2 de la Convención Americana reconocen los siguientes derechos, además del derecho a ser informado *detalladamente* de los cargos y de defenderse asistido por un defensor –sea de elección o proporcionado por el Estado–: **a)** de que se designe un intérprete en caso no se comprenda el idioma; y, **b)** de contar con el tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa. Los demás derechos instrumentales glosados en dichos instrumentos internacionales guardan relación con el debido proceso (derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas, a la no autoincriminación y a utilizar la prueba pertinente), en cuanto garantía genérica, y el derecho al recurso en cuanto garantía específica.

El derecho de defensa incorpora dentro de sí dos principios fundamentales del proceso penal. El de *contradicción*, de carácter estructural al igual que la igualdad, y el *acusatorio*, vinculado al objeto del proceso al igual que los de legalidad–oportunidad.

A. El principio de contradicción

Este principio se construye, en concepto de GIMENO SENDRA, sobre la base de aceptar a las partes del proceso penal, acusadora y acusada, la posibilidad efectiva de comparecer o acceder a la jurisdicción a fin de poder hacer valer sus respectivas pretensiones, mediante la introducción de los hechos que las fundamentan y su correspondiente práctica

[114] MAIER: *Derecho procesal penal*, cit., T. I, p. 551.

de pruebas, así como cuando se le reconoce al acusado su derecho ha ser oído con carácter previo a la condena [115].

La contradicción exige: **1.** la imputación; **2.** la intimación; y, **3.** el derecho de audiencia. Para que el imputado pueda defenderse es imprescindible la imputación, la cual importa una relación clara, precisa y circunstanciada de un delito formulada por el Ministerio Público. Esta imputación debe ser conocida por el procesado –que es lo que se denomina *intimación*–, quien además debe tener el *derecho de audiencia.* Una necesidad de justicia apremiante para el proceso penal es que *nadie sea condenado sin ser oído y vencido en juicio.*

Expresa MAIER, en *primer lugar,* que el derecho a ser oído es una condición previa al pronunciamiento por el órgano jurisdiccional no sólo de sentencias sino, inclusive, de decisiones interlocutorias que conforman la situación del imputado durante el procedimiento. En *segundo lugar,* que el derecho de audiencia constituye un presupuesto de validez y eficacia de las mismas. Y, en *tercer lugar,* que este principio se extiende: **1.** al respeto a la integridad corporal del imputado; **2.** al rechazo a los tormentos y a todo acto de interrogatorio que propenda al error (preguntas capciosas y sugestivas o amenazas o promesas previas); **3.** A la facultad de abstenerse voluntariamente de declarar; y, **4.** Al derecho de probar y controlar la prueba, en cuanto necesidad de equiparar las posibilidades del imputado respecto de las del acusador [116].

En conclusión, como postula DE LA OLIVA SANTOS, el derecho de audiencia "trata de impedir que una resolución judicial puede infligir un mal a un sujeto jurídico que no haya tenido, dentro del proceso de que se trate, la oportunidad de decir y hacer en su defensa aquello que sea razonable y oportuno" [117]. Su violación se presenta, al decir del mismo autor, cuando se imposibilite completamente de actuar al imputado o cuando se impongan limitaciones que sólo permitan una actividad inadecuada a la importancia de lo que ha de decidirse y a los posibles efectos perjudiciales de la decisión [118].

---

[115] GIMENO SENDRA *et. al.*: *Derecho procesal penal,* cit., p. 56.

[116] MAIER: *Derecho procesal penal,* cit., T. I, pp. 553–557.

[117] DE LA OLIVA SANTOS *et. al.*: *Derecho procesal penal,* cit. p. 28.

[118] DE LA OLIVA SANTOS *et. al.*: *Derecho procesal penal,* cit. p. 30.

B. El principio acusatorio

Este principio indica la distribución de roles y las condiciones en que se debe realizar el enjuiciamiento del objeto procesal penal. Al respecto, apunta BAUMANN, se entiende por *principio acusatorio* aquel según el cual no ha de ser la misma persona quien realice las averiguaciones y decida después al respecto. Tenemos –continúa explicando– una persecución de oficio del delito (arts. 2º C de PP de 1940 y 1º del CPP de 1991), pero con división de roles, lo que es fruto del derecho procesal francés. Esta división, en primer lugar, impide la parcialidad del juez, pues la función persecutoria: investigación y acusación se encuentra el Ministerio Público (arts. 159º, incs. 4 y 5, de la Constitución y 58º del CPP de 1991) que, por lo demás, constituye un órgano público autónomo, separado de la organización judicial y regido por su propio Estatuto Orgánico (art. 158º de la Ley Superior y LOMP, aprobada por el Decreto Legislativo Nº 52); y, en segundo lugar, suprime la necesaria posición de objeto del acusado en el derecho procesal común [119].

José María ASENCIO MELLADO [120] señala que el principio acusatorio tiene tres notas esenciales:

a) Ejercicio y mantenimiento de la acusación por un órgano distinto al Juez, así como la exigencia de una acción pública. Rige la máxima *ne procedat iudex ex officio.*

b) La división del proceso en dos fases y las tareas propias de cada una de ellas de investigación y decisión respectivamente, han de ser conferidas a órganos diferentes con el fin de evitar un probable y posible prejuzgamiento por parte del juez sentenciador. Rige la máxima de la *prohibición de la identidad entre instructor y decisor.*

c) Relativa vinculación del órgano jurisdiccional a las pretensiones de las partes, en atención a la acusación fiscal. La vinculación del órgano jurisdiccional es de carácter temática, es decir, al hecho penalmente antijurídico, de suerte que sobre él el órgano jurisdiccional tiene facultad para completarlo y resolverlo en toda su extensión. El juez no está obligado a aceptar el título de condena ni la petición de pena, aunque la desvinculación no alcanza a los hechos imputados, que han de perma-

---

[119] BAUMANN: *Derecho procesal penal,* cit., pp. 48–49.

[120] ASENCIO MELLADO, José María: *Principio acusatorio y derecho de defensa en el proceso penal,* Trivium, Madrid, 1991, pp. 17–27.

necer inmutables, sino a la calificación jurídico–penal siempre que respete el bien o interés jurídico vulnerado.

Una cuarta nota esencial del principio acusatorio, al decir de GIMENO SENDRA, es la prohibición de la "*reformatio in peius*" o reforma peyorativa. El Juez revisor, que conoce de un grado concreto, no puede agravar más a un apelante de lo que ya lo estaba por la resolución o sentencia recurrida, salvo que el apelado impugne también independientemente la sentencia o se adhiera a la apelación ya iniciada. El Juez *ad quem* está vinculado por los límites objetivos y subjetivos de la impugnación, que de rebasarse afectaría irrazonablemente el derecho de defensa [121].

Sobre el particular, CHIOVENDA sostiene que si el apelante recurre es porque se ve agraviado en su derecho y, por esa misma razón, si el apelado no recurre es porque no encuentra perjuicio en la sentencia que ha sido dictada por el juez; eso quiere decir que la sentencia para el apelado es correcta y debe quedar tal como estaba, de donde se infiere que no puede salir beneficiado por su inactividad procesal; si no ha querido impugnarla es porque consideraba que no le era perjudicial, de ahí que la sentencia dictada en segunda instancia no puede concederse más de lo que le dio la sentencia de primera instancia, o, dicho en otras palabras, no cabe empeorar la situación del apelante si es éste el único que recurre [122].

III. GARANTÍAS PROCESALES ESPECÍFICAS

1. CONSIDERACIONES GENERALES

Como se ha dejado establecido, la Constitución ha reconocido un conjunto muy numeroso de garantías procesales específicas. Su variedad y extensión impiden que se aborden pormenorizadamente en este capítulo. Por tanto, es del caso tratar algunos de ellos, tales como las garantías de igualdad, de investigación oficial y de publicidad. A su alrededor es posible incorporar principios que les dan fuerza argumental, tales como los de oralidad, inmediación y concentración, sin perjuicio

[121] GIMENO SENDRA *et. al.*; *Derecho procesal penal*, cit., p. 89.

[122] Citado por CORTÉS DOMÍNGUEZ, en: CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín; GIMENO SENDRA, Vicente; MORENO CATENA, Víctor: *Derecho Procesal Civil*, Colex, Madrid, 1996, p. 350.

de que a lo largo del presente libro se estudien puntualmente las restantes garantías.

2. LA GARANTÍA DE LA IGUALDAD

Esta garantía, derivada genéricamente del art. 2º.2 de la Constitución, condiciona estructuralmente el proceso, conjuntamente con el principio de contradicción. Una contradicción efectiva en el proceso y la configuración de *parte* que se da a los sujetos del procesos, exige desde la Ley Fundamental que tanto la acusación como la defensa actúen en igualdad de condiciones; es decir, dispongan de iguales derechos procesales, de oportunidades y posibilidades similares para sostener y fundamentar lo que cada cual estime conveniente [123].

Desde el punto de vista procesal, este principio, instituido como un derecho fundamental en la Constitución, garantiza que ambas partes procesales gocen de los medios de ataque y de defensa y de la igualdad de armas para hacer valer sus alegaciones y medios de prueba, cuya vulneración produce indefensión [124].

Este principio se encuentra implícito en el art. 2º.2 de la Constitución. Dicha norma no distingue entre ley material y ley procesal, por lo que es una proyección del genérico principio de igualdad del aludido artículo con el derecho al debido proceso del art. 139º.3, el cual hay que estimarlo vulnerado cuando el legislador crea privilegios procesales carentes de fundamentación constitucional alguna, o bien cuando el legislador o el propio órgano jurisdiccional crean posibilidades procesales que se le niegan a la parte contraria o la gravan indebidamente con cargos procesales exorbitantes, sin que ambas posibilidades y cargas procesales alcancen justificación objetiva y razonable alguna [125].

Estas consideraciones no obstan, sin duda alguna, a la especial configuración y rol del Ministerio Público, en cuanto conductor de la investigación del delito, promotor de la acción penal y guardián de la legalidad (art. 159º Const.), que objetivamente permiten cierta preeminencia en la etapa de instrucción y un papel cuasi–definidor en la etapa inter-

---

[123] DE LA OLIVA SANTOS *et. al.*: *Derecho procesal penal*, cit. p. 32.

[124] CORDÓN: *Introducción al Derecho procesal*, cit., p. 130.

[125] GIMENO SENDRA: *Derecho procesal penal*, cit., p. 81.

media, así como la posibilidad que recurra en el solo interés de la ley. Asimismo, la garantía de igualdad no se resiente con el hecho de que en los delitos de persecución privada, el agraviado decida no perseguir al ofensor o que decida hacerlo sólo contra algunos, ni que en la etapa sumarial la posición del imputado sea sustancialmente menor, lo que se equilibra con el hecho de que debe tratarse de una etapa meramente preparatoria del juicio oral [126].

Sin duda alguna, esta garantía se expresa en el régimen de los recursos, en cuya virtud no es posible configurar diversos efectos al recurso (suspensivos o extensivos) según la parte que recurre ni concebir la procedencia obligatoria de un recurso en desmedro de la posición jurídica de la parte contraria. Igualmente, en el ámbito de la prueba este principio tiene trascendental importancia, de suerte que sólo pueden tener condición de prueba, y servir de base a la sentencia, las diligencias probatorias que se han actuado con la plena intervención de las partes, lo que opera esencialmente en el juicio oral, etapa que el art. 139º.4 de la Constitución ha considerado ineludible.

3. La garantía de investigación oficial

La investigación oficial consiste en que la persecución penal es promovida por órganos del Estado, es decir, no queda librada a la discreción del lesionado o incluso al compromiso, existente o no, de cualquier ciudadano. Importa, en tanto garantía, que las investigaciones se llevarán en forma debida y correcta, con la necesaria firmeza, pero, al mismo tiempo, con la mayor moderación posible [127].

En tanto la persecución del delito es función del Estado –sobre él recae la carga de perseguir todos los delitos–, la Constitución confiere ese deber, en primer lugar, al Ministerio Público y, en segundo lugar, a la Policía Nacional, con arreglo a los arts. 159º, incs. 4 y 5, y 166º. La dirección jurídico funcional de la Policía, en función de Policía Judicial, corresponde al Ministerio Público, órgano público al cual se le ha encargado, concurrentemente, el ejercicio o promoción de la acción penal.

---

[126] De la Oliva Santos *et. al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 36.

[127] Baumann: *Derecho procesal penal*, cit., pp. 42–44.

La máxima de la oficialidad, enseña Eberhard SCHMIDT [128], domina el proceso penal en un doble aspecto: **a)** que la policía y la fiscalía no tienen necesidad de esperar a que los particulares denuncien los hechos delictivos, sino que deben intervenir de oficio frente a posibles sospechas y disponer la investigación necesaria para su aplicación; y, **b)** llegado en su totalidad el proceso a manos del órgano jurisdiccional por la promoción de la acción penal, tiene el deber de continuarlo de oficio dictando la resolución final que resuelva el conflicto jurídico–penal.

Esta máxima de oficialidad no implica, sin embargo, que el particular no puede tener la posibilidad de influir sobre el mismo por propia iniciativa. El proceso debe asegurar a las partes, a tono con los principios de contradicción e igualdad, la posibilidad de que puedan presentar sus alegatos e intervenir ampliamente en él. Empero, más allá de insistir en los poderes de intervención de las partes, es de enfatizar que el proceso penal, además de la persecución pública, se guía bajo el llamado *impulso oficial*, que prevé que se realice de oficio todo el procedimiento, no siendo necesaria una especial colaboración del imputado [129].

La Constitución, y con ella el Código de 1991 y los Proyectos de 1995 y 1996, enfatizan que el Ministerio Público es el conductor o director y artífice de la investigación. El Fiscal debe acordar todas las diligencias que considere convenientes o útiles para la comprobación del delito e identificación de los culpables, sin que sea óbice que en su actuación se guíe por los principios de legalidad e imparcialidad. Tal directiva obliga a configurar el proceso respetando la *verdad material* (art. 65º del CPP de 1991), vale decir, incorporando al proceso todas las circunstancias, de cargo o de descargo, agravantes, atenuantes o eximentes.

La obtención de la verdad, sin duda alguna, como explica Winfried HASSEMER, no es propiamente la material, sino la verdad obtenida por vías formalizadas, es decir, la *verdad forense*, y es a ésta a la que se dirige la comprensión escénica en el proceso penal. La averiguación de la verdad no puede hacerse a cualquier precio. El derecho procesal, conforme se verá más adelante, despliega una amplia y estructurada serie de prohibi-

[128] SCHMIDT: *Los fundamentos teóricos y constitucionales del Derecho procesal penal*, cit., p. 200.

[129] BAUMANN: *Derecho procesal penal*, cit., p. 105.

ciones de prueba que impiden al Fiscal y al órgano jurisdiccional adquirir y aprovechar datos cuyo conocimiento sería de gran interés [130].

Resulta inconcebible, recogiendo las aspiraciones político jurídicas del siglo XIX, que al Ministerio Público se le imagine actuando con parcialidad frente al acusado. Por ello es que la investigación en nuestro ordenamiento jurídico no puede –no debe– producir nada definitivo con relación al objeto del proceso, pues sólo procura establecer si existen sospechas suficientes de la existencia de una acción punible; la tarea del Fiscal no es la sentencia, sino la acusación (art. 91º del CPP de 1991), lo que constituye la mejor garantía para el acusado frente a la posibilidad de una condena injusta [131].

Tener como norte en el proceso la verdad y la imparcialidad de los órganos de la persecución, exige adicionalmente: **a)** que el Ministerio Público debe comprobar todos los hechos necesarios para fundar una sentencia condenatoria: **b)** que la incertidumbre sobre los hechos objeto del proceso penal no juega ningún papel, por lo que en ese caso debe dictarse sentencia absolutoria; **c)** que el juez debe regirse por el principio "*in dubio pro reo*" en el caso de incertidumbre con respecto a un hecho determinado; **d)** que el juez, con los límites derivados del principio acusatorio, tiene que determinar por sí mismo el derecho que aplica: *iura novit curia*; y, **e)** que existe, en cuanto principio jurídico, la necesidad de prueba, de suerte que todos los *hechos jurídicamente relevantes*, aunque no sean discutidos por las partes, se deben comprobar por medio de un procedimiento judicial de prueba; además, que el procedimiento en ausencia no es posible en el proceso penal, con arreglo al art. 139º. 2 de la Constitución.

4. La garantía de la publicidad

La publicidad constituyó una de las pretensiones políticas más importantes de la Revolución Francesa. Esta garantía, prevista en el art. 139º.4 de la Constitución, concierne al control de la justicia penal por la

---

[130] HASSEMER, Winfried: *Fundamentos del Derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1984, pp. 186–187.

[131] SCHMIDT: *Los fundamentos teóricos y constitucionales del Derecho procesal penal*, cit., p. 203.

colectividad. Los asuntos penales son demasiado importantes como para que se los pueda tratar secretamente. La potestad jurisdiccional emana del pueblo, reza el art. 138º de la Constitución, por lo que resulta indispensable que el público controle el procedimiento [132]. El público puede asistir personal o físicamente a las actuaciones judiciales (*publicidad inmediata*) o puede acceder a ellas mediante la interposición de algún medio de comunicación social (*publicidad mediata*).

Obviamente, como previene Ernst BELING, la publicidad popular no está libre de objeciones jurídico–políticas, pues puede: **a)** ser utilizada por elementos ilegales para burlar el Derecho material y ejercitar los derechos procesales abusivamente; **b)** inducir a las personas que participen en el juicio a impresionar al público; **c)** poner en peligro la dignidad del debate oral produciendo y aumentando la excitación de las masas; y, **d)** desprestigiar al imputado y a los testigos en su honor o en su esfera privada, ante todo el mundo. Empero, pesa más la consideración de que un proceso penal secreto, por concienzudo y legalmente que se practique, tiene en contra de sí la impresión de que hay en él algo que necesita ocultarse [133].

Al respecto, señala HASSEMER, aun cuando la publicidad del procedimiento constituye un factor peligroso, es un elemento necesario para el discurso institucional, puesto que representa la posibilidad de control por parte de la comunidad del cumplimiento de los especiales presupuestos de la comprensión escénica y, asimismo, la posibilidad de autolegitimación de las decisiones de los miembros de la Administración de Justicia [134].

El principio es que el juicio oral sea público (art. 268º del CPP de 1991), no así el procedimiento de investigación y el intermedio, que son reservados, es decir, de conocimiento exclusivo de las partes (art. 99º CPP de 1991). Esta excepción es absolutamente razonable, en la medida que: **a)** la publicidad –comunicación al público de la realización de los actos procesales instructorios o intermedios– demoraría excesivamente la tramitación del proceso y perjudicaría las urgentes diligencias que habrán de realizarse en

[132] Cfr. BAUMANN: *Derecho procesal penal*, cit., pp. 107–108.

[133] BELING: *Derecho procesal penal*, cit., p. 148.

[134] HASSEMER: *Fundamentos del Derecho penal*, cit., p. 203.

orden a impedir que desaparezcan las huellas del delito, para recoger e inventariar los datos que basten a comprobar su existencia y la identificación del presunto delincuente: *respeto debido al hacer judicial*; y, **b)** la publicidad posibilitaría anticipados enjuiciamientos que ofenderían, posiblemente, a la persona sujeta a proceso y perjudicarían la buena imagen de la justicia, habría una lógica de desinformación, que confundiría a la sociedad: *respeto debido al justiciable* [135]. Por lo demás, el control público debe limitarse a la fase del juicio oral, en tanto se tenga claro que únicamente lo tratado en esa fase puede fundar la sentencia [136].

Esta garantía, a la vez un derecho para los ciudadanos, no es absoluta: sufre excepciones. La Ley Superior (art. 139º.4) señala que si bien la publicidad del juicio no puede impedirse en los supuestos de responsabilidad de funcionarios públicos, delitos cometidos por medios de la prensa y los que se refieren a derechos fundamentales garantizados por la Constitución –verdadera norma de carácter absoluto, a la que la concurrencia de otro bien jurídico constitucionalmente relevante no puede obviar–, sí puede excluirse en los casos dispuestos por la ley.

A este respecto, el art. 14º.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, señala que, en efecto, "la prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de *moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes, o en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia*". Dicha norma, si embargo, es clara en señalar que las sentencias penales son siempre públicas, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario. El art. 8º.5 de la Convención Americana de Derechos Humanos permite el secreto del enjuiciamiento en la medida que se sustente en la necesidad de preservar los intereses de la justicia.

Del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos fluye que el secreto de las actuaciones del juicio oral es decidida caso por caso por el órgano jurisdiccional, el cual debe realizar un juicio de ponderación razonado teniendo como criterio esencial si la publicidad "*por circunstancias especiales del asunto ... pudiera perjudicar a los intereses de la justicia*";

---

[135] ESCUSOL BARRA: *Manual de Derecho procesal penal*, cit., p. 121.

[136] BAUMANN: *Derecho procesal penal*, cit., p. 109.

a su vez, esas *circunstancias especiales* guardan relación con la moralidad, el orden público, la seguridad nacional, el derecho a la intimidad u otra circunstancia especialmente relevante. El art. 268º del CPP de 1991, luego de reconocer los supuestos del Pacto, incorpora como "otras circunstancias especialmente relevantes" las afectaciones a la recta administración de justicia y, enunciativamente, el secreto particular, comercial o industrial. De lo expuesto se desprende: **a)** que la ley no puede sancionar, sin más, supuestos de privacidad del juicio oral, pues está limitada por el Pacto; y, **b)** que, en todo caso, corresponde a la ley fijar los supuestos generales y dejar al juzgador la decisión particular de acordarla caso por caso, en orden al principio de exclusividad jurisdiccional.

La garantía de la publicidad del proceso penal, a su vez exige la incorporación de los principios de oralidad, inmediación y concentración, este último muy relacionado con la garantía de celeridad procesal. Sin ellos la publicidad pierde esencia y se transforma en una reunión de actos sin unidad de sentido y con la posibilidad muy seria de tergiversarse. Si no hay oralidad, el juicio se transformaría en un juicio leído; si no hay inmediación no habría una real fase probatoria y no podría establecerse una verdadera comprensión escénica del proceso. Si no hay concentración no sería posible un juicio racional y célere. Así tenemos:

A. El principio de oralidad

El *principio de oralidad*, relativo a la forma de los actos procesales, significa que su fase probatoria se realiza verbalmente. Un proceso es oral, sostiene ROXIN, si la fundamentación de la sentencia se realiza exclusivamente mediante el material de hecho, introducido verbalmente en el juicio. Lo rigurosamente oral es la ejecución de la prueba, los informes de las partes y la "última palabra" del imputado mientras que puede ser escrita la instrucción, la fase intermedia, la prueba documental –que en el juicio habrá de ser leída–, la sentencia y el procedimiento recursal [137]. Es de insistir que la escrituralidad de la instrucción no desvirtúa el principio de oralidad si se advierte que el sumario es actuación encaminada a preparar el juicio y que es en éste, en la prueba practicada

[137] GIMENO SENDRA, Vicente; MORENO CATENA, Víctor; ALMAGRO NOSETE, José; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín: *Derecho procesal*, 4a. ed., Tirant lo blanch, Valencia, 1992, T. II (*Proceso penal*), p. 86.

en él, donde han de buscarse los elementos necesarios para formar la convicción del órgano jurisdiccional [138].

B. El principio de inmediación

El *principio de inmediación*, referente a la relación entre el juez y el objeto procesal, significa que la actividad probatoria ha de transcurrir ante la presencia o intervención del juez encargado de pronunciar la sentencia. Si la sentencia se forma exclusivamente sobre el material probatorio formado bajo su directa intervención en el juicio oral.

C. El principio de concentración

El *principio de concentración*, al igual que la inmediación está relacionado con la oralidad del procedimiento penal y concretamente con el juicio oral. Tiende a reunir en un solo acto determinadas cuestiones. El material de hecho se concentra en el juicio oral, a fin de que la actividad probatoria se desarrolle en una audiencia única y en el menor número de sesiones. Esta concentración, además, es posible porque el juicio oral está precedido de la instrucción, regido por el principio de eventualidad, y porque la fase intermedia tiende a purgar el procedimiento de obstáculos procesales.

[138] MONTERO AROCA: *Principios del proceso penal*, cit., p. 44.

Parte II

JURISDICCION Y COMPETENCIA PENAL

CAPÍTULO IV
JURISDICCIÓN PENAL Y JUEZ NATURAL

SUMARIO: I. La jurisdicción penal. II. Extensión y límites de la jurisdicción penal: 1. Límites objetivos. 2. Límites territoriales. 3. Límites subjetivos. III. Jurisdicción penal y Juez natural.

I. LA JURISDICCIÓN PENAL

Debemos entender la *jurisdicción penal*, siguiendo a Miguel IBÁÑEZ Y GARCÍA–VELASCO, como una especie de la jurisdicción " por la que el Estado, a través de los tribunales especialmente adscritos, realiza su misión de dirigir el proceso penal, manteniendo la integridad del ordenamiento punitivo mediante la aplicación de sus normas, declarando en el caso concreto la existencia de los delitos (*y faltas*) e imponiendo las penas (*y medidas de seguridad*), siempre que se haya ejercitado la acción [1].

La Constitución del Estado califica a la jurisdicción como Poder. El Poder Judicial tiene el monopolio de la justicia ordinaria en su conjunto (salvo, claro está, la pésima institucionalización "autonomista" del Fuero Militar y el necesario reconocimiento de la justicia tradicional, arts. 139º.1 y 149º de la Constitución). Corresponde, igualmente, al Poder Judicial, a través de órganos jurisdiccionales propios integrantes de la jurisdicción ordinaria, la revisión de los actos del Poder Ejecutivo a través de la acción contenciosa administrativa (art. 148º de la Constitución).

---

[1] IBÁÑEZ Y GARCÍA VELASCO, Miguel: *Curso de Derecho procesal penal*, Universidad de Madrid, Madrid, 1969, p. 68 (las cursivas son agregados nuestros).

Esta configuración amplísima, con excepción parcial del Orden Jurisdiccional Constitucional –interviene a nivel de instancia en la mayoría de las acciones de garantía, salvo en la acción popular en que su jurisdicción es plena, reservándose el Tribunal Constitucional el recurso extraordinario en las restantes y el conocimiento exclusivo de la acción de insconstitucionalidad y de los conflictos de competencia o de atribuciones asignadas por el art. 202º de la Constitución– lo convierte como el más alto Poder de decisión al que se encuentran sometidos y ante cuyas sentencias se someten los demás poderes del Estado.

La potestad jurisdiccional, o potestad de administrar justicia como reza el art. 138º de la Constitución, explica GIMENO SENDRA [2], posee cuatro características esenciales: **1.** *Generalidad*, crea un deber especial de sujeción por parte de todos los justiciables, que se resume en el deber de colaboración y de obediencia de todos los ciudadanos y poderes públicos a las resoluciones judiciales. **2.** *Imperio*, en cuanto es una emanación de la soberanía nacional, los límites de su actuación vienen determinados por los de la soberanía misma (territorio y personas a ella sometidas), concretándose su contenido en una fuerza de mando jurídicamente vinculante para con las partes y terceros, respaldada por el poder coercitivo del Estado. **3.** *Potestades múltiples*, integrada por las facultades *ordenatoria*, de *instrumentación* y *decisoria*. Significa, en primer lugar, emplazar a las partes y terceros al proceso, obtener su efectiva sujeción a los fines del proceso e impulsar el curso del procedimiento; en segundo lugar, otorgar a determinados actos de conocimiento el carácter de prueba, siempre que se cumpla el principio del contradictorio, en cuya virtud las actas que se levanten con la fe pública judicial tienen fehaciencia indiscutible; en tercer lugar, resuelve provisional o definitivamente el conflicto, pues emite resoluciones que gozan de los efectos de cosa juzgada. **4.** *Ejecutoriedad*, que consiste en que tiene la facultad de ejecución, realizable a través de diversos procedimientos de ejecución que tienden a realizar o llevar a cabo en sus propios términos lo dispuesto en la resolución.

Si bien todos los órganos que administran justicia poseen jurisdicción en un sentido amplio, la complejidad de los asuntos unida a la aplicación de criterios de división del trabajo han provocado el estable-

[2] En: MORENO CATENA, Víctor; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín; GIMENO SENDRA, Vicente: *Introducción al Derecho procesal*, Tirant lo blanch, Valencia, 1995, p. 32.

cimiento de diversos *órdenes jurisdiccionales* (penal, civil, familia, trabajo, contencioso–administrativo y tradicional) que conocen en principio con carácter exclusivo y excluyente las materias que les son propias.

El orden jurisdiccional penal está integrado por un conjunto de órganos que tienen jurisdicción para conocer de los asuntos penales que les están legalmente encomendados. Sobre esa base, dado que el ordenamiento jurisdiccional nacional está regido por el principio de especialización (art. 17º del TUO de la LOPJ), el art. 9º del Código de 1940 prescribe que "Corresponde a la Justicia Penal ordinaria la instrucción y el juzgamiento de los delitos y faltas comunes", sin perjuicio de reconocer especialidades respecto: **1.** A la instrucción y juzgamiento de funcionarios por delitos cometidos en el ejercicio del cargo; **2.** A la comisión de faltas y delitos por niños adolescentes; **3.** A los delitos de función cometidos por militares y policiales; **4.** A las infracciones penales que puedan cometer los miembros de las Comunidades Campesinas y Nativas dentro de su ámbito territorial (arts. 99º, 100º, 173º y 149º de la Constitución, y art. 10º del Código de 1940).

Ahora bien, vista la jurisdicción desde el ángulo subjetivo, que denota el conjunto de juzgados y tribunales de lo penal instituidos por el ordenamiento jurídico y, concretamente, orgánico, el art. 11º del Código de 1940 especifica que administran justicia penal ordinaria, en primer lugar, la Corte Suprema de Justicia, a través de sus Salas Penales (art. 34º TUO de la LOPJ); en segundo lugar, los Tribunales Correccionales (que el art. 41º TUO de la LOPJ denominó Salas Penales) de las Cortes Superiores; en tercer lugar, los Jueces Instructores (que el art. 50º TUO de la LOPJ denominó Juzgados Penales); y, en cuarto lugar, los Jueces de Paz (que los arts. 54º y 61º del TUO de la LOPJ dividen en Jueces de Paz Letrados y Jueces de Paz propiamente dichos). Similar construcción tiene el art. 13º del Código de 1991.

II. EXTENSIÓN Y LÍMITES DE LA JURISDICCIÓN PENAL

En tanto se entiende, de acuerdo al art. 9º del Código de 1940, que la justicia penal (que el art. I del Título Preliminar del Código de 1991 señala que se administra en nombre de la Nación y por los órganos jurisdiccionales competentes) tiene atribuida el conocimiento –y ejecución– de los procesos por delitos y faltas, extiende su poder de sujeción a todas las personas que en el territorio nacional se les impute la comisión de

una infracción penal. Empero, frente a esta regla se alzan una serie de restricciones o límites que afectan el ejercicio de la jurisdicción [3]. Son los límites objetivos, los límites territoriales y los límites subjetivos.

1. LÍMITES OBJETIVOS

La jurisdicción penal abarca el conocimiento de los delitos y faltas, tipificados como tales en el Código Penal o leyes penales especiales. A este respecto es de tener en cuenta lo prescrito en los arts. 11º del Código Penal, que señala que son delitos y faltas las acciones u omisiones dolosas o culposas penadas por la ley, y V del Título Preliminar de dicho cuerpo de leyes, que prescribe que sólo el Juez competente puede imponer penas o medidas de seguridad; y no puede hacerlo sino en la forma establecida en la ley. Además, corresponde a la sede penal el conocimiento de las acciones civiles derivadas del delito, de conformidad con el art. 92º del Código Penal, al señalar que la reparación civil se determina conjuntamente con la pena, y con el arts. 285º del Código de 1940 y 304º del Código de 1991, que estatuyen que el juzgador en la sentencia condenatoria debe fijar el monto de la reparación civil, la persona que debe percibirla y los obligados a satisfacerla.

Las infracciones penales son de conocimiento de la jurisdicción ordinaria, que es la básica o común. Esta jurisdicción conoce de todos los procesos que no estén expresamente atribuidos a las otras, cuyos campos de actuación han de estar casuísticamente señalados y constituyen excepción. Desde este punto de vista se tiene, como ya se anotó, tres jurisdicciones especiales; en primer lugar, la *jurisdicción tutelar*, encargada del conocimiento de las conductas tipificadas como delito o falta en la ley penal cometidas por adolescentes (art. 207º del Código del Niño y del Adolescente, CoNA) y, como tal, habilitada para imponer medidas socio–educativas al adolescente infractor (art. 244º del CoNA). En segundo lugar, la *jurisdicción militar*, encargada del conocimiento de los delitos de función cometidos por los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional (arts. 139º.1 y 173º de la Constitución), en tanto dichas conductas se encuentren tipificadas en el Código de Justicia Militar. En tercer lugar, la *jurisdicción tradicional*, dedicada a la aplicación del

[3] ESCUSOL BARRA, Eladio: *Manual de Derecho procesal penal*, Colex, Madrid, 1993, p. 138.

derecho penal consuetudinario para las conductas penales que determina la ley, cometidas por los integrantes de las Comunidades Campesinas y Nativas en su ámbito territorial.

2. LÍMITES TERRITORIALES

El ejercicio de la jurisdicción penal es una manifestación de la soberanía del Estado, por lo que, en principio, todos los delitos ocurridos en su territorio deben ser objeto de procesamiento en el país, sin importar la nacionalidad del autor y los partícipes. Este es el denominado "principio territorial", que según el art. 1º del Código Penal es el que prima en nuestro ordenamiento punitivo, "o el que ha sido establecido como regla general " [4].

Por otro lado, es de tener presente que nuestro legislador, en atención a lo dispuesto en el primer y tercer párrafo del art. 1º del Código Penal, admite la "*teoría del pabellón*", para reprimir por los tribunales nacionales hechos punibles cometidos en las naves y aeronaves peruanas públicas y privadas que se encuentren en alta mar o en espacio aéreo donde ningún Estado ejerza soberanía, "en razón a que siendo esta zona marina *'res nullius'* ningún Estado tiene soberanía sobre él" [5]. De igual manera, tratándose de naves y aeronaves nacionales públicas (que pertenecen a los poderes públicos: naves de guerra, de aduanas, del correo, etc.), de conformidad con el derecho internacional, se reconoce una absoluta extraterritorialidad, en cuya virtud aun cuando éstas se encuentren en aguas jurisdiccionales extranjeras o en su espacio aéreo, los delitos cometidos en ellas son de conocimiento de los tribunales peruanos.

Sin perjuicio de ese principio rector, los arts. 2º y 3º del Código Penal permiten aplicar la ley peruana, con el consiguiente procedimiento penal nacional, a todo aquel que delinque en el extranjero, siempre que se presenten las siguientes condiciones: **a)** que el agente del delito sea funcionario o servidor público nacional y lo cometa en desempeño de su cargo (principio de la lesión de un deber especial del cargo); **b)** que el agente atente contra la seguridad o tranquilidad pública, siempre que produzca sus efectos en el territorio de la República o que el delito perpetrado

---

[4] HURTADO POZO, José: *Manual de Derecho penal. Parte general*, EDDILI, Lima, 1987, p. 209.

[5] HURTADO POZO: *Manual de Derecho penal*, cit., p. 220.

agravie al Estado y la defensa nacional, a los Poderes del Estado y el orden constitucional o al orden monetario (principio real o de defensa); **c)** que el delito sea perpetrado contra peruano o por un peruano y sea susceptible de extradición según la ley peruana, siempre que sea punible en el Estado en que se cometió y el agente ingrese de cualquier manera al Perú (principios de la nacionalidad o de personalidad activa y personalidad pasiva); **d)** que se trate de un delito que el Perú está obligado a reprimir según los tratados internacionales (principio universal); y, **e)** que se trate de una persona respecto de la cual se ha denegado la extradición reclamada por un Estado extranjero competente para su conocimiento (principio del derecho penal por representación).

El conjunto de principios expuestos, señala Sara ARAGONESES MARTÍNEZ, confieren una amplia extensión de facultades enjuiciadoras a los órganos jurisdiccionales nacionales que podrían colisionar con la soberanía de otros Estados, cuya solución pasa por la aplicación de los Tratados internacionales y del principio de reciprocidad, sin perjuicio del carácter residual del principio de territorialidad [6].

3. LÍMITES SUBJETIVOS

Luego de haber determinado el carácter penal de la conducta y que su conocimiento corresponde a la jurisdicción penal nacional, es del caso establecer si el imputado está o no sometido a los órganos jurisdiccionales peruanos. La regla es que todo aquel que ha cometido un delito o falta en el Perú está sometido a los tribunales nacionales, sean nacionales o extranjeros: la nacionalidad del delincuente no es obstáculo para la jurisdicción peruana.

Sin embargo, la ley y los tratados reconocen excepciones. En lo atinente a los *peruanos*, son inviolables (inmunidad material) los Congresistas, el Defensor del Pueblo y los Magistrados del Tribunal Constitucional, solamente por los denominados "delitos de expresión", de conformidad con los arts. 93º, 161º y 201º de la Constitución. En cuanto a los *extranjeros*, están exceptuados del sometimiento a la jurisdicción perua-

[6] En: DE LA OLIVA SANTOS, Andrés; ARAGONESES MARTÍNEZ, Sara; HINOJOSA SEGOVIA, Rafael; MUERZA ESPARZA, Julio; TOMÉ GARCÍA, José Antonio: *Derecho procesal penal*, Centro de Estudios Universitarios Ramón Areces, Madrid, 1993, p. 81.

na los que se encuentren en supuestos de inmunidad de jurisdicción y de ejecución establecidos por las normas del Derecho Internacional Público: se trata de los Jefes de Estado, de los funcionarios diplomáticos en el Estado ante el cual están acreditados (se incluye al personal oficial de la misión, a los familiares que conviven bajo el mismo techo) y de los miembros de las Fuerzas Armadas extranjeras. Así consta en el Código de Bustamante de 1928 (Tratado de Derecho Internacional Privado de La Habana), en el Tratado de Derecho Penal Internacional de Montevideo de 1889, en la Convención de la Habana sobre funcionarios diplomáticos de 1928 y en la Convención de Viena de 1961.

III. JURISDICCIÓN PENAL Y JUEZ NATURAL

El art. 139º.1 de la Constitución impone que el proceso debe ser realizado por el correspondiente órgano jurisdiccional del Poder Judicial, estableciendo que "no hay proceso judicial por comisión o delegación". A su vez, el segundo párrafo del art. 139º.3 de la Ley Fundamental prohíbe que una persona pueda ser: a) desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley; b) sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos; y, c) juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción (comisión especial disimulada) o por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación (sean permanentes, sean para un caso particular). En esta misma línea, el art. 8º.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos sanciona como garantía judicial que toda persona tiene derecho a ser oída por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella.

Se trata, en suma, del derecho a un juez legal o natural, que puede ser definido, siguiendo a GIMENO SENDRA, como un derecho fundamental, que asiste a todos los sujetos del derecho, a ser juzgados por un órgano jurisdiccional creado conforme a lo prescrito por la Ley Orgánica correspondiente y perteneciente a la jurisdicción penal ordinaria, respetuoso de los principios constitucionales de igualdad, independencia, imparcialidad y sumisión a la ley y constituido con arreglo a las normas comunes de competencia preestablecidos [7]. Ello significa, en últi-

[7] GIMENO SENDRA, Vicente, MORENO CATENA, Víctor; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín: *Derecho procesal penal*, Colex, Madrid, 1996, p. 48.

ma instancia, que Juez natural es el que señala la Constitución, el designado conforme a las reglas y garantías plasmadas en el ordenamiento jurídico, de suerte que la ley procesal no puede crear jueces *ex post facto* o con posterioridad al hecho *(prohibición de avocación)*; ni mucho menos establecer dispensadores de justicia especiales para un determinado caso *(prohibición de comisión)*; o atribuir competencias a órganos extraños a los jueces naturales así se trate de circunstancias excepcionales o de anormalidad *(prohibición de atribución)* [8].

Los órganos jurisdiccionales penales se crean al amparo de lo establecido en la Ley Orgánica del Poder Judicial, en tanto se trata de una entidad del Estado prevista en la Constitución (arts. 106º y 143º). A su vez, la magistratura penal ha de quedar encuadrada dentro de la Jurisdicción Ordinaria y su organización y funciones regladas por una norma con rango de Ley Orgánica, bajo la superintendencia de la Corte Suprema de Justicia, cuya Sala Plena es el órgano máximo del Poder Judicial (arts. 143º y 144º Const.). Por consiguiente, ningún órgano administrativo u organismo ubicado fuera del ordenamiento judicial está habilitado para imponer sanciones penales (art. V del Título Preliminar del Código Penal), en tanto que el principio rector es el de unidad y exclusividad jurisdiccional (art. 139º.1 Const.) y la imposición de una pena exige un proceso judicial regular (art. 139º, incs. 3 y 10 Const.).

La única excepción, que luego analizaremos, es la jurisdicción militar. Siendo del caso precisar que si esa jurisdicción se extralimita en su competencia, bajo una interpretación torcida del concepto de "delito de función", devendría en un supuesto de "Tribunal de excepción" [9]. En igual sentido se pronuncia Germán BIDART CAMPOS, al sostener que si se explaya indebidamente el fuero militar más allá de su contorno específico –de fuero real o de causa–, puede convertirse en un fuero personal, y lesionar entonces la zona de reserva del Poder Judicial, la división de poderes, la garantía del juez natural, la igualdad, el derecho a la jurisdicción, etc. [10].

---

[8] VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando: *Derecho penal. Parte general*, Temis, Bogotá, 1997, p. 298.

[9] GIMENO SENDRA *et. al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 50.

[10] BIDART CAMPOS, Germán J.: *Los tribunales militares y la Constitución*, EDIAR, Buenos Aires, 1985, p. 79.

El órgano jurisdiccional penal, además, ha de constituirse sin atender a criterio discriminatorio alguno (art. 2º.2 de la Constitución). Es, por consiguiente, impensable instituir judicaturas atendiendo al nacimiento, la raza, el sexo, la religión, la opinión, la condición económica o de cualquiera otra índole del imputado. En esta perspectiva, de respeto al principio de igualdad, está en tela de discusión la institución de los jueces *ad hoc* o especiales, previstos en el art. 13º del Código de 1940, cuya fuente se encuentra en los arts. 50º y 84º del Código de Instrucción Criminal francés, la cual puede conllevar –anota GIMENO SENDRA– una discriminación por una circunstancia personal o social [11].

La idea de Juez Natural está inserta, por lo demás, en la noción más amplia de imparcialidad o neutralidad del juez, que incluye, según MAIER, tres máximas fundamentales: a) la independencia judicial, interna y externa (art. 146º.1 Const.); b) la imparcialidad frente al caso (arts. 29º–31º del Código de 1940 y 50º–51º del Código de 1991); y, c) el juez natural (art. 139º.3 *in fine* Const.). La primera intenta evitar que algún poder público pueda influir en la consideración del caso; la segunda procura la exclusión de la tarea de juzgar un caso concreto, cuando éste afecta su posición de juzgar; y, la tercera que pretende impedir toda manipulación de los poderes públicos para asignar un caso a un tribunal determinado, de modo de elegir los jueces que lo considerarán *ad hoc* [12].

Dentro de esta perspectiva, la noción de *juez legal o natural* no sólo apunta a entender un requisito adicional: que el juez sea territorial, objetiva y funcionalmente competente, siguiendo pautas objetivas, de carácter general, fijadas en la ley de procedimiento correspondiente. Ello incluye, además, las difusas normas, dejadas al órgano de gobierno de la jurisdicción, sobre "reparto de los asuntos" y "constitución de los órganos judiciales colegiados", que igualmente debe impedir manipulaciones con el objeto de mediatizar las futuras decisiones del órgano jurisdiccional. Señala GIMENO SENDRA que la composición del órgano judicial debe estar predeterminado por la ley y en su designación debe seguirse el procedimiento que ella establece, con lo cual se evitaría que se pueda alterar arbitrariamente sus componentes [13].

---

[11] GIMENO SENDRA *et. al.*: *Derecho procesal penal,* cit., p. 52.

[12] MAIER, Julio B. J.: *Derecho procesal penal,* Editores del Puerto, Buenos Aires, 1996, T. I., p. 742.

[13] GIMENO SENDRA *et. al.*: *Derecho procesal penal,* cit., p. 57.

Además, en la necesidad de evitar que el órgano jurisdiccional sea creado una vez que el caso sucede en la realidad (después del caso), esto es, que se coloque frente al imputado tribunales *ad hoc*, creados para el caso o para la persona a juzgar, se prohíbe el desvío de la jurisdicción predeterminada por la ley y, con mayor fuerza, que el juez debe estar establecido por la ley con anterioridad a la infracción penal imputada al procesado (art. 6º.1 CADH). La regla que se sanciona es clara, pues en primer lugar determina, positivamente, que el único tribunal competente para el juicio es aquel designado como tal por la ley vigente al momento en que se comete el hecho punible objeto del procedimiento; en segundo término, cancela el efecto retroactivo que se pudiera pensar o que se pudiera atribuir a una norma de competencia: las leyes de competencia sólo rigen para el futuro y no pueden ser aplicadas para determinar la competencia de los tribunales respecto de hechos sucedidos con anterioridad a su vigencia, ni, por supuesto, a causas pendientes, otorgándoseles efecto retroactivo [14].

Este principio último, sin embargo, está sujeto a excepciones y éstas se dan cuando los órganos judiciales que eran competentes para conocer un caso desaparecen, física o jurídicamente (desaparición de un tribunal por cambio de soberanía o por una transformación de sistema de administración de justicia), en cuyo caso es posible que una norma de competencia atribuya competencia a los tribunales creados con posterioridad al hecho, bajo la condición de que, de ninguna manera, encubra un tribunal de excepción disimulado [15].

Finalmente, con Alberto BINDER, es de acotar que no es posible sostener un criterio despersonalizado del juez natural –entendido solamente como *oficio judicial*–, puesto que la justicia penal es un poder pensado para ser desarrollado a partir de determinadas personas: el poder penal lo ejercen personas concretas. De esto no se debe inferir, empero, que si un juez es ascendido o renuncia, las causas en las cuales ha intervenido deben quedar automáticamente archivadas. Si el cambio de juez no está fundado en ningún tipo de manipulación del proceso penal, razones de sentido común justifican el paso a manos de otro juez, sin que se afecte el principio del juez natural, pero si, por ejemplo, sin ninguna razón se

[14] MAIER: *Derecho procesal penal*, cit., T. I, p. 767.

[15] MAIER: *Derecho procesal penal*, cit., T. I, pp. 769–772.

cambiara al juez que es titular de un determinado tribunal por otro, que es más proclive al régimen, o que está dispuesto a admitir presiones, claramente habría una afectación a este principio, por más que, formalmente, la competencia de ese tribunal no haya sido modificada [16].

Es de tener presente, según advierte Luigi FERRAJOLI, que los criterios vinculados a la prohibición de avocación, es decir, de asignaciones discrecionales *post factum* de los procesos a órganos pertenecientes al orden judicial pero diversos de los asignados por la ley, deben ser impuestos por el Código, orgánico o de procedimiento, en forma rígida y vinculante, de modo que resulte excluida dicha posibilidad. Estos criterios competenciales, vinculados a la distribución automática de los procesos, deben ser puramente formales, tales como sorteo, orden alfabético, sucesión cronológica de las causas y similares [17].

[16] BINDER, Alberto: *Introducción al Derecho procesal penal*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1993, p. 144.

[17] FERRAJOLI, Luigi: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1995, p. 592.

CAPÍTULO V
JURISDICCIÓN MILITAR

SUMARIO: **I.** Aspectos generales. **II.** Problemas del Derecho penal militar peruano: 1. El delito de función militar o policial. 2. Delitos cometidos por civiles. **III.** La jurisprudencia nacional en materia de delitos de función. **IV.** Conflictos de jurisdicción.

I. ASPECTOS GENERALES

La Constitución nacional, en su art. 139º.1, reconoce el principio de unidad y exclusividad de la función jurisdiccional, la cual está concentrada en el Poder Judicial, vale decir, acepta la existencia de una organización judicial que monopoliza la potestad jurisdiccional de acuerdo con el principio de exclusividad. Sin embargo, en su segundo párrafo, contradictoriamente a su declaración de unidad y a la prohibición de establecer jurisdicciones independientes, reconoce la existencia de la "jurisdicción militar". A su vez, el art. 173º Const. regula los alcances de lo que denomina "Fuero Militar". En primer lugar, su competencia esencial está referida a los delitos de función cometidos por los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, y le corresponde aplicar el Código de Justicia Militar. En segundo lugar, es posible, siempre que la ley lo mande, que el Fuero Militar conozca de delitos cometidos por civiles, que se circunscriben a los tipos penales de traición a la patria y de terrorismo. En tercer lugar, también tiene competencia para conocer de los delitos cometidos con ocasión de las normas del Servicio Militar Obligatorio. En cuarto lugar, la Corte Suprema conoce del recurso de casación contra sus sentencias, cuando impongan pena de muerte.

Como se puede apreciar de ambas normas constitucionales, el Fuero Militar, por oposición a la justicia ordinaria, se organiza independien-

temente del Poder Judicial y de la superintendencia de la Corte Suprema (arts. 143º y 144º Const.). Es un fuero real o de causa. Esta especial configuración de la justicia militar, que no sólo se traduce en su conformación orgánica sino también en el procedimiento judicial militar, se justifica por la peculiar organización de las Fuerzas del Orden, sentada sobre la base de un sistema jerárquico que genera entre sus miembros una especial situación de sujeción enmarcada en la disciplina como consecuencia de la misión conferida por los arts. 165º y 166º Const.

La justicia militar, en nuestro país, se encuentra inserta en el Poder Ejecutivo, concretamente integrada en los Institutos Armados (art. 1º del Decreto Ley Nº 23201, Ley Orgánica de Justicia Militar), quienes designan libremente a sus magistrados entre sus miembros. Esta opción legal, sin embargo, no necesariamente debe ser así, puesto que la necesidad de una justicia militar en orden a los altos fines que la Constitución reconoce a las Fuerzas Armadas y Policía Nacional no significa que tal jurisdicción deba integrarse en ellas, o seguir vinculadas a la autoridad militar, o venir integrada por unos órganos jurisdiccionales a los que sólo, o básicamente, pueden acceder unas determinadas personas [18].

Aun cuando por estrictas razones de nuestra organización constitucional es de rigor mantener la autonomía institucional de la jurisdicción castrense y, por ende, resulte imposible insertarla en el Poder Judicial, sí cabe en cambio autonomizarla de los mandos castrenses y erigirla como un organismo autárquico, formado por profesionales jurídicos y constituido por verdaderos órganos judiciales militares, con las garantías propias de la jurisdicción y respetuosas del principio de legalidad, que es el soporte básico de la independencia judicial. Sobre esto último, es de destacar, por ejemplo, lo resuelto por la Sentencia C–141/95, de 29 de marzo de 1995, de la Corte Constitucional colombiana, que declaró inconstitucional que los magistrados del Fuero Militar sean oficiales en servicio activo, por cuanto con esa forma de adscripción no se garantiza una justicia independiente e imparcial, debido a que quienes intervienen en el proceso son funcionarios que tienen una relación de dependencia y subordinación, un vínculo jerárquico con la institución y específicamente con sus superiores jerárquicos; reparo que se hace, por su-

[18] FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: *El sistema constitucional español*, Dykinson, Madrid, 1992, p. 765.

puesto, con independencia de la buena fe y corrección moral de los oficiales en servicio activo destacados al Fuero Militar, puesto que lo que se destaca es que no se dan las circunstancias que interna y externamente aseguran dicha independencia e imparcialidad.

Por otro lado, aun cuando es de reconocer la propia existencia del Fuero Militar, constitucionalmente consagrada, cabe –eso sí– cuestionar la dudosa autonomía que se le ha otorgado, en desmedro del principio de unidad jurisdiccional, ínsito a la potestad jurisdiccional, que hace de la Corte Suprema el Tribunal Superior en todos los órdenes, salvo en materia constitucional, y que debe habilitarla para el conocimiento de los recursos de casación contra sus fallos –sin limitarlos a los supuestos casi imposibles de pena de muerte–. De igual manera, si bien su ámbito competencial ha sido constitucionalmente asignado desde una óptica restrictiva, empero no ha sido regulado con el rigor y alcance necesario, lo que se expresa, en primer lugar, en la posibilidad de conocer de determinados delitos cometidos por civiles, con abierta contradicción a su razón de ser: el mantenimiento de la moralidad, el orden y la disciplina en las Fuerzas Armadas y Policía Nacional, reprimiendo su quebrantamiento (art. 2º de la Ley Orgánica de Justicia Militar); y, en segundo lugar, en el conocimiento de las infracciones a la Ley del Servicio Militar Obligatorio.

La existencia del Fuero Militar se justifica, al decir de HURTADO POZO, por la especial naturaleza de la actividad castrense y de las conductas que en su relación deben ser prohibidas [19], lo que traduce una concepción de fuero real y no personal. Ello tiende a evitar, como exigía Mariano H. CORNEJO en 1919, que los tribunales militares puedan imponer penas comunes por delitos comunes a ciudadanos que no son militares *o policías* y, a su vez, que asuma conocimiento por delitos comunes, no de función, cometidos por militares *y policías*.

En esta misma línea Francisco JIMÉNEZ Y JIMÉNEZ, siguiendo a DE VICO y Piero STELLACI, sostiene que "la razón de la jurisdicción militar deriva del criterio de la especialización del juzgador para asegurar el mayor tecnicismo, acudiendo al juez más adaptado a la materia penal militar que es de delicadeza incomparable con cualquier otra, bien por la especial importancia de los intereses atacados, o por la intensidad del víncu-

[19] HURTADO POZO: *Manual de Derecho penal*, cit., p. 312.

lo que sujeta a los autores, o por la condición irreproducible del ambiente en el que operan. Ese Juez, con conocimientos militares y técnicos, tiene una necesaria capacidad especial para el análisis crítico del caso y para ponerlo en relación con el alcance de la norma" [20].

Por su parte, ETO, LANDA y PALOMINO [21] señalan siete razones a favor del mantenimiento del Fuero Militar, así como cinco argumentos en contrario, siendo de destacar en el primer nivel argumental tres razones importantes: **a)** asegurar un mejor conocimiento y valoración de los hechos por el juzgador militar, que puede calibrar mejor el espíritu de las normas militares; **b)** la especial importancia de los intereses ofendidos, cuya protección requiere una repuesta rápida y ejemplar; y, **c)** la imperiosa necesidad de mantener la disciplina, revistiendo de mayor autoridad a los superiores y dando mayor confianza a los inferiores. En el segundo nivel es de poner especial atención a dos razones de índole negativa: **a)** atentar contra el principio de unidad jurisdiccional, con lesión al principio de igualdad ante la ley y de uniformidad en la interpretación y aplicación de ésta; y, **b)** supone una justicia doméstica o corporativa que se presta e encubrir privilegios injustificados, con lesión de las garantías procesales para los justiciables.

Sin duda alguna, existen motivos categóricos que justifican la existencia del Fuero Militar. Si bien la potestad jurisdiccional es única e indivisible, ella también se ejerce, sin duda alguna, por los tribunales militares, desde que juzgan según derecho y hacen ejecutar lo juzgado, aplicando el derecho penal militar, que es un derecho penal especial por antonomasia, bajo criterios competenciales delimitados por la Constitución y la Ley. Desde esta perspectiva, y más allá de que se estime necesario adoptar una noción restringida del ámbito de competencias de la jurisdicción militar, es de enfatizar que a dicha jurisdicción le son plenamente aplicables todas las garantías instituidas en materia jurisdiccional. Al respecto ZAFFARONI acota que esta "autonomía" del Fuero Cas-

---

[20] JIMÉNEZ JIMÉNEZ, Francisco: *Introducción al Derecho penal militar*, Civitas, Madrid, 1987, p. 85.

[21] ETO CRUZ, Gerardo; LANDA ARROYO, César; PALOMINO MANCHEGO, José F.: «La jurisdicción militar en el Perú», en: BIDART CAMPOS, Germán J. y PALOMINO MANCHEGO, José F. (Coord.): *Jurisdicción militar y Constitución en Iberoamérica. Libro Homenaje a Domingo García Belaunde*, Grijley, Lima, 1997, p. 371.

trense y la exclusiva aplicación del Código de Justicia Militar, no puede interpretarse como cancelaciones –sólo variables– de los principios del Derecho Penal y, menos, del Derecho Constitucional y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

II. PROBLEMAS DEL DERECHO PENAL MILITAR PERUANO

El derecho penal militar peruano presenta dos instituciones que son materia de debate: **a)** la precisión de lo que se entiende por *"delito de función militar o policial"*; y, **b)** la posibilidad de juzgar civiles.

1. El delito de función militar o policial

El art. 173º Const. permite construir un concepto constitucional de delito de función. Desde las exigencias del tipo objetivo de lo injusto es posible adelantar tres elementos fundamentales: **1.** El sujeto activo del delito debe ser un miembro de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional; **2.** La conducta, o acción, debe estar vinculada a la función militar o policial, en su caso; **3.** El sujeto pasivo debe ser las Fuerzas Armadas o la Policía Nacional como instituciones reconocidas por la Constitución, a las cuales se les ha reconocido un conjunto de funciones y finalidades. Estos tres requisitos, sin embargo, no son suficientes. Además se requiere que la conducta se encuentre prevista o tipificada en el Código de Justicia Militar, pues el Fuero Militar sólo puede aplicar el derecho penal militar y no el ordinario o común, específicamente el Derecho penal–Parte especial, integrado –como se sabe– por las figuras penales comunes. Desde esta perspectiva es de interpretar el art. 744º del Código de Justicia Militar; por consiguiente, por imperio del principio de legalidad material (art. 2º.24.'d' Const.), la jurisdicción castrense sólo puede aplicar supletoriamente el Código Penal en lo que corresponde a la Parte general (integrada básicamente por *reglas* jurídico penales, no por *normas* jurídico penales), jamás puede sancionar invocando tipos penales ordinarios.

Ahora bien, determinar en el presente caso que el sujeto activo sea militar o policía y construir sobre esta condición o cualidad la tipificación, importa reconocer en estos delitos su condición de *especiales propios*, es decir, delitos en los cuales el sujeto activo reúne una determinada cualidad, ("cualificación de autor"), que consiste en una posición de deber extrapenal; se trata de un delito *especial propio* porque en este caso dicho

deber opera fundamentando la pena, no sólo agravándola como en el caso de los delitos especiales impropios [22].

Seguidamente, el criterio de asignación competencial *material* (competencia por razón del delito) del Fuero Militar se expresa en la calificación de "delito funcional" de la conducta cometida por un militar o policía. Esta conducta, realizada por el sujeto activo debe recaer sobre un objeto jurídico de relevancia funcional, es decir, vinculado a las finalidades, organización y funciones de las Fuerzas Armadas y Fuerzas Policiales. No es posible, por consiguiente, radicar el ámbito de la justicia castrense en el tríptico referido a la materia, o a la persona o al lugar, como lo hace el art. 319º del CJM, sino situarlo en conductas que afectan la función castrense o policial cometidos por militares o policías en actividad, siempre que se encuentren debidamente tipificados en el Código de Justicia Militar, que es la única norma matriz que puede aplicar el Fuero Militar. Sobre el particular la jurisprudencia suprema colombiana ha declarado que para la aplicación del régimen foral militar no basta que el sujeto activo tenga la calidad de miembro activo de la fuerza pública al ejecutar el hecho punible; es necesario, además, que el delito esté sustancialmente vinculado con la actividad militar o policial desarrollada por el sujeto agente (Sentencia Nº 8827, de 26 de marzo de 1996, Sala de Casación Penal).

La índole del deber violado es, pues, central para determinar si un comportamiento determinado es común o militar. Si el deber es común o genérico, propio de todos los ciudadanos, el delito no será militar aun cuando sea perpetrado por un militar o policía. En tal virtud, todo dependerá del bien jurídico vulnerado, que es el objeto de protección. Consecuentemente, los bienes jurídicos están vinculados a las labores castrenses o policiales y a los fines institucionales, de ahí que las conductas deben afectar la organización, las funciones y las finalidades institucionales de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional. Éstas se encuentran precisadas en los arts. 165º, 166º, 168º y 170º de la Constitución.

La jurisdicción militar está circunscrita únicamente a los casos en que ocurre esa doble condición subjetiva–objetiva, esto es, que se trata de un sujeto activo militar o policial y que cometa un delito de función militar o policial (es decir, hechos que real y estrictamente dañan a la

[22] ROXIN, Claus: *Derecho penal. Parte general*, Civitas, Madrid, 1996, T. I, p. 338.

organización castrense o policial), no siendo posible extender la competencia a casos de conexión con *extraneus* (civiles) o con delitos comunes. Estos delitos serán de conocimiento del Fuero Militar en la medida en que se quebrante un deber inherente a la profesión militar o policial que importen lesiones o puesta en peligro de bienes jurídicos estrictamente castrenses o se ataque bienes jurídicos pluriofensivos, protegidos tanto por la legislación castrense como por la común (v. gr.: delitos contra la hacienda militar). De estas consideraciones resulta, como lo ha destacado el Tribunal Constitucional español en su Sentencia Nº 75/1982, de 13 de diciembre, que la jurisdicción militar es de carácter especial y que normalmente hay que presumir la competencia de la jurisdicción ordinaria, siendo del caso atender a la lesión de bienes jurídicos de carácter militar, en tanto ello pueda afectar a la defensa nacional y demás funciones encomendadas a las Fuerzas Armadas.

Es importante sostener, conjuntamente con BIDART CAMPOS, que los delitos de función (militar en la prescripción argentina) son los que dañan bienes jurídicos de la institución armada, y nada más. No basta que el delito se cometa en acto de servicio, o con ocasión de él, o en lugar militar: es menester que afecte por su índole a las Fuerzas Armadas como tales [23]; es decir, como apunta la legislación española, " siempre que afecten al buen régimen, al servicio o a la seguridad de las fuerzas armadas". Se requiere, para definir la competencia militar en orden a la noción "*delito de función*", como acota FERNÁNDEZ SEGADO, poner en conexión: la naturaleza del delito cometido; el bien jurídico afectado en atención a los intereses protegidos por la norma penal, que han de ser estrictamente militares, en función de los fines que constitucionalmente corresponden a esa misión; el carácter militar de las obligaciones o deberes cuyo incumplimiento se tipifica como delito; y, en general, que el sujeto activo del delito sea considerado "*uti miles*", por lo que la condición militar del sujeto al que se imputa el delito ha de ser también un elemento relevante para esta definición [24].

---

[23] BIDART CAMPOS, Germán: «El status constitucional de las Fuerzas Armadas en Argentina», en: BIDART CAMPOS, Germán J. y PALOMINO MANCHEGO, José F. (Coord.): *Jurisdicción militar y Constitución en Iberoamérica. Libro Homenaje a Domingo García Belaunde*, Grijley, Lima, 1997, p. 49.

[24] FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: «La jurisdicción militar en la Constitución española», en: BIDART CAMPOS, Germán J. y PALOMINO MANCHEGO, José F. (Coord.): *Jurisdicción*

2. DELITOS COMETIDOS POR CIVILES

La Constitución nacional, en principio, prohíbe a la justicia militar juzgar civiles, puesto que su ámbito competencial se circunscribe a los delitos de función y sólo puede aplicar el Código de Justicia Militar. Empero, con motivo del problema terrorista que asoló el país, la nueva Ley Fundamental, muy marcada por ese fenómeno, permitió el juzgamiento de civiles, aunque circunscribiéndolo a los delitos de terrorismo y traición a la patria, siempre que así lo decidiera el legislador ordinario por ley expresa.

Desde esta perspectiva, y según las normas dictadas por el Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional (abril–diciembre de 1992), los delitos especialmente graves de terrorismo, construidos sobre la base del art. 2º del Decreto Ley Nº 25475, denominados impropiamente "traición a la patria", pues afectan no a la seguridad exterior del Estado sino a bienes jurídicos vinculados al orden interno y a la seguridad y tranquilidad públicas, son de conocimiento del Fuero Militar (art. 4º del Decreto Ley Nº 25659, de 13 de agosto de 1992), bajo un procedimiento sumario establecido en el Código de Justicia Militar para los juicios en el teatro de operaciones (D. L. Nº 25744, de 27 de setiembre de 1992).

Por otro lado, el Código de Justicia Militar prescribe que la jurisdicción militar también es competente para conocer de las causas que se sigan contra civiles por el delito de traición a la patria, en caso de guerra exterior (art. 323º CJM). El delito de traición a la patria está previsto en el art. 78º del CJM, el mismo que consta de 27 supuestos fácticos.

Es posible entender que la jurisdicción militar pueda aplicarse a los delitos de traición a la patria en caso de guerra exterior, dadas las especiales condiciones de un conflicto armado externo. Sin embargo, no tiene fundamento político criminal democrático extender la jurisdicción castrense a los supuestos de conflictos internos, puesto que los bienes jurídicos lesionados son comunes y las Fuerzas Armadas y Policía Nacional han ingresado de lleno a su represión, lo que les resta imparcialidad e idoneidad para un juzgamiento equilibrado, y, menos aún, someter a los civiles a procedimientos judiciales claramente restrictivos

---

militar y Constitución en Iberoamérica. Libro Homenaje a Domingo García Belaunde, Grijley, Lima, 1997, p. 158.

del debido proceso y, sobre todo, al procedimiento sumario en Teatro de Operaciones, pensado y diseñado para conductas vinculadas a enfrentamientos armados específicos.

De igual manera, un tema anexo tiene que ver con los militares y policías en situación de retiro. Estos ciudadanos, jurídicamente no se encuentran sometidos a los mandos castrenses, no realizan actos de función militar o policial, situación que por lo demás reconoce el art. 70º de la Ley de Situación Militar (Decreto Legislativo Nº 752). Esta limitación, sin embargo, no es respetada por la justicia militar. Una sentencia paradigmática en este punto es el caso del General (r) Carlos Mauricio Agurto (sentencia del Consejo Supremo de Justicia Militar de 6 de junio de 1995), en el que inclusive al cuestionarse en sede penal determinadas declaraciones y escritos periodísticos se vulneró dos normas constitucionales: a) el art. 2º.3, que declara que no hay delito de opinión; y, b) el art. 2º.4, que estipula que en los casos de delitos cometidos por medio del libro, la prensa y demás medios de comunicación social se tipifican en el Código Penal y se juzgan en el fuero común. Es de insistir que no puede afectar la función castrense los actos realizados por quien está fuera del servicio activo, no hay en ese caso lesión a un bien jurídico institucional en tanto que son conductas realizadas por particulares, alejados del servicio activo militar [25].

III. LA JURISPRUDENCIA NACIONAL EN MATERIA DE DELITOS DE FUNCIÓN

Desde la jurisprudencia nacional es posible construir un itinerario de líneas de pensamiento en la materia. Con Carlos Enrique ZARZOSA podemos sostener que el concepto "delito de función" se construye a partir de tres posibilidades de interpretación: a) la ocasionalidad del delito; b) la causalidad; y, c) por la naturaleza de la jurisdicción militar [26].

---

[25] SAN MARTÍN CASTRO, César: «Jurisdicción militar y delitos de función», en: *El Comercio*, Lima, 10 de julio de 1995.

[26] ZARZOSA, Carlos Enrique: «Contienda de competencia», en: *Debate Penal*, Nº 2, mayo–agosto, Lima, 1987, p. 308.

La resolución emblemática respecto del *criterio de ocasionalidad,* fue la recaída en el *"Caso Alvaro Artaza Adrianzén"* [27]. En ella la Corte Suprema precisa que los militares pueden desarrollar actividades de orden particular o bien de orden público o institucional, caso este último que se reputa acto de servicio propio de la función militar. Asimismo, señala que los delitos de función no se limitan únicamente a los delitos que conciernen o atañen al ejercicio del cargo desempeñado por el militar, sino también a todos aquellos que tienen relación o repercusión con las funciones o actividades que a cada militar corresponde, pues no se requiere exclusivamente un nexo de causalidad entre el delito cometido y la función, basta la simple *ocasionalidad.* Esta concepción, como se aprecia de lo ya expuesto, desnaturaliza por completo la concepción restringida propia de una jurisdicción especial como la militar, pues se limita a preguntarse si el militar, cuando los hechos, se encontraba de servicio, sin atender a la naturaleza de la conducta desarrollada, al bien jurídico vulnerado y al hecho directo de afectar la defensa nacional y las demás funciones constitucionales asignadas a las Fuerzas Armadas y a la Policía Nacional.

Es interesante al respecto una decisión, recaída en el *"Caso Juan Carlos Cabrera Jaime"*, en cuya virtud el Tribunal Supremo dirimió la competencia en favor de la justicia ordinaria en un delito por homicidio, el cual se imputó a un oficial del Ejercito bajo el cargo de haber dado muerte a una mujer con quien mantenía relaciones amorosas y a la que hizo llamar a la base militar donde prestaba servicios, donde la mató y, luego, arrojó al río [28]. En esta resolución la Corte Suprema no tomó en cuenta el lugar de comisión del delito ni la condición del imputado, si estaba o no de servicio, situación que es acertada, tanto más si es de destacar que el Código de Justicia Militar no prevé el delito de homicidio.

La resolución más característica del *criterio de causalidad,* a nuestro entender es la del denominado *"Caso La Cantuta"* [29]. Precisa el Alto Tribunal que los hechos objeto de análisis fueron cometidos por personal militar como consecuencia de órdenes impartidas y recibidas, de suerte que sus autores ingresaron al recinto universitario pese a la vigi-

[27] Ejecutoria suprema de 10 de abril de 1985, Exp. Nº 5–85, Lima.

[28] Ejecutoria suprema de 29 de setiembre de 1994, Exp. Nº 25–93, Junín.

[29] Ejecutoria suprema de 11 de febrero de 1994, Exp. Nº 07–94, Lima.

lancia de las Fuerzas Armadas; que los hechos fueron perpetrados por personal militar en acto de función, tanto más si Lima se encontraba en Estado de Excepción, el mismo que según la Ley Nº 24150 los somete a la jurisdicción castrense. Este criterio (de causalidad) es, sin duda, más exigente que el de ocasionalidad, pues permite sostener que el hecho de que el militar esté de servicio, es decir, se encuentre cumpliendo la función militar, no significa que todos los actos que realiza son actos de servicio. Sin embargo, aún resulta cuestionable desde que hace radicar la calificación típica en las relaciones existentes entre el hecho cometido con las órdenes y directivas recibidas por militares y policías, sin atender –es de insistir– a la naturaleza de los hechos, al bien jurídico afectado y a las funciones y misión de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional.

El voto en minoría en ese mismo caso opta, sin embargo, por *el criterio vinculado a la naturaleza de la jurisdicción militar.* Allí se dice que el delito de función está condicionado al cumplimiento de tres presupuestos: **a)** que el ilícito penal tenga relación directa con el ámbito funcional de las instituciones militares o policiales de las instituciones armadas, en cuanto afectan bienes jurídicos exclusivamente castrenses y el orden disciplinario de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional; **b)** que el ilícito penal se encuentre previsto en el Código de Justicia Militar; y, **c)** que exista necesariamente un nexo de causalidad entre el delito cometido y la función encomendada, que sólo puede derivarse del cumplimiento deficiente de función, del incumplimiento o de la extralimitación de la misma, no bastando la mera ocasionalidad.

Esta concepción, sin duda alguna, tiene mayor amparo constitucional que el criterio de causalidad simple, pues analiza la naturaleza de los hechos y se pregunta por el bien jurídico vulnerado por la conducta objeto del proceso penal, así como adicionalmente exige que los hechos deben estar contemplados en un tipo penal regulado en el Código de Justicia Militar y que importen siempre una desviación del correcto cumplimiento de las funciones castrenses o policiales. No sólo se debe tener en cuenta, apunta BIDART CAMPOS, que el militar o policía se encuentre de servicio, pues en esa calidad puede cometer hechos comunes, de suerte que lo que en puridad afecta a las Fuerzas Armadas y son capaces de minarlas, son los hechos cuando provienen de actos de servicio intrínsecamente tales. Cuando derivan de hechos comunes (sean o no cometidos con ocasión de actos de servicio), insiste el jurista argentino, el peligro que se origina para la disciplina, el orden o el prestigio de las Fuer-

zas Armadas no alcanza para dar apoyo constitucional a la jurisdicción militar como fuero real o de materia [30].

En virtud de lo expuesto, no es de aceptar que la calidad de delito militar esté en función al hecho mismo de la declaración del Estado de Emergencia de un territorio determinado, tal como incorrectamente ha sido precisado por la Corte Suprema [31] o que se encuentre en la sola consideración de si dicho acto es o no derivado del ejercicio de las funciones castrenses [32].

Es de enfatizar, conjuntamente con Juan Carlos Sandoval Coronado, que lo esencial, en concurrencia con la calidad de militar o policial del sujeto activo, es el *sentido militar del hecho punible*. Esta última noción significa que el agente debe vulnerar un deber estrictamente militar tutelado por el derecho militar, en tanto su afectación tiene, en principio, consecuencias institucionales y no meramente personales. Por consiguiente, la comisión de un delito con ocasión o durante un acto de servicio, o la existencia de un nexo causal entre el sujeto activo y la función militar desacatada, no tendrían relevancia alguna si es que no se tiene en cuenta que se *vulneró un deber jurídico de transcendencia institucional para las Fuerzas Armadas o Policía Nacional* [33].

En esta misma perspectiva se pronunció el art. 14º, segundo párrafo, del Código de 1991, cuya redacción se me encomendó en la Comisión que redactó el Proyecto Alternativo del Código Procesal Penal. Dice la norma: "*La justicia militar está limitada a los delitos directamente vinculados con las funciones militares o policiales, en cuanto afecten bienes jurídicos exclusivamente castrenses y el orden disciplinario de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional. En estos casos el personal militar y policial está sometido al fuero respectivo y al Código de Justicia Militar*". Es interesante señalar que el Alto Tribunal en un caso resolvió que "si el hecho imputado como infracción punible se encuentra claramente tipificado en el Código Penal mas no

---

[30] Bidart Campos: *Los tribunales militares y la Constitución*, cit., p. 124.

[31] Ejecutoria suprema de 12 de setiembre de 1991, Exp. Nº 07–91, Puno (*Anales Judiciales*, T. LXXIX, Lima, 1991, p. 361).

[32] Ejecutoria suprema de 31 de octubre de 1991, Exp. Nº 15–91, Lima (*Anales Judiciales*, T. LXXIX, Lima, 1991, p. 362).

[33] Sandoval Coronado, Juan Carlos: *El delito militar ordinario*, Tesis, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1997, pp. 318–329.

así en el Código de Justicia Militar, su conocimiento corresponde al fuero común" [34].

IV. CONFLICTOS DE JURISDICCIÓN

Se plantean conflictos, enseña Ricardo LEVENE (h.), cuando dos o más tribunales se consideran con derecho a intervenir en una causa [35]. Igualmente, pueden haber conflictos cuando la diferencia se suscita entre un órgano administrativo y un órgano jurisdiccional, y, aún más, cuando se trata de órganos constitucionales, en los términos señalados en el art. 202º.3 de la Constitución, esto es, cuando compete al Tribunal Constitucional resolver las diferencias surgidas respecto a las atribuciones que la Ley Fundamental reconoce a distintos órganos o entidades territoriales. Respecto de esto último, señala Samuel ABAD YUPANQUI, el conflicto puede tener lugar en dos niveles: en primer lugar, entre el Gobierno Central y los gobiernos locales y regionales, y el de éstos entre sí (división territorial del Estado); y, en segundo lugar, entre los órganos constitucionales del Estado, tales como Congreso, Gobierno, Poder Judicial, Consejo Nacional de la Magistratura, órganos del Sistema Electoral (división funcional del poder) [36].

En la doctrina procesal, fuera propiamente del conflicto entre órganos constitucionales, se diferencia entre *conflictos de jurisdicción* y *conflictos de competencia*. En el primer supuesto, se trata de aquellos conflictos interorgánicos que se originan: **a)** entre órganos jurisdiccionales y administrativos; y, **b)** entre órganos jurisdiccionales ordinarios y órganos de la jurisdicción militar. En el segundo supuesto, apunta ARAGONESES MARTÍNEZ, se trata de aquellos conflictos que se suscitan entre los órganos jurisdiccionales de distintos órdenes jurisdiccionales [37].

---

[34] Ejecutoria suprema de 3 de junio de 1994, Exp. Nº 274–94, La Libertad (ROJJASI PELLA, Carmen: *Ejecutorias supremas penales. 1993–1996*, Legrima, Lima, 1997, pp. 310–311).

[35] LEVENE (h), Ricardo: *Manual de Derecho procesal penal*, 2a. ed., Depalma, Buenos Aires, 1993, T. I, p. 195.

[36] ABAD YUPANQUI, Samuel: «Hábeas data y conflicto entre órganos constitucionales», en: *Lecturas Constitucionales*, Nº 10 (*La Constitución de 1993. Análisis y comentarios*), Comisión Andina de Juristas, Lima, 1995, pp. 272–273.

Los conflictos entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción militar son resueltos, en todos los casos, por la Corte Suprema de Justicia: así surge del art. 28º del Código de 1940, concordante con la uniforme interpretación que de él ha realizado el Supremo Tribunal [38]. De igual manera, el art. 361º. inc. b) del Código de Justicia Militar establece taxativamente que las contiendas de competencia que afectan la jurisdicción militar serán resueltas por la Corte Suprema de Justicia, cuando se susciten entre la jurisdicción militar y el fuero común [39]. En rigor, compete el conocimiento de este conflicto de jurisdicción a la Sala Penal de la Corte Suprema, al amparo de lo dispuesto en el art. 34º.3 del TUO de la LOPJ. El art. 21º.6 del Código de 1991 se pronunció en iguales términos.

El trámite del conflicto de jurisdicción entre la jurisdicción ordinaria y la militar es de carácter incidental, lo que significa que no se paraliza el curso de ambos procesos instaurados en las dos jurisdicciones. Si el juez ordinario advierte que el juez militar está conociendo de los mismos hechos que constituyen el objeto del proceso penal ordinario, pondrá en conocimiento tal situación del órgano jurisdiccional castrense e, inmediatamente, formará el cuaderno respectivo y lo elevará al Tribunal Supremo, el cual resolverá sin necesidad de vista fiscal, salvo que el tipo penal objeto del proceso penal se encuentre incurso en los supuestos de los incs. 2 a 17 del art. 83º de la LOMP. El Supremo Tribunal ha establecido que, en efecto, para que se produzca contienda de competencia es necesario que en las dos jurisdicciones se siga proceso contra las mismas personas y por los mismos hechos, de lo contrario la contienda será inadmisible [40].

Regularmente, según lo dispuesto en el art. 141º del TUO de la LOPJ, para que exista resolución en el Tribunal Supremo se requiere cuatro votos conformes. Sin embargo, la Ley Nº 26291, de 10 de diciembre de 1994, dispuso que temporalmente, hasta el 28 de julio de 1995, los con-

---

[37] En: DE LA OLIVA SANTOS *et. al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 91.

[38] Ejecutoria suprema de 11 de junio de 1979, Exp. Nº 1034–79, Cajamarca (TARAMONA, José R.: *Compendio de ejecutorias supremas*, Jamse Editores, Lima, 1982, T. II, pp. 16–17).

[39] Ejecutoria suprema de 1 de octubre de 1985, Exp. Nº 142–85.

[40] Ejecutoria suprema de 4 de febrero de 1986, Exp. Nº 14–85.

flictos de jurisdicción se resolverían por mayoría simple de votos. Además, dispuso que las votaciones eran secretas, es decir, los Vocales no debían suscribir los votos y, por tanto, en caso de votos singulares o con fundamentos propios, no debía conocerse a su autor o autores. En esa oportunidad, felizmente ya superada, se impuso el criterio de seguridad por sobre el principio de responsabilidad judicial y la necesidad de transparencia de las decisiones judiciales.

La Corte Suprema entiende que también se puede presentar otra modalidad de conflicto de jurisdicción: la *declinatoria de jurisdicción*, en cuya virtud, existiendo por el mismo delito sendos procesos en la justicia militar y en la ordinaria, el imputado acude a esta última solicitando la inhibición en favor de la primera [41]. Frente a una declinatoria de jurisdicción, el juez ordinario debe pronunciarse mediante la resolución respectiva, de conformidad con el art. 28º, primer párrafo, del Código de 1940 [42]. Es de anotar que en el primer caso el Alto Tribunal asumió un concepto formal de identidad de hechos, al optar por la misma tipicidad, lo que por lo demás resulta inconveniente y permite afectar claramente el principio del *ne bis in idem*.

[41] Ejecutoria suprema de 3 de febrero de 1994, Exp. Nº 24–93, Puno.

[42] Ejecutoria suprema de 18 de enero de 1993, Exp. Nº 11–92–B, Callao (ROJJASI PELLA: *Ejecutorias supremas penales. 1993–1996*, cit., pp. 303–304).

CAPÍTULO VI
COMPETENCIA PENAL (I)

SUMARIO: **I.** Concepto y alcances. **II.** Criterios para la determinación de la competencia penal: 1. Competencia objetiva. 2. Competencia territorial. 3. Competencia funcional. Consecuencias procesales. **III.** Competencia objetiva: 1. Concepto. 2. Atribución de la competencia objetiva. 3. Reglas de la competencia *rationae personae*. **IV.** Competencia funcional: 1. Concepto. 2. Manifestaciones de la competencia funcional. V. Carácter y tratamiento procesal de la competencia objetiva y funcional.

I. CONCEPTO Y ALCANCES

Como se sabe, la Constitución nacional concibe al Poder Judicial como una organización integrada por una pluralidad de órganos jurisdiccionales (art. 143º), todos los cuales ejercen la potestad jurisdiccional. Sin embargo, en atención a esa configuración pluriorgánica, resulta imprescindible instituir criterios para la distribución de las causas. IBÁÑEZ Y GARCÍA–VELASCO [43] explica que estos criterios o reglas son los que se llaman *criterios competenciales*, que, al señalar para un supuesto determinado un órgano jurisdiccional con exclusión de los demás, produce a la vez un derecho y un deber en el Tribunal de impartir justicia, y en las partes, los correlativos de solicitarla de él en cada caso, lo que entraña la *competencia* del órgano jurisdiccional. El fin práctico de la competencia penal consiste, por tanto, en distribuir las causas entre los diversos jueces instituidos por la ley; entre ellos ha de repartirse la tarea judicial, dividiendo el conjunto de asuntos en distintos grupos para asignarlos a unos u otros jueces [44].

---

[43] IBÁÑEZ Y GARCÍA VELASCO: *Curso de Derecho procesal penal*, cit., p. 75.

[44] CLARIÁ OLMEDO, Jorge: *Tratado de Derecho procesal penal*, EDIAR, Buenos Aires, 1962, T. I, p. 117.

La competencia, precisamente, en cuanto medida de la jurisdicción, es la esfera de jurisdicción de la cual está investido el singular órgano judicial, la parte de poder jurisdiccional que cada órgano puede ejercer. Considerada desde un aspecto objetivo, es la esfera de jurisdicción de que está investido un órgano jurisdiccional; bajo un aspecto subjetivo (es decir, contemplando al juez como a uno de los sujetos de la relación procesal), es la capacidad de un determinado órgano jurisdiccional para tomar conocimiento de una causa [45].

Tres son los principios que, al decir de José TOMÉ PAULE [46], rigen la competencia penal:

1º La *improrrogabilidad*, según el cual la función jurisdiccional atribuida a un órgano jurisdiccional no puede cederse a ningún otro. El art. 14º, primer párrafo, del Código de 1991, sanciona taxativamente este principio al señalar que "la jurisdicción común es improrrogable y se extiende a los delitos y a las faltas".

2º La *extensión*, en cuya virtud los jueces y tribunales que tengan competencia para conocer de una causa determinada la tendrán también para todas sus incidencias, para llevar a efecto las providencias de tramitación y para la ejecución de las sentencias. El art. 337º del Código de 1940 dispone que la ejecución de la condena –aunque sólo hace mención a la reparación civil– se lleva a cabo ante al Juez Instructor originario. El art. 392º del Código de 1991 prescribe que la ejecución de las resoluciones judiciales corresponde al Juez Penal, quien está facultado para resolver todos los incidentes que se susciten durante la ejecución.

3º La *exclusividad*, en mérito al cual corresponde a la jurisdicción penal ordinaria el conocimiento de todas las causas y juicios penales (comisión de delitos y faltas), con excepción de los señalados a los Tribunales militares. Por ello es que se sostiene que la justicia ordinaria tiene una fuerza atractiva, pues debe conocer de todos aquellos casos que no tengan un expreso y perfecto encuadre en la jurisdicción especial.

---

[45] LEONE, Giovanni: *Tratado de Derecho procesal penal*, EJEA, Buenos Aires, 1963, T. I, p. 341.

[46] En: ALMAGRO NOSETE, José y TOMÉ PAULE, José: *Instituciones de Derecho procesal. Proceso penal*, 2a. ed., Trivium, Madrid, 1994, p. 64.

La pluralidad de los órganos jurisdiccionales se manifiesta en dos vertientes: la instauración de distintos tipos de órganos jurisdiccionales y el establecimiento de varios órganos jurisdiccionales del mismo tipo. Desde la primera perspectiva, existen –como ya se anotó–: Juzgados de Paz y Juzgados de Paz Letrados (conocimiento de las faltas); Juzgados Penales; Salas Penales Superiores; y Sala Penal de la Corte Suprema. Así aparece definido en los arts. 11º del Código de 1940 y 13º del Código de 1991. Desde la segunda perspectiva, la diversidad de órganos jurisdiccionales admite también la institución de varios órganos jurisdiccionales del mismo tipo, con excepción de la Corte Suprema (art. 28º TUO de la LOPJ). Así tenemos que el país se ha dividido en Distritos Judiciales a cuya cabeza se encuentra las Cortes Superiores de Justicia (art. 36º TUO de la LOPJ), integrada por Salas Jurisdiccionales de diversos órdenes, entre ellas del Penal, así como por diversos juzgados especializados, sean estos Penales, Mixtos y Juzgados de Paz y de Paz Letrados (arts. 37º, 41º, 46º, 47º. 50º, 54º y 61º).

II. CRITERIOS PARA LA DETERMINACIÓN DE LA COMPETENCIA PENAL

Tres son los criterios que determinan la competencia penal: **a)** por razón de la materia; **b)** por razón del lugar; y, **c)** por razón de la función.

1. COMPETENCIA OBJETIVA

La primera competencia, denominada *objetiva*, está referida a la naturaleza de la infracción penal y a la función o cargo público que ocupe el imputado (*rationae personae*). En efecto, las infracciones penales desde una perspectiva procesal se dividen en: **a)** faltas, de competencia de los Jueces de Paz y de Paz Letrados, que tienen a su cargo el procedimiento por faltas; **b)** delitos menos graves, de competencia de los Jueces Penales, que tienen a su cargo la investigación –o intervención en ella– y el juzgamiento y sentencia en el llamado juicio sumario –en la legislación vigente– u ordinario –en el Código de 1991–; y, **c)** delitos graves, de competencia de las Salas Penales Superiores, que tienen a su cargo el denominado procedimiento ordinario en el Código de 1940 y el procedimiento especial por razón de delito en el Código de 1991.

Por otro lado, la Constitución reconoce un tratamiento especial a determinados altos funcionarios cuando cometen delitos vinculados a la función, a quienes se les denomina *personas aforadas*, en cuya virtud se

introducen reglas de competencia especiales, por lo general, previo procedimiento parlamentario de antejuicio (art. 99º Const.). Corresponde su conocimiento a la Corte Suprema (art. 100º Const.), salvo cuando se trate de magistrados de primera instancia, en que el conocimiento del proceso penal compete a la Corte Superior (arts. 41º.4 TUO de la LOPJ, y 17º LOMP). Estos magistrados, al igual que los de segunda instancia y los miembros del Consejo Supremo de Justicia Militar, cuyo juzgamiento está radicado en la Corte Suprema (arts. 34º.4 TUO de la LOPJ, y 16º LOMP), sólo tienen un procedimiento con garantías reforzadas, en el que adicionalmente a la competencia superior corresponde a la máxima instancia del Ministerio Público decidir el ejercicio de la acción penal, no así antejuicio constitucional (art. 66º, incs. 4 y 5, de la LOMP).

2. COMPETENCIA TERRITORIAL

La segunda competencia, denominada *territorial*, está referida al lugar de comisión del delito. La competencia se distribuye en atención al ámbito geográfico donde ocurrió un evento delictivo, criterio que permite distribuir los juzgados y Salas jurisdiccionales de igual clase o grado existentes en el territorio nacional, en atención a la vastedad geográfica del país. El objeto de esta competencia es acercar la justicia a los ciudadanos. Cuando existen varios órganos jurisdiccionales en un mismo ámbito geográfico, se acude a los criterios de repartimiento y distribución de asuntos (v. gr.: sistema de turnos u otros sistemas objetivos como sorteo, etc.).

3. COMPETENCIA FUNCIONAL

La tercera competencia, denominada *funcional*, distribuye entre los órganos jurisdiccionales penales los diferentes cometidos que ha de asumir la autoridad judicial a lo largo del proceso. Entonces, esta competencia determina el órgano jurisdiccional que conoce en cada etapa procesal: cognición, recurso o ejecución, e inclusive actividades instructoras, así como en la recusación o en la decisión de las cuestiones de competencia. El Código de 1940 dispone que en la etapa de instrucción conoce el Juez Penal, mientras que en la etapa del juicio –para los procedimientos ordinarios– la Sala Penal Superior, correspondiendo a la Corte Suprema el conocimiento del recurso de nulidad; a su vez, las apelaciones contra las decisiones interlocutorias del Juez Penal son de conocimiento de la Sala Penal Superior, mientras que las impugnaciones con-

tra las decisiones del Juez de Paz Letrado son de conocimiento del Juez Penal. Por su parte, el Código de 1991, en el procedimiento ordinario, para delitos menos graves, lo más significativo es que el Juez Penal interviene en determinados actos de la fase de investigación y en toda la etapa intermedia y durante el enjuiciamiento, mientras que el recurso de apelación, sea de resoluciones interlocutorias o de sentencias, es de conocimiento de la Sala Penal Superior, y el de casación de la Corte Suprema.

El Código de 1991, en el art. 15º, reconoce como criterios competenciales, los vinculados al territorio, a la materia y a la conexión. El listado que contiene el criterio competencial por razón de la materia, involucra asimismo a la competencia funcional, sin perjuicio de atención a la competencia *rationae personae*, lo que no es dogmáticamente correcto. Por otro lado, siguiendo a ARAGONESES MARTÍNEZ [47], incorpora como un criterio competencial a la conexión, que sin embargo es una institución que lo que produce son "...alteraciones secundarias en las normas de atribución de la competencia (objetiva y territorial) y de la jurisdicción", siendo su fundamento, al decir de la Casación italiana, motivos de oportunidad y su sustento la economía de los juicios [48].

4. CONSECUENCIAS PROCESALES

Conjugados los tres criterios (objetivo, territorial y funcional), la competencia, acota GÓMEZ ORBANEJA, es un presupuesto de validez del proceso como un todo y del acto o serie de actos de que se trate, aunque, como luego se verá, la ley no da a todos esos criterios el mismo valor [49]. Según el Código de 1991 la incompetencia territorial no acarrea la nulidad de los actos procesales realizados (art. 20º), aunque sí los supuestos de incompetencia objetiva y funcional (art. 25º).

---

[47] En: DE LA OLIVA SANTOS *et. al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 109.

[48] LEONE: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. I, p. 408.

[49] GÓMEZ ORBANEJA, Emilio y HERCE QUEMADA, Vicente: *Derecho procesal penal*, 10a. ed., Artes Gráficas y Ediciones, Madrid, 1987, p. 34.

III. COMPETENCIA OBJETIVA

1. CONCEPTO

Este criterio competencial consiste en la atribución del conocimiento de los asuntos en primera instancia a un grado jurisdiccional concreto. Se establece en función a tres datos básicos: el primero, *rationae personae*, tiene como punto de referencia la intervención en los delitos de personas aforadas o funcionarios calificados por la ley cuando cometen delitos vinculados al ejercicio del cargo, cuyo enjuiciamiento se reserva a determinados órganos jurisdiccionales. El segundo, toma en cuenta la clasificación del Código Penal en delitos y faltas, prevista en el arts. 11º y 440º) (*rationae materiae*). El tercero, divide los delitos en graves y menos graves, para asignarles un procedimiento y la atribución de fallo a un órgano jurisdiccional determinado. Es de entender, como enfatiza MORENO CATENA, que el fuero personal prima en todo caso sobre el fuero material [50]. En tanto fuero especial, señala ARAGONESES MARTÍNEZ, tiene un carácter preferente [51].

En rigor, como apunta CLARIÁ OLMEDO, la finalidad orientadora de estas distinciones: faltas, delitos menos graves, delitos graves, es eminentemente práctica. Está destinada a conseguir una mejor realización de la justicia, seleccionando al juez que ha de entender en procedimientos ordenados con mayores garantías o con características especiales, procurando a su vez la mayor celeridad. A los jueces mejor dotados o especializados, se les atribuyen las causas más dificultosas, conforme a un criterio objetivo, o las que requieren conocimientos particulares [52].

2. ATRIBUCIÓN DE LA COMPETENCIA OBJETIVA

La competencia objetiva tiene la siguiente distribución en el orden penal:

A. Según el Código de 1940

a) Los *Juzgados de Paz* son competentes para juzgar las faltas, de conformidad con el art. 404º.6 del Código Penal. El Código de Procedi-

---

[50] En: GIMENO SENDRA *et. al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 121.

[51] En: DE LA OLIVA SANTOS *et. al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 98.

[52] CLARIÁ OLMEDO: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. II, p. 198.

mientos, sin embargo, menciona que la instrucción está a cargo de los Jueces de Paz. El Juez de Paz Letrado sigue el procedimiento sumario (instrucción y fallo, sin juicio oral), mientras que el Juez de Paz realiza una audiencia de pruebas y falla inmediatamente, correspondiendo la apelación al Juez de Paz Letrado (arts. 325º y 326º).

b) Los *Juzgados Penales,* según el art. 13º, se encargan de instruir los procesos por delitos comunes graves, en los procesos ordinarios. En el caso de los procedimientos sumarios dedicados a los delitos menos graves, a la par que instruir emiten sentencia (art. 6º del D. Leg. Nº 124). Además, resuelven todo tipo de incidencias que se producen durante la instrucción (cuestiones previas, prejudiciales, excepciones, coerciones, contracautelas, sobreseimientos, etc.).

c) Las *Salas Penales Superiores,* según el art. 14º, modificado por el D. Ley Nº 21895, en concordancia con el art. 1º de la Ley Nº 26689, de 30 de noviembre de 1996, son competentes para conocer del juzgamiento de los delitos graves.

B. Según el Código de 1991

Este Código sigue similar esquema, los Jueces de Paz instruyen y juzgan en los procesos por faltas (art. 24º); los Jueces Penales dictan decisiones jurisdiccionales en la etapa de investigación y enjuician los delitos menos graves (art. 23º, inc. 1 y 2); las Salas Penales Superiores, juzgan en los procesos especiales por razón del delito (delitos graves, art. 373º).

3. REGLAS DE LA COMPETENCIA *RATIONAE PERSONAE*

Las reglas en cuestión permiten atribuir la competencia de determinados delitos vinculados al ejercicio de la función pública, a órganos superiores, a los que no les correspondería conocer de ellos según las reglas generales. En este punto conviene distinguir si el funcionario es persona aforada, es decir, si requiere antejuicio constitucional, o si sólo se imponen determinadas garantías reforzadas consistentes en la decisión del procesamiento por la máxima instancia del Ministerio Público o en la competencia por un órgano jurisdiccional superior o supremo.

Respecto a las *personas aforadas,* éstas se encuentran taxativamente consideradas en el art. 99º de la Constitución. Se trata de los siguientes altos dignatarios: **a)** el Presidente de la República; **b)** los representantes

del Congreso; **c**) los Ministros de Estado; **d**) los miembros del Tribunal Constitucional; **e**) los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura; **f**) los vocales de la Corte Suprema; **g**) los Fiscales Supremos; **h**) el Defensor del Pueblo; e, **i**) el Contralor General, por todo delito que cometan en el ejercicio de sus funciones y hasta cinco años después de que hayan cesado en éstas. Estos funcionarios antes de ser objeto de cargos penales, deben ser investigados y acusados por la Comisión Permanente del Congreso y el Pleno del Congreso debe emitir en su contra resolución acusatoria de contenido penal (art. 100º Const.). El trámite de acusación constitucional está desarrollado en el Texto Único Ordenado del Reglamento del Congreso, publicado el 30 de junio de 1998.

Corresponde a la Corte Suprema la instrucción y juzgamiento de dichos altos funcionarios públicos. La Sala Penal es la encargada de la primera instancia, siendo el Instructor el vocal menos antiguo e integrándose el Tribunal de Enjuiciamiento con los tres vocales restantes, siendo ajeno a él el Presidente de la Sala Penal (art. 34º.4 TUO de la LOPJ), mientras que el recurso de nulidad es de conocimiento de la Sala Civil (art. 17º C de PP 1940). En el Código de 1991, la jurisdicción preventiva corresponderá al vocal menos antiguo, el enjuiciamiento será de competencia de los tres vocales que siguen de la Sala Penal Suprema y el recurso de apelación suprema será tramitado y resuelto por la Sala de Derecho Constitucional y Social (art. 375º.1).

La Corte Suprema también conoce de los delitos funcionales cometidos por Fiscales y Vocales Superiores miembros del Consejo Supremo de Justicia Militar (art. 34º.4 TUO de la LOPJ). En este caso, debe decidir el ejercicio de la acción penal la máxima instancia del Ministerio Público. El procedimiento en sede fiscal y judicial es el mismo que en el caso de personas aforadas.

Los delitos funcionales cometidos por Jueces Especializados o Mixtos, Jueces de Paz Letrados, Jueces de Paz (art. 41º.4 TUO de la LOPJ), así como por Fiscales Provinciales (art. 17º LOMP) son juzgados por las Salas Penales Superiores. Previamente, la máxima instancia del Ministerio Público debe decidir el ejercicio de la acción penal (art. 66º, incs. 4 y 5 LOMP). La instrucción (Código de 1940) o la jurisdicción preventiva (Código de 1991) es realizada por el vocal menos antiguo del Tribunal competente; el enjuiciamiento corresponde a la Sala Penal Superior respectiva, completándose con otro vocal; y el recurso de nulidad (Código de 1940) o de apelación suprema (Código de 1991) será resuelta por la

Sala Penal Suprema. En el caso de los delitos de los jueces de paz y fiscales provinciales adjuntos, la instrucción corresponde al Fiscal Provincial, la jurisdicción preventiva al Juez Penal, el enjuiciamiento a la Sala Penal Superior y el recurso respectivo a la Sala Penal Superior.

En todos estos casos, no interesa si el delito, por su entidad, está sujeto al procedimiento sumario o abreviado: en virtud de su carácter preferente, *siempre es ordinario* (modelo del Código de 1940) o especial por razón de la función (modelo del Código de 1991), en cuya virtud el órgano de enjuiciamiento necesariamente es colegiado e ineludiblemente se cumplen los principios de oralidad, contradicción y publicidad.

IV. COMPETENCIA FUNCIONAL

1. CONCEPTO

Como quiera que el proceso se desenvuelve en una serie ordenada de etapas o fases e importa, por tanto, la intervención de distintos órganos jurisdiccionales, la competencia funcional, a juicio de Giovanni LEONE, determina la distribución de la jurisdicción penal en relación a las fases de desarrollo de la relación procesal penal o a particulares actividades [53].

Su nota más característica es su carácter *automático y derivado*, según el órgano de la primera instancia y el cauce procedimental que se esté siguiendo. MORENO CATENA precisa que depende del tribunal que resulte territorial y objetivamente competente para resolver en un concreto proceso y opera en forma automática [54].

2. MANIFESTACIONES DE LA COMPETENCIA FUNCIONAL

Las principales manifestaciones de la competencia funcional se circunscriben a: **1)** La distribución de los roles de los órganos jurisdiccionales durante las etapas de investigación y de enjuiciamiento; **2)** El conocimiento de los recursos devolutivos; **3)** Las cuestiones de competencia; y, **4)** La ejecución de las sentencias.

---

[53] LEONE: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. I, p. 361.

[54] En: GIMENO SENDRA *et. al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 126.

A. La instrucción y el enjuiciamiento

En el Código de 1940, que encarga la instrucción –y la resolución de los incidentes producidos en su tramitación– a un Juez Instructor y el Juicio Oral a un Tribunal Correccional, reconoce con esta distinción la distinta finalidad específica de cada una de estas etapas procesales. El Código de 1991, en cambio, encarga al Juez Penal la jurisdicción preventiva y el enjuiciamiento, entregando al Fiscal la titularidad de la etapa procesal de investigación.

Una vez establecido el Juez Penal –llamado Juez instructor hasta la entrada en vigor de la actual LOPJ en noviembre de 1991– en atención a la competencia material, la competencia del Tribunal Correccional –hoy denominado Sala Penal Superior– es automática: es el órgano superior en grado del mismo Distrito Judicial al que pertenece el primero de los nombrados. En las faltas sin embargo se atribuye a un solo órgano jurisdiccional, el Juez de Paz, el conocimiento de la instrucción y del enjuiciamiento; modelo que lamentablemente se ha extendido para el caso de los jueces penales a los delitos menos graves, que son la inmensa mayoría, en el juicio sumario.

B. Los recursos devolutivos

*El princi*pio que rige para la competencia de los tribunales judiciales por razón del grado, es el de la determinación ineludible de la competencia del tribunal de alzada cuando se ha fijado la del juez inferior. Si la causa –explica CLARIÁ OLMEDO– se radica ante el juez de una determinada circunscripción, en la alzada ha de entender el tribunal al cual la ley le haya atribuido competencia dentro de esa misma circunscripción o de una más amplia comprensiva de ésta [55].

El recurso de apelación contra las resoluciones de los Jueces de Paz, corresponde a los Jueces de Paz Letrados. Contra las decisiones expedidas por estos últimos, compete a los Jueces Penales. La Sala Penal Superior conoce de las apelaciones de autos interlocutorios y definitivos y de sentencias dictadas por los Jueces Penales. La Sala Penal Suprema es competente para conocer de los recursos de nulidad contra las resoluciones emitidas por las Salas Penales Superiores. Este modelo es similar

[55] CLARIÁ OLMEDO: *Tratado de Derecho procesal penal,* cit., T. II, pp. 217–218.

en el Código de 1991, con la diferencia de que según la decisión impugnada la apelación lleva la denominación de elemental, superior y suprema (art. 339º); además, la Corte Suprema conoce del recurso de casación contra las sentencias y autos que importen sobreseimiento expedidos en apelación por las Salas Penales Superiores (art. 350º). Las Salas Penales, superiores y suprema, conocen de las quejas de derecho por denegatoria del correspondiente recurso impugnativo (apelación, nulidad o casación, según el caso). La Sala Penal Suprema, en el Código de 1991 tiene el conocimiento de la acción de revisión, la cual es de competencia de la Sala Plena del Supremo Tribunal en la legislación vigente.

C. Las cuestiones de competencia

Para conocer la inhibición o la recusación de un Juez Penal, es competente la Sala Penal Superior correspondiente (arts. 33º del Código de 1940 y 52º del Código de 1991). Si la inhibición o la recusación es de un Juez de Paz, conoce de ella el Juez Penal. En cambio, si la inhibición o recusación es contra un vocal de la Sala Penal Superior o Suprema, conoce de ella la propia Sala a la que pertenece el vocal, integrándose con el llamado por ley (arts. 40º del Código de 1940 y 21º.8 y 22º.8 del Código de 1991).

En cuanto a las demás *cuestiones de competencia*, éstas son resueltas por el órgano jurisdiccional superior común. Si se trata de contiendas de competencia, declinatoria de jurisdicción o transferencia de competencia de jueces penales de diverso Distrito Judicial o de Salas Penales Superiores, el conocimiento de las mismas corresponderá a la Corte Suprema (art. 28º del Código de 1940), mientras que si se trata de estos mismos casos pero de jueces penales del mismo Distrito Judicial, decidirá la Sala Penal Superior común. Los supuestos de conexión y acumulación se tramitan como incidentes, por lo que el Superior Jerárquico conocerá de la impugnación interpuesta contra la resolución interlocutoria emitida por el Juez Penal.

D. La ejecución de sentencias

En estos casos, la competencia corresponde al Juez Penal que tuvo a su cargo la instrucción (Código de 1940) o la jurisdicción preventiva y juzgamiento (Código de 1991). Así consta del art. 337º del Código de 1940 y del numeral 395º del Código de 1991. La decisión de los beneficios penitenciarios, disuelta la figura del Juez de Ejecución Penal, co-

rresponde al Juez Penal que conoció de la instrucción o de la jurisdicción preventiva.

V. CARÁCTER Y TRATAMIENTO PROCESAL DE LA COMPETENCIA OBJETIVA Y FUNCIONAL

Según lo dispuesto en el art. 25º del Código de 1991 y lo afirmado unánimemente por la doctrina procesal, las normas sobre competencia objetiva y funcional son imperativas. Son de *jus cogens* y no pueden ser derogadas aun cuando medie acuerdo de las partes, de ahí la denominada improrrogabilidad de la jurisdicción penal.

En tal virtud, corresponde al órgano jurisdiccional apreciar de oficio su competencia objetiva y funcional. Tratándose de un presupuesto de validez del proceso, aun cuando el Código de 1991 radique en las partes la interposición de las cuestiones de competencia, ello no obsta al Juez a tomar parte activa en la determinación de la competencia. Por consiguiente, si iniciada una instrucción o aprobado el auto de apertura de investigación, el Juez Penal detecta que no es competente debe promover la correspondiente contienda de competencia en caso exista proceso abierto ante otro órgano jurisdiccional de igual jerarquía o inhibirse en favor del juzgado competente en caso no exista instrucción abierta en esa judicatura. No cabe, por lo demás, promover contiendas entre jueces y tribunales subordinados, en cuyo caso el Juez inferior debe consultar al juez superior si le remite el proceso y, en su caso, el Juez Superior ordenar al inferior a que le eleve el proceso (arts. 26º del Código de 1940, así como 39º y 41º del Código de 1991). El nuevo Código de 1991 también contempla similares posibilidades en el caso del Ministerio Público, en tanto que la Fiscalía tiene el señorío de la etapa de investigación (arts. 29º y 36º).

Por otro lado, el carácter necesario de las normas en referencia autoriza a las partes a denunciar tanto su falta como la inadecuación del procedimiento que se estuviera siguiendo. En tal virtud, pueden dirigirse al juez incompetente como al juez que estiman legalmente competente para requerir que la causa sea vista por quien corresponda, según las reglas pertinentes o, también, podrán requerir al juez o fiscal incompetente para que se inhiba del conocimiento del caso y lo remita al designado por la ley (arts. 24º, 27º y 28º del Código de 1940, así como numerales 29º, 31º –declinatoria–, 36º, 37º y 40º –contienda– del Código de 1991).

Capítulo VII
COMPETENCIA PENAL (II)

Sumario: **I.** Competencia territorial: 1. Introducción. 2. Fueros ordinarios generales. 3. Fueros ordinarios especiales. 4. Fueros Extraordinarios 5. Carácter y tratamiento procesal de la competencia territorial. **II.** Cuestiones de competencia: 1. Concepto. 2. Declinatoria de competencia. 3. Transferencia de competencia. 4. Contienda de competencia. **III.** Conexión Procesal: 1. Aspectos generales. 2. Elementos de la conexión procesal. 3. Conexión y reglas de la competencia. **IV.** Inhibición y recusación: 1. Concepto y función. 2. Causas de inhibición y recusación. 3. Procedimientos de la abstención y la recusación.

I. COMPETENCIA TERRITORIAL

1. Introducción

Esta competencia estudia, anota Tomé Paule, el conjunto de normas que distribuyen el conocimiento de los procesos penales en los casos en que existen multiplicidad de órganos jurisdiccionales de la misma categoría [56]. Como quiera que existen numerosos órganos jurisdiccionales, de la misma categoría, distribuidos en todo el territorio nacional (Juzgados de Paz, Juzgados Penales y Salas Penales Superiores), es del caso determinar puntualmente el órgano jurisdiccional llamado a resolver sobre cada proceso penal.

La competencia territorial se determina, como señala Moreno Catena, en base a criterios competenciales denominados *fueros,* que ponen en rela-

---

[56] En: Almagro Nosete / Tomé Paule: *Instituciones de Derecho Procesal. Proceso Penal,* cit., p. 64.

ción a un determinado Juzgado o Sala con los hechos delictivos con los que se procede [57]. Estos criterios, dice ARAGONESES MARTÍNEZ, se configuran siempre *ex lege*, lo que impide la atribución por sumisión o aquiescencia de las parte [58].

Siguiendo la doctrina alemana explicitada por Juan Luis GÓMEZ COLOMER [59], podemos clasificar los fueros en ordinarios y extraordinarios. En el *primer nivel*, fueros ordinarios, se encuentran los fueros ordinarios generales y los fueros ordinarios especiales. En el *segundo nivel*, fueros extraordinarios, se encuentran el fuero de la conexión y el fuero del encargo superior.

2. FUEROS ORDINARIOS GENERALES

Los fueros ordinarios generales están integrados por dos Fueros: el primario o preferente y los secundarios. Los arts. 19º del Código de 1940 y 17º del Código de 1991 comparten este criterio competencial.

A. El fuero primario o preferente

Está referido al lugar de comisión del delito: *forum delicti comissi*. Su determinación puede parecer sencilla, sin embargo a menudo se presentan problemas de radicación de la competencia en los delitos de imperfecta ejecución, en los delitos de omisión, en los delitos de peligro, en los delitos a distancia e, inclusive, en los delitos de resultado.

En principio, el art. 5º del Código Penal, siguiendo las enseñanzas de BINDING, define el lugar de comisión incorporando la teoría de la ubicuidad. En su virtud, lugar de comisión "...es aquél en el cual el autor o partícipe ha actuado u omitido la obligación de actuar o en el que se producen sus efectos". Si se trata de tentativa, el lugar de comisión será tanto donde tuvo lugar la acción (comisiva u omisiva) como el lugar donde, de acuerdo a la intención del agente, debería producirse el resultado. Los actos de participación deben ser considerados cometidos tanto en el lugar de la infracción principal, como donde son realizados.

---

[57] En: GIMENO SENDRA *et. al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 136.

[58] En: DE LA OLIVA SANTOS *et. al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 106.

[59] GÓMEZ COLOMER, Juan Luis: *El proceso penal alemán*, Bosch, Barcelona, 1985, pp. 62–63.

En los delitos de tránsito, sobre supuestos nacionales –hechos delictivos que se realizan en provincias diversas, asumiendo la perspectiva del derecho europeo–, es de entender que la competencia se radicará en el lugar donde se consuma la infracción. Empero, tratándose de delitos de tránsito entre países, como recuerda HURTADO POZO, el modelo escogido por el Código de Bustamante es que cada Estado puede castigar el acto realizado en su país, si constituye por sí solo un delito [60].

En los casos de autoría mediata debe entenderse como competente el órgano jurisdiccional donde actúa el autor mediato o finalmente el lugar en el que el resultado se produce o debía producirse. En los delitos de omisión el lugar de hecho es sólo el lugar en que el autor tenía que haber actuado. En los delitos de varios actos es suficiente la comisión de cualquiera de ellos. Los delitos de peligro abstracto son en sí simples delitos de actividad, por lo que decisivo en ellos es el lugar donde comete la acción típica. El delito continuado se entiende cometido en cualquier lugar donde se haya cometido algún acto singular. En los delitos de peligro concreto el resultado es ya la producción del peligro [61].

B. Los fueros subsidiarios

En caso que desde el inicio o que en el curso de la actividad procesal no se pueda establecer con precisión el lugar de comisión de la infracción penal, el Código de 1991 prescribe, en primer lugar, que debe estarse al lugar de producción de los efectos del delito. Se trata de una regla muy propia de un modelo base que asume la teoría de la acción, lo que obviamente no guarda armonía con lo dispuesto por el Código Penal; sin embargo, se debe atender en este caso a los supuestos de agotamiento del delito y de los perjuicios causados por el delito.

En rigor, el primer fuero subsidiario es el lugar donde se hayan descubierto las pruebas materiales del delito. En su defecto, el lugar de detención del imputado; y, finalmente, el lugar de domicilio de este último. Se trata, como recuerda GARCÍA RADA, de criterios pragmáticos ordenados jerárquicamente, que se aplican uno en defecto de otro [62]. MIXÁN MASS, en

---

[60] HURTADO POZO: *Manual de Derecho penal*, cit., p. 218.

[61] JESCHECK, Hans Heinrich: *Tratado de Derecho penal. Parte general*, Bosch, Barcelona, 1981, Vol. I, pp. 239–241.

[62] GARCÍA RADA, Domingo: *Manual de Derecho procesal penal*, EDDILI, Lima, 1984, pp. 51–52.

el mismo sentido, acota que se trata de reglas de aplicación subsidiaria, empezando por la primera; de modo que si no es posible aplicar la primera, se examinará la posibilidad de aplicar la segunda; en defecto de ésta, se pasará a la tercera y si tampoco es así, a la cuarta regla [63].

3. FUEROS ORDINARIOS ESPECIALES

Están sujetos a un régimen especial: **a)** los delitos cometidos con propósito terrorista; **b)** los delitos de tráfico ilícito de drogas, contra la hacienda fiscal y cometidos por organizaciones criminales: **c)** los delitos cometidos en medios de transporte; y, **d)** los delitos cometidos en el extranjero.

El Decreto Ley Nº 25475, establece que en los delitos cometidos con propósito terrorista los magistrados asumen competencia a nivel nacional, sin observar el lugar de comisión del hecho delictuoso (art. 17º). El juzgamiento y, en rigor, el proceso en su conjunto se somete a un circuito especial regionalizado, pues la competencia de los órganos judiciales está radicada en aquellos Distritos Judiciales que cuentan con tres o más Salas Especializadas, donde se instalan Mesa de Partes exclusivas para esos delitos (2ª y 6ª Disposición Final).

La Comisión Ejecutiva del Poder Judicial, en uso de las facultades extraordinarias de reforma judicial que le han sido conferidas por las Leyes 26623, 26546 y 26695, ha establecido competencias nacionales para los delitos contra la hacienda fiscal (defraudación tributaria y aduaneros), tráfico ilícito de drogas y delitos cometidos por organizaciones criminales.

Respecto a los delitos cometidos en un medio de transporte, sin que sea posible determinar con precisión la competencia territorial, corresponde el conocimiento de los hechos al Juez del lugar de llegada más próximo (arts. 193º del Código de 1940 y 18º del Código de 1991).

Si el delito se ha cometido fuera del territorio nacional, el art. 19º del Código de 1991 incorpora tres reglas de aplicación subsidiaria para la determinación de la competencia: **1.** El Juez del lugar donde el imputado tuvo su último domicilio en el país; **2.** El Juez del lugar de llegada del extranjero; ó **3.** El Juez del lugar donde se encuentre el imputado al momento de promoverse la acción penal.

---

[63] MIXÁN MASS, Florencio: *Derecho procesal penal*, Ankor, Trujillo, 1982, T. I, p. 322.

4. FUEROS EXTRAORDINARIOS

Están formados por dos grupos distintos de fueros. El primero es el Fuero de la conexión y el segundo es el Fuero del Encargo Superior.

A. El fuero de la conexión

Está sujeto a dos principios, sea cuando se acumulen acciones o procesos. En primer lugar, rige el *fuero del delito más grave*, que es el criterio preferente, aceptado por ambos Códigos (arts. 20º del Código de 1940 y 26º del Código de 1991). En segundo lugar, en defecto del primero, cuando se trata de delitos de igual gravedad, el Código de 1940 utiliza un criterio temporal basado en el último delito cometido, mientras que el Código de 1991 utiliza el *fuero de la prevención*, es decir, por el órgano judicial que inició primero las actuaciones procesales.

B. El fuero del encargo superior

Salvo el caso de conexión, se alteran las reglas comunes de competencia en tres supuestos básicos, en que el superior puede fijar una competencia distinta. Son los siguientes: **1.** Por transferencia de competencia, que se presenta cuando ocurren circunstancias insalvables que impiden o perturban gravemente el normal desarrollo del proceso (art. 33º del Código de 1991). **2.** Por inhibición o recusación, al presentarse una causal o motivo concreto que haga dudar de la imparcialidad del magistrado (arts. 32º del Código de 1940 y 52º del Código de 1991). **3.** Por reenvió en los recursos de apelación, nulidad o casación, según sea el caso, donde el Superior decide reenviar la causa a otro Juez, distinto del originario (arts. 299º del Código de 1940 y 357º.2 del Código de 1991).

5. CARÁCTER Y TRATAMIENTO PROCESAL DE LA COMPETENCIA TERRITORIAL

Las normas de competencia territorial tienen un carácter necesario, aunque no acarrean nulidad de actuados, a tenor del art. 20º del Código de 1991. El examen de la competencia territorial puede ser de oficio o por denuncia de parte. Lo primero se da en el caso de la contienda de competencia y acumulación. Lo segundo es posible en las declinatorias de competencia y en las transferencia de competencia, ambas sujetas a denuncia exclusiva de parte. También es posible promover, a pedido de parte, contiendas de competencia y acumulación. Ante una situación como la propuesta, el juez puede sostener su competencia como apartarse del conocimiento de un proceso.

II. CUESTIONES DE COMPETENCIA

1. CONCEPTO

Las cuestiones de competencia surgen en el proceso cuando durante la tramitación de un proceso o procesos se presentan problemas sobre la determinación de la competencia [64]. Dos son las hipótesis en que se dan: *positiva*, cuando dos o más jueces simultáneamente toman conocimiento del mismo delito y pretenden conocer de él; *negativa*, cuando dos o más jueces simultáneamente rehusan tomar conocimiento del mismo delito. Estas cuestiones se promueven mediante decisión fundada y con la intervención del Ministerio Público (art. 91º, incs. 1, 2 y 3 de la LOMP).

El Capítulo IV del Título II del Código de 1991 identifica como cuestiones de competencia la declinatoria de competencia, la transferencia de competencia, la contienda de competencia, la conexión y acumulación y la inhibición y recusación. Estas dos últimas, por referirse a supuestos propios, vinculados, de un lado, a una pluralidad de delitos y, de otro lado, a cuestionamientos a la imparcialidad judicial, se analizan independientemente, tanto más si en ambas no se cuestiona la competencia territorial.

2. DECLINATORIA DE COMPETENCIA

El Código de 1940 la denomina *"declinatoria de jurisdicción"*, cuando en rigor lo que se cuestiona es la competencia concreta del juez en un caso determinado. El presupuesto de esta institución, que a tenor del art. 27º sólo puede ser interpuesta por el imputado, el Ministerio Público y la parte civil, estriba en que el Juez Penal no sea el competente territorialmente para el conocimiento de un delito concreto, en cuya virtud persigue que éste, en mérito del requerimiento de parte, se abstenga de conocer del proceso y sea enviado al Juez Penal competente.

El Juez Penal, ante el pedido de parte, tiene dos alternativas: a) si considera que, en verdad, no es competente, remite los actuados al Juez competente; y, b) si considera que el requerimiento es infundado y que,

---

[64] ORÉ GUARDIA, Arsenio: *Manual de Derecho procesal penal*, Alternativas, Lima, 1996, p. 117.

en puridad, es competente para conocer del caso que instruye, forma el cuaderno respectivo y sin suspender la instrucción, eleva la excepción propuesta al Tribunal Superior adjuntando un informe donde debe precisar los motivos en que funda su competencia. Señala el art. 28º que el Tribunal Superior resolverá la excepción de jurisdicción sin más trámite que la audiencia al Fiscal (está facultado inclusive para pedir la instrucción si considera insuficiente las copias elevadas por el Juez Penal). Contra la resolución que emita definiendo la fundabilidad o infundabilidad de la competencia del Juez Penal procede recurso de nulidad [65].

La jurisprudencia ha establecido que esta excepción singular sólo puede deducirse hasta antes que culmine la instrucción [66]. Además, ha precisado que una vez deducida, si el juez la considera fundada, debe remitir la instrucción al juez competente; en cambio, si la estima infundada debe elevar un cuaderno al Superior Tribunal, el cual debe ser quien en primera instancia se pronuncie sobre su fundabilidad [67].

El Código de 1991 trae como novedad que también se cuestiona la competencia del Fiscal. Como quiera que el Ministerio Público tiene el señorío de la investigación, el Código somete al Fiscal a similares criterios competenciales que los definidos para el Juez. La declinatoria procede, en principio, contra un Fiscal incompetente por razón de materia, jerarquía o de territorio y, obviamente, será procedente en la medida en que la causa se encuentre en la etapa de investigación, de titularidad fiscal. Se extiende la personería para deducir esta cuestión al tercero civil. El Fiscal, sea que la estime fundada o infundada, debe resolverla directamente mediante resolución fundamentada. Contra esta resolución sólo procede recurso de apelación, que la resolverá el Fiscal Superior. Una vez que el Fiscal Superior ha absuelto el grado, en caso sea fundada, se remitirá lo actuado al Fiscal competente, con conocimiento del Juez que previene y de los demás sujetos procesales.

---

[65] Ejecutoria suprema de 20 de octubre de 1994, Exp. Nº 27-94, Arequipa.

[66] *Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1966, Lima, p. 1368.

[67] Ejecutorias supremas de 18 de enero de 1993, Exp. Nº 11-92-B, Callao (ROJJASI PELLA: *Ejecutorias supremas penales. 1993-1996*, cit., pp. 303-304) y de 3 de octubre de 1994, Exp. Nº 28-94, Arequipa (ROJJASI PELLA: *Ejecutorias supremas penales. 1993-1996*, cit., pp. 304-305).

Esta excepción también puede ser interpuesta cuando la causa se encuentra a cargo del Juez Penal o Sala Penal Superior, durante la etapa intermedia. Sólo procede hasta la conclusión de los actos preparatorios para el juicio oral. Una vez que se ha interpuesto, previo traslado de las partes contrarias y del dictamen fiscal, el Juez o la Sala Penal, según el órgano jurisdiccional que tiene a su cargo esa etapa procesal, la resolverá expidiendo la resolución que corresponda. Contra esta resolución procede recurso de apelación. Una vez que la decisión judicial ha quedado firme, en caso que se ha estimado que otro juez es el competente, recién se procede a remitirle la causa, con conocimiento de los demás sujetos.

El art. 32º del Código de 1991 prescribe que los actos procesales válidamente realizados antes de la declinatoria conservan su eficacia, entendiéndose que ello no será posible si la incompetencia es por razón de materia (art. 25º) o jerárquica (art. 325º.1).

3. TRANSFERENCIA DE COMPETENCIA

Si bien la norma general es que cada delito debe investigarse y juzgarse en el lugar o territorio donde se cometió, acota MARTÍNEZ RAVE, existen algunas circunstancias especiales que autorizan cambiar del lugar del juzgamiento [68]. El art. 33º del Código de 1991 identifica estas circunstancias insalvables. Son tres: **a)** que impidan o perturben gravemente el normal desarrollo de la investigación o del juzgamiento; **b)** que importen un peligro, real o inminente, contra la seguridad o la salud del procesado; y, **c)** que constituyan un peligro fundado –real o inminente–, capaz de afectar gravemente el orden público.

El *primer motivo* se refiere a la afectación de las garantías procesales de las partes. Ello puede darse, explica Edgar SAAVEDRA ROJAS [69], en los siguientes casos: **a)** cuando los vinculados en el proceso tienen o tuvieron una especial trascendencia en la localidad en la que se desarrolla la causa, de suerte que puedan generar manifestaciones colectivas o de los medios de comunicación de tal importancia que pongan en peligro la imparcialidad o la independencia de los fiscales y jueces que conducen el

[68] MARTÍNEZ RAVE, Gilberto: *Procedimiento penal colombiano*, Temis, Bogotá, 1994, p. 169.

[69] SAAVEDRA ROJAS, Edgar: *Constitución, derechos humanos y proceso penal*, Editorial Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1995, pp. 186–187.

proceso; **b)** cuando en el lugar del proceso existan razones de amistad o temor que impidan el efectivo ejercicio derecho de defensa de las partes al punto de conculcarles las garantías procesales de origen constitucional o legal; o, **c)** cuando hay intereses políticos, morales, religiosos o de circunstancias similares, en los cuales la publicidad del juzgamiento puede afectar la seguridad de los sujetos procesales o resulte inconveniente que se debatan aspectos éticos que en esa localidad pudieran tener una especial repercusión negativa en los miembros de la comunidad.

El *segundo motivo*, se circunscribe exclusivamente a la situación personal del imputado. Deben existir circunstancias insalvables que afecten su seguridad o su salud. Tales supuestos se presentan, en primer lugar, cuando sea posible que el imputado sea víctima de venganzas o de personas que quieren "silenciarlas" [70]. En segundo lugar, cuando esté en serio riesgo la salud del procesado, sea por razones de clima, por la altitud de la sede del proceso o por la falta de recursos médicos de la zona, que tengan entidad suficiente en función al padecimiento del imputado para poner en peligro su integridad física.

El *tercer motivo*, se limita a la afectación grave del orden público, esto es, a la presencia de circunstancias objetivas que importen una profunda y efectiva alteración de la paz y seguridad en un concreta circunscripción territorial que, por sus propias características, esté en condiciones de impedir la investigación y/o juzgamiento adecuado de las personas u originar sensibles dificultades, lesionándose el debido proceso.

Se trata, en todos los supuestos estudiados, de motivos especialmente problemáticos, en que se ventilan cuestiones de carácter público y de interés general, que son excepcionales. Su interpretación, sin duda, debe ser restringida toda vez que de operar el cambio de radicación del proceso se ocasiona una "...mayor dificultad a la actividad probatoria" [71].

En el Código de 1940 y en la legislación especial vigente no existe norma específica al respecto, salvo la prescrita en el art. 95º de la LOMP que autoriza al Fiscal a solicitar la transferencia de competencia cuando existan motivos como los indicados líneas arriba, empero no hay una norma procesal que detalle los motivos de la transferencia de competen-

[70] MARTÍNEZ RAVE: *Procedimiento penal colombiano*, cit., p. 170.

[71] ORÉ GUARDIA: *Manual de Derecho procesal penal*, cit., p. 121.

cia. Anteriormente, la Ley Nº 23414, circunscrita a los delitos exceptuados de tráfico ilícito de drogas, terrorismo y espionaje, permitía el cambio de radicación del proceso, a cargo de la Sala Plena de la Corte Suprema.

No obstante ello, la Corte Suprema ha venido sosteniendo desde la Ejecutoria Suprema de 8 de mayo de 1959 [72] que es posible que la Sala Penal del Supremo Tribunal acuerde la transferencia de competencia en atención a lo dispuesto en el art. 89º del Código de 1940, que autoriza al Tribunal por razones de conveniencia a cambiar de juez, así como porque "... tiene amplia potestad para transferir la jurisdicción en los procesos penales" [73].

Señala MIXÁN MASS que para la jurisprudencia la transferencia ha procedido por razones de enfermedad del imputado e inclusive porque por el elevado número de acusados la Sala respectiva carecía de un recinto adecuado [74]; de igual manera, la transferencia se ha acordado cuando en la localidad no existen médicos especializados a fin de que realicen la pericia ordenada actuar para determinar la situación jurídica del imputado [75].

GARCÍA RADA explica que la transferencia sólo puede disponerla la Corte Suprema porque altera sustancialmente las reglas de la competencia y una vez decretada, así desaparezcan los motivos que determinaron el cambio de radicación del proceso, es definitiva [76].

Según el art. 34º del Código de 1991 la transferencia de competencia puede ser solicitada ante el juez de la causa por el Fiscal y el imputado, mediante solicitud fundamentada acompañando la prueba pertinente. Sea que la causa esté dirigida por el Fiscal (etapa de investigación) o por el órgano jurisdiccional (etapas intermedia y de enjuiciamiento), siempre debe ser resuelta por este último. En tal sentido, presentada la solicitud, se forma el cuaderno correspondiente y se corre traslado a los demás sujetos procesales por el término de cinco días. Culminado este

---

[72] *Anales Judiciales*, T. LIV, Lima, 1959, p. 164.

[73] Ejecutoria suprema de 2 de mayo de 1977 (*Revista de Jurisprudencia Peruana*, Nº 291, Lima, 1968, pp. 480-481).

[74] MIXÁN MASS: *Derecho procesal penal*, cit., T. I, p. 371.

[75] Ejecutoria suprema de 10 de noviembre de 1976, Exp. Nº 1434-76, Huánuco (*Anales Judiciales*, T. LXVIII, Lima, 1976, p. 493).

[76] GARCÍA RADA: *Manual de Derecho procesal penal*, cit., p. 61.

trámite, según el art. 35º, el cuaderno se eleva a la Sala Penal Superior; en cambio, si la transferencia se solicita a otro juez o fiscal del mismo Distrito Judicial o a la Sala Penal Suprema si se solicita la transferencia de un Fiscal Superior o de la una Sala Penal Superior (art. 21º.4).

4. CONTIENDA DE COMPETENCIA

La contienda de competencia o conflicto de competencia surge entre uno o más órganos de la jurisdicción ordinaria. Hay conflicto, apunta LEONE [77], cuando dos o más jueces simultáneamente toman conocimiento del mismo delito –conflicto positivo– o cuando dos o más jueces simultáneamente rehusan tomar conocimiento del mismo delito (conflicto negativo). También se presenta conflicto o colisión de competencias cuando se trata de delitos conexos, cuando los jueces que son competentes para conocer los diversos delitos cometidos en conexidad hayan iniciado simultáneamente diversos procesos penales, cuando en realidad por el fenómeno de la conexidad sólo debe existir uno [78]. La Corte Suprema ha establecido que mientras la declinatoria compete promoverla a los interesados, la contienda se promueve por los jueces que conocen una instrucción, contra la misma persona y por los mismos hechos o conexos [79].

Las contiendas de competencia se promueven exclusivamente por los Jueces y Tribunales [80]. Sin embargo, el órgano jurisdiccional puede decidir entablarla cuando tenga conocimiento que otro de igual categoría comprende en la instrucción o en el proceso al mismo inculpado o instruye o juzga sobre el mismo delito o sobre delitos conexos, ya sea de oficio o a instancia de parte, mediante solicitud fundamentada. El conocimiento de la existencia de otro proceso por el mismo delito o por delitos conexos puede verificarse por información proporcionada por las partes o por información obtenida por el mismo órgano jurisdiccional. Lo que el juez no puede hacer es, de plano, inhibirse alegando incompetencia territorial [81].

---

[77] LEONE: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. I, p. 390.

[78] SAAVEDRA ROJAS: *Constitución, derechos humanos y proceso penal*, cit., p. 191.

[79] Ejecutoria suprema de 19 de marzo de 1992, Exp. Nº 17–91, Lima (ROJJASI PELLA: *Ejecutorias supremas penales. 1993–1996*, cit., pp. 309–310).

[80] *Revista de los Tribunales*, 1933, Lima, p. 10.

[81] Ejecutoria suprema de 7 de diciembre de 1978, Exp. Nº 199–78, Ica (TARAMONA: *Compendio de ejecutorias supremas*, cit., T. II, pp. 119–120).

El procedimiento incidental que origina el conocimiento de la existencia de otro proceso contra el mismo imputado por el mismo delito o por delitos conexos no interrumpe el curso del procedimiento principal. Los momentos del trámite incidental son los siguientes:

1) Se inicia con el oficio que el primer Juez o Tribunal cursa al Juez o Tribunal de la misma categoría comunicándole la existencia del proceso en su oficio judicial y los motivos que ha tenido para avocarse a la instrucción, dejando copia en autos (art. 23º del Código de 1940).

2) Este segundo Juez o Tribunal analizará si, en atención a la información remitida por el primer Juez o Tribunal, le corresponde o no el conocimiento de la instrucción que tiene a su cargo. En caso encuentre que la causa no le corresponde se inhibirá del conocimiento de la misma y con conocimiento de las partes remitirá lo actuado al juez o Tribunal oficiante. Si las partes están de acuerdo con la inhibitoria, en rigor, no existe contienda alguna [82]; empero, si no están de acuerdo con ella, pedirán a dicho Juez o Tribunal que eleve copia de lo actuado al Superior Tribunal para que decida a qué órgano jurisdiccional compete el conocimiento de la causa (art. 24º C de PP).

3) Por el contrario, si este segundo Juez o Tribunal cree de su deber seguir conociendo en la causa, continuará la instrucción enviando de oficio al Tribunal Superior del que depende el requerimiento y las explicaciones correspondientes (art. 25º C de PP).

4) El Tribunal Superior, sea en el primer caso, a instancia de las partes, o en el segundo caso, decidirá lo conveniente, previa vista fiscal, estando autorizado a pedir inclusive el cuaderno principal. Empero, como reza el art. 28º *in fine* del C de PP, si los Jueces pertenecen a distintos Distritos Judiciales, debe dirimir la contienda de competencia la Sala Penal de la Corte Suprema (art. 34º.3 del TUO de la LOPJ). También corresponde al Supremo Tribunal dirimir la competencia entre Tribunales Superiores, sean o no del mismo Distrito Judicial.

Si ambas magistraturas rehusan conocer una causa, ya sea porque se desacumuló una causa y se envió un proceso al órgano jurisdiccional de origen y éste insiste en que no cabe tal desacumulación [83] o porque ambas

---

[82] Ejecutoria suprema de 13 de enero de 1972, Exp. Nº 59-71, Lima (TARAMONA: *Compendio de ejecutorias supremas*, cit., T. III, p. 60).

[83] *Anales Judiciales*, 1945, Lima, p. 307.

judicaturas rechazan el conocimiento de un asunto [84], se instaura la contienda negativa, cuyo trámite es el mismo de la contienda positiva: la resuelve el Tribunal Superior si los juzgados pertenecen al mismo Distrito Judicial o al Tribunal Supremo si pertenecen a distintos Distritos Judiciales.

El Código de 1991 reconoce la contienda de competencia entre Fiscales. El art. 36° estipula que si el Fiscal toma conocimiento –de oficio o por información de parte– que otro Fiscal de la misma jerarquía conoce de la investigación sin que le corresponda, solicitará la remisión de la misma, adjuntando copia de su resolución y de los actuados correspondientes. Si el Fiscal requerido acepta la petición del primer fiscal, remitirá los actuados al Fiscal oficiante, con conocimiento del Juez que previno y de las partes; en cambio, si declara improcedente la remisión, se inicia la contienda (positiva, en este caso), en cuya virtud eleva el cuaderno respectivo, adjuntando las piezas procesales pertinentes de la causa que tramita, al Fiscal Superior Penal, para que resuelva en última instancia.

Si el Fiscal se inhibe (art. 37º CPP), de oficio o a petición de parte, al considerar que la instrucción no le corresponde, remitirá copias de lo actuado al Fiscal competente si hubiere detenido; en caso exista reo libre, remitirá el proceso. Sólo si el segundo Fiscal también se inhibe, elevará la causa al Fiscal Superior (contienda negativa).

Las impugnaciones contra las decisiones del Fiscal Provincial sólo se admiten en efecto devolutivo. La decisión del Fiscal Superior no es impugnable. El Fiscal Supremo no interviene en ningún caso.

Igual procedimiento se sigue cuando la causa se encuentra a cargo del órgano jurisdiccional, es decir, cuando se recibe la acusación fiscal. Las contiendas propiamente dichas son resueltas previa vista fiscal; si se cuestiona la competencia del Juez Penal, la contienda es resuelta por la Sala Penal Superior, mientras que si se cuestiona la de la Sala Penal Superior, corresponde dirimirla a la Sala Penal Suprema (art. 40º CPP).

La colisión o contienda no es posible cuando se trata de Jueces o Fiscales entre los que existan condiciones de superioridad jerárquica o funcional, porque en este caso siempre la decisión del superior prevalecerá sobre el criterio del inferior [85]. Cuando se trata del inferior, éste se limita a consultar al superior si debe remitirle el proceso; en cambio, si

[84] *Revista de los Tribunales*, 1946, Lima, p. 416.

[85] SAAVEDRA ROJAS: *Constitución, derechos humanos y proceso penal*, cit., p. 191.

es el superior quien toma conocimiento que el inferior conoce de una causa de su competencia, se limitará a ordenarle su remisión (art. 26º del Código de 1940 y arts. 39º y 41º del Código de 1991).

III. CONEXIÓN PROCESAL

1. ASPECTOS GENERALES

Es sabido que la regla general en el proceso penal es que cada delito origina un proceso penal. Sin embargo, esta regla se excepciona en los casos en que existe conexidad, en la que por razones de economía procesal o para evitar decisiones contradictorias que lesionarían el principio de justicia dimanante de la potestad jurisdiccional.

La conexión puede ser material o sustancial y procesal. La conexidad, como su nombre lo indica –anota MARTÍNEZ RAVE [86]–, es el vínculo lógico y sustancial, que se presenta entre dos hechos o delitos. Desde el punto de vista material existe la conexidad ideológica, la consecuencial y la ocasional. La primera –ideológica– se presenta cuando el sujeto activo del delito realiza una infracción penal como un instrumento medio para poder perfeccionar el delito fin que realmente es el que le interesa y que finalmente lo lleva a cometer el, o los diversos hechos punibles, instrumentales, que sean necesarios para conseguir su ilícita finalidad. La segunda –consecuencial– ocurre cuando el sujeto activo, después de la realización de un delito, se ve en la obligación de conservar el producto, ocultar pruebas, o preservar la impunidad del hecho ejecutado, para lo cual perpetra otro u otros hechos delictivos. La tercera –ocasional– se tipifica cuando en el momento y sitio del perfeccionamiento de un delito que era el único inicialmente planeado por el agente, se le presenta la ocasión excepcional para cometer otro que no estaba en sus planes originales [87].

La conexidad procesal está conformada por una serie de reglas, taxativas y no ejemplificativas, contempladas en el Código rituario, que según Mariano H. CORNEJO, en nuestro caso, adoptó el modelo francés [88]. Tiene lugar la

---

[86] MARTÍNEZ RAVE: *Procedimiento penal colombiano*, cit., p. 172.

[87] SAAVEDRA ROJAS: *Constitución, derechos humanos y proceso penal*, cit., p. 165.

[88] Citado por GUZMÁN FERRER, Fernando: *Código de Procedimientos Penales*, Cultural Cuzco, Lima, 1982, p. 129.

conexión entre distintos procesos, apunta MORENO CATENA [89], cuando existan elementos comunes, bien en relación con los imputados (conexidad subjetiva), bien en relación con los hechos delictivos (conexidad objetiva); reglas éstas que se establecen en aplicación de principios procesales –economía, evitar sentencias contradictorias, ruptura de la continencia de la causa–, como en aplicación de las normas materiales –concurso de delitos cuya base es la pluralidad de acciones o hechos delictivos–.

2. ELEMENTOS DE LA CONEXIÓN PROCESAL

El art. 21º del Código de 1940 y el numeral 42º del Código de 1991 fija las siguientes reglas:

A. Conexidad subjetiva. Se presenta en dos supuestos: a) cuando varias personas aparecen responsables del mismo hecho punible como autores o partícipes; y, b) cuando varias personas vinculadas por una misma voluntad criminal han cometido diversos hechos punibles en tiempo y lugar diferentes. En estos supuestos el nexo legal corresponde a los sujetos: se dan los casos de concurso de personas en un delito y de concurso de delitos cometidos por una pluralidad de personas, siendo el factor de conexión el vínculo subjetivo, es decir, el concierto existente entre los intervinientes en el delito o delitos.

B. Conexidad objetiva. Se presenta cuando el hecho delictivo ha sido cometido para procurarse los medios de cometer otros delitos, o para facilitar o consumar su ejecución o para asegurar la impunidad. Aquí el nexo concierne a los delitos deducidos en la imputación. Se asumen los supuestos de conexión material, incluyendo los supuestos de conexidad ideológica, consecuencial y ocasional ya estudiados [90].

C. Conexión mixta. Es un supuesto de conexión subjetiva y objetiva, en cuya virtud se consideran conexos los diversos delitos cometidos por una misma persona (concurso real de delitos mediando unidad de agente).

---

[89] En: GIMENO SENDRA *et. al.*: *Derecho procesal penal,* cit., p. 149.

[90] Es de incluirse el último supuesto por estrictas razones de favorabilidad para el imputado, al incluir nuestro Código Penal el sistema de absorción. Cfr. también: SAAVEDRA ROJAS: *Constitución, derechos humanos y proceso penal,* cit., p. 166.

El inc. 4 del art. 42º del Código de 1991 incluye un último supuesto, no contemplado en el Código anterior: la *imputación recíproca*, es decir, cuando existen sendos procesos en los que por los mismos hechos las mismas personas aparecen contradictoriamente como inculpadas en uno y agraviadas en otro. El Supremo Tribunal, en un primer momento mantuvo una posición negativa absoluta, puesto que en la Ejecutoria Suprema de 21 de abril de 1941 [91] señaló que "la recíproca imputación que se hacen varias personas respecto a la comisión de delitos diversos, sin que precediera concierto, no está contemplada como caso de conexión que determine la acumulación de las instrucciones abiertas con motivo de esas denuncias". Sin embargo, posteriormente, matizó esta posición en otra Ejecutoria [92], al señalar que "procede la acumulación de dos instrucciones seguidas contra personas que tienen la condición jurídica de denunciantes en una instrucción y de inculpados en otra, si dichas instrucciones se refieren a hechos ocurridos en un mismo lugar y al mismo tiempo".

Es decir, actualmente la Corte Suprema condiciona la acumulación a la existencia de concierto en los hechos y que se trate de hechos ocurridos en un mismo lugar y al mismo tiempo, que sin embargo merecieron valoraciones jurídicas diferentes, con lo que se cumple el objetivo de evitar decisiones contradictorias y contribuir a la economía procesal. No creemos, pese a la amplitud de lo dispuesto en el nuevo Código, que puedan acumularse imputaciones recíprocas referidas a hechos diferentes y ocurridos en lugares distintos, pues tal interpretación sencillamente lesionaría la *ratio legis* de la norma en comentario.

3. CONEXIÓN Y REGLAS DE LA COMPETENCIA

En rigor, como aclara MORENO CATENA, lo que se produce en los supuestos de conexidad es una acumulación de distintos procesos en un solo procedimiento, que puede suponer una modificación tanto de las normas sobre competencia objetiva como de las normas sobre competencia territorial [93]. Esta acumulación determina, en consecuencia, que

[91] *El Peruano*, Lima, 6 de agosto de 1941.

[92] *Anales Judiciales*, T. LIV, Lima, 1959, p. 186.

[93] En: GIMENO SENDRA *et. al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 151.

se expida una sola sentencia y no dos o más, según el número de procesos acumulados [94].

Es de tener claro, como acota Andrés DE LA OLIVA SANTOS, que las normas sobre la materia están insertas en los códigos rituarios, son normas procesales, puesto que son susceptibles de producir efectos procesales, los que son previos en el tiempo a los penales y condicionantes de éstos [95].

En este orden de ideas, el art. 20º del Código de 1940 prescribe que la acumulación de causas por delitos conexos de la misma categoría o de diverso lugar se produce ante el Juez competente para conocer del delito más grave y, en caso de duda, ante el Juez competente respecto del último delito, salvo que el Tribunal Superior de que dependen los jueces penales en conflicto decida, discrecionalmente, adscribir la causa de diverso modo. Dice el art. 22º que si los jueces pertenecen a Tribunales distintos, la competencia es definida por el Tribunal Superior que previno, por lo que será competente el Juez Penal que ese órgano jurisdiccional designó en su oportunidad.

La Ley Nº 10124 completó las reglas de la acumulación por conexión. Estableció: **a**) que cuando se trata de un solo imputado, que es autor de uno o más delitos, si no hay instrucción por alguno de ellos, la acumulación es obligatoria ante el Juez llamado a conocer del delito más grave [96]; **b**) que, en todos los demás casos de instrucciones simples (seguidas contra un imputado), señalados en el art. 21º del Código de 1940, la acumulación es facultativa, pero podrá ordenarse siempre que "no redunde en la inútil postergación del juzgamiento de las que ya tuviesen mérito suficiente para ello"; **c**) que en los casos de conexión subjetiva, cuando varios agentes aparecen como imputados por un solo delito, la acumulación es obligatoria; y, **d**) que en los casos de conexiones complejas: pluralidad de agentes y de delitos, la acumulación es facultativa, pudiendo ordenarse siempre que no se afecte el juzgamiento de las causas que ya tuviesen mérito suficiente para ello.

---

[94] Ejecutoria suprema de 4 de octubre de 1983, Exp. Nº 453–83, Cuzco (*El Magistrado*, Año III, Nº 1, Lima, 1983, pp. 421–423).

[95] DE LA OLIVA SANTOS *et. al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 222.

[96] Ejecutoria suprema de 7 de febrero de 1974, Exp Nº 1844–73, Ayacucho (*Anales Judiciales*, T. LXVI, Lima, 1974, p. 167).

De otro lado, la mencionada Ley precisó que las cuestiones sobre acumulación procesal se tramitan por cuerda separada, es decir, en cuaderno aparte sin interrumpir el curso del principal. Las resoluciones que al respecto expida el Tribunal Superior (acumulación o desacumulación de causas) no son objeto de recurso de nulidad.

El Código de 1991 incorpora mayores precisiones en materia de competencia por conexión y de acumulación, a la vez que sienta reglas distintas a las contempladas en la legislación vigente. Sus elementos característicos son los siguientes:

A. La acumulación es obligatoria sólo cuando varias personas aparezcan como autores o partícipes del mismo hecho punible. En los demás casos es facultativa, pero sólo procederá siempre que los procesos se encuentren en la misma etapa procesal y no ocasionen grave retardo en la administración de justicia.

B. La acumulación en la etapa de la investigación es resuelta de oficio por el Fiscal o a pedido de algún sujeto procesal. Contra lo resuelto por el Fiscal Provincial procede apelación ante el Fiscal Superior, quien resolverá en última instancia (el texto erróneamente dice "instancia única", cuando en rigor debe decir última instancia, pues el Fiscal Superior conoce en vía de grado).

De igual modo cuando las causas se encuentran en sede jurisdiccional, obviamente se deciden, de oficio o a pedido de parte, por el Juez. Contra esa decisión procede recurso de apelación, que es conocido en última instancia por el Tribunal Superior.

La acumulación es imposible, en primer lugar, cuando se trata de procesos abiertos por delitos perseguibles por acción pública y otros por acción privada (no se hace a delitos semi–públicos, en los que obviamente no hay problema en acumularlos si ya se abrió proceso). En segundo lugar, un delito se tramita en la jurisdicción común y el otro en la militar. El art. 28º CPP estatuye que si los delitos están sujetos a distinto trámite procesales, siendo uno ordinario y otro especial, el procedimiento se seguirá de acuerdo al que corresponde a este último. La regla, en cambio, del Decreto Legislativo Nº 124, del procedimiento sumario, es que el trámite que ha de imprimirse una vez acumulados los procesos, es el que corresponde al delito más grave.

Durante el trámite incidental vinculado a la acumulación o desacumulación de procedimientos, que se extiende a todas las cuestio-

nes de competencia, reza el art. 49º CPP, está permitido resolver sobre la libertad o detención del procesado, así como actuar diligencias de carácter urgentes e irrealizables ulteriormente.

F. En los supuestos de conexión, la competencia se determina según pautas específicas. Así tenemos: **a)** si se imputa a una persona la comisión de varios delitos, corresponde conocer al Fiscal o Juez que conoce del delito más grave; en su defecto, corresponde el conocimiento de la causa que habrá de acumularse al Fiscal que tiene la investigación más avanzada o al Juez que primero recibió la acusación; **b)** si se imputa a varias personas la comisión de un delito, corresponde conocer, subsidiariamente, por la fecha de comisión del delito, por el turno al formularse la denuncia o por quien tuviera la investigación más avanzada; en caso de investigaciones realizadas en distintos distritos judiciales, prima la regla del territorio; **c)** si se imputa a varias personas haber realizado conjuntamente varios delitos o, en el caso de imputaciones recíprocas, conoce unitariamente el competente respecto del delito más grave, y en su defecto el Fiscal que tiene la investigación avanzada o el Juez que primero recibió la acusación; y, **d)** si se imputa la comisión de delitos en relación de medio a fin o para asegurar la impunidad, es competente el Fiscal o Juez que conoce del delito con pena más grave. Si la duda subsistente, pese a todas las pautas preestablecidas, el art. 27º CPP tiene una norma subsidiaria general: el principio de prevención, en cuya virtud es competente para conocer la causa acumulada el Fiscal que inició primero la investigación.

IV. INHIBICIÓN Y RECUSACIÓN

1. Concepto y función

Una de las mayores ambiciones en el campo judicial, consiste en que los magistrados gocen de completa independencia y además actúen con absoluta imparcialidad eliminando toda causa que pueda inclinar, aun inconscientemente, su decisión [97]. En tal virtud, se considera que cuando los jueces –incluimos a los Fiscales en tanto tienen a su cargo la etapa procesal de investigación del delito– poseen una especial relación

[97] Martínez Rave: *Procedimiento penal colombiano*, cit., p. 185.

con las partes o con el objeto del proceso que suscita recelo sobre su imparcialidad, la Ley dispone que deben abstenerse (o inhibirse) de conocer ese caso concreto o, en su defecto, pueden ser recusados [98].

La inhibición y la recusación compromete la competencia funcional del magistrado, por lo que la presencia de las causales que la hacen operativa constituyen un vicio de competencia. Por ello, ambos institutos están vinculados al tema de la competencia, desde que en sustancia implican derogación a las normas acerca de la competencia. Tienden a actuar el principio de la independencia del juez, facultándolo o constriñéndolo a no conocer de un proceso cuando concurran situaciones que podrían afectar a su serenidad [99].

Definimos la inhibición o la abstención como el acto procesal mediante el cual el Juez, o en su caso el Fiscal, se aparta voluntariamente del conocimiento de una causa cuando existen causales previstas en la ley que cuestionen su imparcialidad. La recusación, a nuestro entender, es el acto procesal por el cual las partes legitimadas en el proceso tachan al Juez o al Fiscal al ofrecer dudas su imparcialidad por estar incursos en las causales taxativamente contempladas en la ley.

El objeto de estas instituciones es apartar al juez o al fiscal del conocimiento del caso en que intervienen, de ahí que se sostenga que alteran las reglas de competencia, porque entrega el proceso a quien no era llamado a conocer cuando ocurrió el evento [100]. Por tanto, tiene un fundamento constitucional, es decir, impedir que pueda dictar resoluciones en un proceso concreto un Juez respecto al que existen dudas acerca de su imparcialidad [101].

La recusación, desde el punto de vista de su naturaleza jurídica, es un derecho de las partes para garantizar la imparcialidad judicial, mientras que la inhibición o abstención es un deber de los magistrados de apartarse voluntariamente del conocimiento de un proceso cuando se percatan que se encuentran incursos en una causal de separación regulada en la ley.

---

[98] ARAGONESES MARTÍNEZ, en: DE LA OLIVA SANTOS *et. al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 118.

[99] LEONE: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. I, pp. 371–372.

[100] GARCÍA RADA: *Manual de Derecho procesal penal*, cit., p. 64.

[101] GÓMEZ COLOMER: *El proceso penal alemán*, cit., p. 64.

En el Código de 1940 el Fiscal no es recusable, aunque está obligado a excusarse si se dan los motivos de duda fijados por la ley (art. 19 de la LOMP); en cambio, en el Código de 1991 sí es posible recusar al Fiscal, puesto que –como ya se apuntó– tiene a su cargo la etapa procesal de la investigación.

2. CAUSAS DE INHIBICIÓN Y RECUSACIÓN

Tres son las causas que justifican la inhibición y la recusación. En primer lugar, cuando el Juez o Fiscal, directa o indirectamente, tengan interés en el proceso o lo tuvieran sus parientes. En segundo lugar, cuando existe una relación patrimonial con el imputado, el agraviado o el tercero civil. En tercer lugar, cuando hayan intervenido anteriormente como Juez o Fiscal en el proceso, o como testigo o abogado de alguno de los sujetos procesales. Estas causales, en rigor, como enseña MORENO CATENA, traslucen objetivamente una regla de la experiencia de posible parcialidad, de forma tal que pueden hacer dudar de la posición exigible al juzgador [102]. Se trata, apunta CLARIÁ OLMEDO, de criterios objetivos cuyo alcance no puede contradecirse, ni sus efectos evitarse [103].

El art. 29º del Código de 1940 asume una fórmula casuística respecto a las denominadas "razones de interés, de parentesco o situaciones asimiladas", que el Código de 1991, con mejor fortuna, incorpora con una mayor generalidad al mencionar las razones de interés o de parentesco. En tal virtud, el viejo Código precisa si se es agraviado del hecho delictuoso, si se es testigo del mismo, o si son parientes de las partes, inclusive de naturaleza espiritual y por afinidad –aun cuando en este último supuesto el vínculo conyugal haya cesado–, el Juez debe apartarse del conocimiento del proceso. El interés a que se refiere el art. 50º inc. 1 del Código de 1991 puede ser directo o indirecto del funcionario judicial o de sus parientes o asimilados –conviviente o compañero permanente–; asimismo, puede ser de cualquier clase –económico, sexual, ideológico, etc.– que pueda perturbar la imparcialidad exigida para los juzgadores [104]. Debe tenerse en cuenta, en suma, todo aquello que en

[102] En: MORENO CATENA *et. al.*: *Introducción al Derecho procesal*, cit., p. 82.

[103] CLARIÁ OLMEDO: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. II, p. 243.

[104] MARTÍNEZ RAVE: *Procedimiento penal colombiano*, cit., p. 185.

definitiva haya de redundar posiblemente en daño o beneficio del juez del proceso [105].

La otra causal es la de ser acreedores o deudores del imputado o agraviado (el nuevo Código incluye al tercero civil). Se trata de una relación económica, obviamente de un valor más o menos apreciable, que pueda inclinar al juzgador. Por ello, GARCÍA RADA apunta que en cada caso al juez corresponde examinar la relación económica con las partes y según eso abstenerse o mantener su jurisdicción [106].

La última causal se refiere a un vínculo profesional directo con la causa: si se ha intervenido en el proceso como juez o fiscal, perito, testigo o abogado de las partes. En cuanto al primer supuesto es de precisar que la intervención en el proceso, básicamente durante la actividad instructora, debe tener determinada entidad para estar incurso en la referida causal de inhibición o recusación, por lo que, como señala GIMENO SENDRA [107] siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se hace obligatorio determinar en casa caso concreto la naturaleza del acto investigatorio asumido por el órgano jurisdiccional y si su realización pudo o no comprometer su imparcialidad (intervenir en la instructiva, dictar una medida cautelar, dictar el informe final o una decisión relevante como sería el caso de resoluciones sobre excepciones, etc.). No hay atentado a la imparcialidad objetiva, que es el supuesto de imparcialidad materia de esta causal, según dicha jurisprudencia, en los siguientes casos: **a)** en la intervención de los Vocales de las Salas Penales al conocer recursos devolutivos contra resoluciones interlocutorias de los Jueces Penales en materias tales como medidas cautelares, excepciones, así como el conocimiento de la fase intermedia, máxime si se repara que el conocimiento de tales recursos se efectúa bajo el cumplimiento del principio de contradicción; y, **b)** en las sentencias de reenvío dictadas por el Tribunal *ad quem*, declarando la nulidad del juicio oral y su repetición por el mismo órgano de enjuiciamiento.

El Código de 1940 contempla otra causal genérica, basada en lo que en Alemania se denomina "temor de parcialidad". En primer lugar, esa

---

[105] CLARIÁ OLMEDO: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. II, p. 247.

[106] GARCÍA RADA: *Manual de Derecho procesal penal*, cit., p. 67.

[107] GIMENO SENDRA *et. al.*: *Derecho procesal penal*, cit., pp. 54–55.

causal contempla supuestos de vínculos legales, intereses o relaciones no contemplados expresamente por la ley, pero por su entidad pueden poner en tela de juicio la imparcialidad del juez (v. gr.: grave enemistad con una de las partes o sus abogados, compadrazgo con algún sujeto procesal o con sus familiares, ciertas relaciones familiares o de estrecha amistad con las partes, sus abogados o sus familiares). En segundo lugar, temor de parcialidad fundada en actitudes personales del juez durante la práctica de actos procesales o negándolo en otros [108].

La Corte Suprema ha establecido, por ejemplo, que el juez debe inhibirse si su ex-cónyuge resulta acreedora o deudora del inculpado o del agraviado [109], o que debe prosperar la recusación cuando existe una grave enemistad entre el juez y una de las partes [110]. También es procedente cuando existe parentesco del juez con el abogado con alguna de las partes [111], o cuando media relación de compadrazgo con una de las partes [112], o cuando el Juez es cónyuge de una trabajadora de la entidad agraviada [113]. En cambio, no procede la recusación si se formulan apreciaciones jurídicas o estimativas vinculadas a las decisiones del juez y a lo que habrá de resolver en su oportunidad [114].

3. PROCEDIMIENTO DE LA ABSTENCIÓN Y LA RECUSACIÓN

La abstención y la recusación da lugar a un procedimiento incidental, cuya característica común es que la resuelve un juez distinto del cuestionado en caso medie oposición de las partes.

---

[108] GÓMEZ COLOMER: *El proceso penal alemán*, cit., p. 65.

[109] Ejecutoria suprema de 20 de setiembre de 1988, Exp. Nº 897-88, Arequipa (*Anales Judiciales*, T. LXXVI, Lima, 1988, p. 216).

[110] Ejecutoria suprema de 21 de abril de 1981, Exp. Nº 3567-80, Junín (TARAMONA: *Compendio de ejecutorias supremas*, cit., T. I, pp. 84-85).

[111] Ejecutoria suprema de 7 de agosto de 1972, Exp. Nº 771-72, Lima (TARAMONA: *Compendio de ejecutorias supremas*, cit., T. III, p. 32).

[112] Ejecutoria suprema de 30 de marzo de 1970, Exp. Nº 1082-69, La Libertad (RONCALLA VALDIVIA, Lino: *Jurisprudencia en materia procesal penal*, Sesator, Lima, 1984, pp. 64-65).

[113] Ejecutoria suprema de 26 de junio de 1994, Exp. Nº 1001-93-B, Lambayeque (ROJJASI PELLA: *Ejecutorias supremas penales. 1993-1996*, cit., pp. 308-309).

[114] Ejecutoria suprema de 5 de marzo de 1991, Exp. Nº 961-90, Lima (*Normas Legales*, T. 211, diciembre, 1993, pp. J12-J13).

Según el Código de 1940, la abstención o recusación se produce de oficio o a petición del Ministerio Público. La recusación requiere solicitud expresa, fundamentada y acompañando la prueba pertinente, de las partes privadas. En el caso del Juez Penal, si su decisión es aceptada por las partes al notificárseles, pasará los autos al llamado por ley. En cambio, si las partes no aceptan la inhibición o el Juez no acepta la recusación, corresponde al Juez Penal acompañar a su resolución fundada el informe pertinente y fecho, con el cuaderno formado al efecto, elevarlo al Superior Tribunal, que resolverá el incidente sin más trámite que la vista fiscal, contra cuya resolución no procede recurso de nulidad.

Tratándose de recusación de Vocales del Tribunal Superior, ésta sólo podrá interponerse hasta tres días del fijado para la audiencia, cuya inobservancia permite a la Sala declararla improcedente [115]. Corrido traslado de la recusación, el Vocal recusado la contestará en el plazo de tres días. Si el Vocal conviene en la recusación, el Tribunal, que al efecto se completará con otro Vocal, resolverá sin más trámite dentro de tercero día; en el caso contrario, emitirá resolución previa vista fiscal. La resolución del tribunal es recurrible en nulidad ante el Supremo Tribunal.

Es de tener presente que el Código de 1940 sólo permite la inhibición de oficio en los supuestos taxativos fijados en el art. 29º del Código de 1940. La Ejecutoria suprema de 31 de enero de 1994 recuerda que la causal genérica prevista en el art. 31º, "temor de parcialidad", no justifica una inhibición de oficio [116]. No obstante ello, es tener presente que la jurisprudencia, tradicionalmente, no ha puesto reparo a una inhibición de oficio al amparo del art. 30º, lo que parece más racional a la vista de la función que cumple la institución de la excusa y la recusación, que es precisamente garantizar la imparcialidad y objetividad judicial.

El Código de 1991 delimita claramente que la inhibición es una decisión que sólo compete al Juez o al Fiscal, mientras que las partes tienen el derecho de recusar (en el viejo Código, el Fiscal no recusa sino requiere la inhibición del juez), pero cuando la causa se encuentre en estado de juzgamiento, bajo dirección judicial, las demás partes pueden

[115] Ejecutoria suprema de 5 de febrero de 1988, Exp. Nº 1052–87, Ica (*Anales Judiciales*, T. LXXVI, Lima,1988, p. 231).

[116] Exp. Nº 695–93, Ayacucho (*Normas Legales*, T. 228, mayo, 1995, pp. J22–J23).

requerir al Fiscal que se inhiba. Dicho Código también exige como requisito de admisibilidad que el escrito de recusación y el de inhibición en el supuesto antes precisado esté acompañado de las pruebas pertinentes. En caso que exista inhibición o se acepte la recusación, las partes que se sientan afectadas por esa decisión, pueden interponer recurso de apelación, el que será resuelto por el superior jerárquico (el Fiscal Superior o la Sala Penal Superior, según el caso). De igual manera, si el Fiscal o el Juez no acepta el pedido de inhibición o la recusación, formará un cuaderno incidental y lo elevará al superior jerárquico. Las decisiones del superior jerárquico no son impugnables. En el caso de Fiscales y Vocales Superiores, corresponde resolver a la Junta de Fiscales Supremos y a la Sala Penal Suprema, respectivamente.

Según el Código de 1940 la interposición de una recusación o pedido de inhibición limita al Juez. Mientras dure el incidente, el Juez recusado sólo podrá actuar determinadas diligencias, las que se encuentran taxativamente fijadas en el art. 34º. Se trata de: **a)** inspección ocular con asistencia obligatoria del fiscal; **b)** reconocimiento e identificación de los efectos del delito; **c)** recojo e incautación de los bienes vinculados al delito; **d)** instructiva del inculpado detenido, con asistencia obligatoria de su defensor; **e)** la declaración testimonial, con la concurrencia obligatoria del fiscal; **f)** la presentación de los exámenes periciales; **g)** dictar orden de detención y decretar embargos.

El Código de 1991, por el contrario, faculta al fiscal o al Juez a dictaminar y resolver, pese a que el incidente esté pendiente de resolver. Además, adopta una permisión genérica, al permitirle resolver sobre la libertad o detención del procesado y actuar diligencias de carácter urgente e irrealizables ulteriormente (arts. 49º y 45º).

Parte III

LAS PARTES PROCESALES

CAPÍTULO VIII
TEORÍA GENERAL

SUMARIO: I. Concepto. II. Posición jurídica. III. Clasificación: 1. Posición procesal. 2. Necesidad de su intervención. 3. Carácter de su intervención.

I. CONCEPTO

La existencia de partes es de esencia para el concepto del proceso, pues sin el principio de audiencia bilateral –en tanto presupuesto del debate contradictorio– no puede hablarse de proceso en sentido propio [1].

El proceso penal, en cuanto en él se dilucida la posible imposición de una sanción a quien se le imputa la comisión de un delito, se reconoce que, al menos, existe una persona que pide la actuación de la ley penal y otra a la que se acusa. Sin embargo, existen posiciones doctrinales muy encontradas en la materia que van desde las teorías que niegan la existencia de partes en el proceso penal a aquellas que afirman la existencia de partes en este proceso, pasando por las intermedias que sólo niegan el carácter de parte al Estado o al Fiscal o aquellas otras que afirmando tal carácter a esos órganos lo niegan al procesado o acusado [2].

Esta discusión, que por lo demás –al decir de MONTERO AROCA– es propia de los modelos inquisitivo y mixto (acusatorio formal) [3], reco-

---

[1] VIADA, Carlos y ARAGONESES, Pedro: *Curso de Derecho procesal penal*, 3a. ed., Editorial Prensa Castellana, Madrid, 1971, T. I, p. 131.

[2] ALMAGRO NOSETE, José: *Instituciones de Derecho procesal*, Trivium, Madrid, 1993, T. III (*Proceso penal*, 1), p. 83.

[3] MONTERO AROCA, Juan; ORTELLS RAMOS, Manuel; GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis; MONTÓN REDONDO, Alberto: *Derecho Jurisdiccional*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1991, T. III (*Proceso penal*), p. 51.

noce diversos puntos de vista que niegan o limitan el concepto de parte. Así tenemos: (1) que el imputado es más bien un medio de prueba, mientras que el fiscal siendo órgano de la acusación a veces debe intervenir en favor del propio acusado (WACH); (2) que el proceso es de parte única, puesto que el Fiscal no puede ser parte al integrar el poder público y estar obligado a la imparcialidad (Otto MAYER) ; (3) que si bien el acusador tiene la calidad de parte, el imputado no, porque al ser la función penal esencialmente pública, él sólo puede ser –como sujeto pasivo de la acción penal– un simple objeto y elemento de prueba (GERLAND).

No obstante lo expuesto, es de considerar que la noción de parte debe mantenerse en el proceso penal. Si bien la noción *material* de parte, que tuvo su origen en la doctrina del proceso civil, no es aceptable en el proceso penal, toda vez que, en primer lugar, no hay identidad entre el sujeto activo y el sujeto pasivo del delito, propias de una relación jurídico material; en segundo lugar, con las especiales características de la intervención del Ministerio Público en el proceso penal (no podría justificarse su intervención al no actuar en nombre propio sino en razón a su facultad –deber de procurar imparcialmente el orden jurídico–, no tiene un *ius puniendi* propio el cual es ejercido por el Estado por medio de los órganos jurisdiccionales); en tercer lugar, con la noción de indisponibilidad del objeto procesal; y, en cuarto lugar, con la predominancia del Fiscal en la fase de la instrucción o investigación, que limita el principio de igualdad de armas [4]. En cambio, es del todo aceptable la concepción procesal de parte (con capacidad para estar en el proceso), extraída con total independencia del derecho material que se haga valer y de su disponibilidad por quienes actúan ante el juez.

Por consiguiente, *parte procesal*, conforme postula MORENO CATENA [5], es aquel que postula una resolución judicial frente a otra persona (parte activa), y aquel contra quien se insta dicha resolución (parte pasiva), con independencia de que el actor sea o no titular del Derecho material hecho valer –en este caso, el único titular del Derecho penal es el Estado–.

---

[4] MUERZA ESPARZA, Julio: *Derecho procesal penal*, Centro de Estudios Universitarios Ramón Areces, Madrid, 1997, p. 132.

[5] GIMENO SENDRA, Vicente; MORENO CATENA, Víctor; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín: *Derecho procesal penal*, 2a. ed., Colex, Madrid, 1997, p. 159.

El Código de 1940 utiliza expresamente el vocablo "partes", aunque en el Libro I también comprende en el Título IV al Juez Instructor –Juez Penal según la nueva LOPJ–, sin perjuicio que en los dos primeros títulos regula lo relativo a la competencia y a la recusación. En cambio, el Código de 1991 en el Título III del Libro I utiliza la expresión "*sujetos procesales*", donde expresamente incorpora el tratamiento del Juez Penal. Creemos, sin embargo, que tal opción no guarda claridad y diferenciación entre los roles del juez y de quienes postulan una resolución judicial frente a otro y contra quienes se insta dicha resolución; el Juez decide, mientras que las partes solicitan, requieren o se defienden. No hay duda que el Juez y el Fiscal o el acusado son sujetos del proceso, pero existe una radical diferencia entre quien decide y quienes piden la emisión de una resolución judicial en tal o cual sentido, siendo esa noción la que justifica un tratamiento dogmático independiente.

En la Ordenanza Procesal Penal alemana (*StPO*) no se emplea el término "*parte*" sino el de "*participante*". La doctrina alemana rechaza el concepto material de parte, pero igualmente no habla del concepto formal de parte. PETERS señala que el Estado, en cuanto titular de deberes jurídicos soberanos, como poseedor de las funciones propias de la administración de Justicia, no puede ser contemplado como parte en el proceso penal, ni tampoco el órgano que se ocupa de esas funciones en el mismo. El concepto de *participante procesal*, explica GÓMEZ COLOMER [6] siguiendo a SCHMIDT, incluye a todo aquel que toma parte en el proceso como Juez, Fiscal, Ayudante del mismo, inculpado, Abogado defensor, testigo o perito, actor privado, actor accesorio, actor civil, autoridad administrativa, auxiliar judicial, denunciante, etc., es decir, a todos aquellos que de una forma u otra cumplen un papel en el desarrollo de un proceso concreto (PETERS, sin embargo, no considera a los testigos y peritos participantes en el proceso, sino "*medios procesales*"); mientras que el concepto de *sujeto procesal* sólo incluye a todas aquellas personas sin cuya presencia sería imposible desarrollar el proceso conforme a la legislación vigente: Ministerio Público, inculpado y Tribunal.

Es claro, según lo ya expuesto, que el procedimiento penal nacional permite hablar de un proceso de partes, en la medida en que se adopte un concepto relativo o limitado de parte, distinto del utilizado en el proceso

[6] GÓMEZ COLOMER, Juan Luis: *El proceso penal alemán*, Bosch, Barcelona, 1985, p. 69.

civil. Es de insistir, siguiendo a GÓMEZ ORBANEJA, que el punto decisivo respecto al Ministerio Público –sobre el cual se discute su condición de parte– que éste no pide la actuación de la ley en nombre propio ni ejercita un derecho potestativo de acción, sino que interviene en el proceso, poniéndolo en marcha y conduciéndolo hasta la sentencia, en tanto tiene una facultad –deber de promover objetivamente la actuación de la ley [7].

II. POSICIÓN JURÍDICA

Desde el punto de vista de la posición jurídica de las partes, es de tener presente tres notas características, que se predican del proceso en general. Éstas guardan relación con los principios de dualidad, igualdad y contradicción.

En cuanto al *principio de dualidad*, es de precisar que en el proceso penal sí rige este principio. En efecto, existen en él, necesariamente, dos funciones diferentes: quien acusa y quien se defiende de la acusación, ello con independencia al número de sujetos que intervengan en él.

En lo referente al *principio de contradicción*, también resulta necesaria su presencia. El imputado debe tener la posibilidad de conocer los cargos, de poder defenderse de ellos y, al igual que las demás partes, de intervenir en la actividad probatoria en defensa de sus intereses (la notificación a las partes de los pedidos de los demás intervinientes en el proceso, de las incidencias que surjan en él y de las decisiones judiciales es un requisito de validez de los actos procesales). Por otro lado, es evidente que sin contradicción no es posible pasar a la etapa del juicio oral y si el titular de la pretensión punitiva no formula acusación o el imputado acepta los cargos y la pena solicitada por el Fiscal, el proceso debe concluir.

Esta noción del principio de contradicción y la función de las partes en el proceso penal permite identificar quién puede ser tercero en el proceso. VIADA–ARAGONESES precisan que tendrían la condición de tercero los que solicitan la propiedad de la pieza de convicción del delito; de igual manera, menciona a la víctima del delito que no se constituye en parte civil, la cual es un testigo que psicológicamente es parcial y que

[7] GÓMEZ ORBANEJA, Emilio y HERCE QUEMADA, Vicente: *Derecho procesal penal*, 10a. ed., Artes Gráficas y Ediciones, Madrid, 1987, pp. 67–68.

por tanto tendrá una situación especial como interesado en el proceso que, sin embargo, no es parte del mismo [8].

En lo atinente al *principio de igualdad*, la discusión sólo se presenta en la etapa de la instrucción, pues en el juicio oral no hay duda que existe igualdad de armas, sobre la base de una contradicción plena. MORENO CATENA justifica el papel predominante del Fiscal –que inclusive llega a tener a su cargo la investigación del delito– partiendo de la finalidad de la investigación, que es simplemente la de preparar el juicio, practicando las diligencias necesarias para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que pueden influir en su calificación y la culpabilidad de los delincuentes. De ello resulta que durante esa etapa no existe acusación y, por tanto, no puede haber enjuiciamiento ni imposición de pena; además, el imputado no es ajeno por completo a las actuaciones de la instrucción, puesto que puede intervenir en ellas y oponerse o recurrir, inclusive, de las medidas limitativas de derechos [9].

GÓMEZ ORBANEJA, en esa misma perspectiva, aclara que el proceso penal no podía cumplir su fin, que es el descubrimiento de la verdad, a menos de dejar en cierto modo al que promueve la investigación "tomar la delantera" en la etapa de instrucción, con lo que se intenta compensar la ventaja originaria con que puede operar el efectivo delincuente, al cual, conociendo los hechos, le es dable procurarse los medios de ocultarlos o disfrazarlos, y estudiar "cauteloso" un conjunto de precauciones para sustraerse a la acción de la justicia, "colocando al Poder Público en una posición análoga a la de la víctima" [10].

III. CLASIFICACIÓN

La doctrina clasifica a las partes en el proceso penal atendiendo, fundamentalmente, a dos criterios: **a)** según la posición que ocupan en el proceso; y, **b)** según la necesidad o no de su presencia en el proceso.

---

[8] VIADA / ARAGONESES: *Curso de Derecho procesal penal*, cit., T. I, p. 138.

[9] En: GIMENO SENDRA *et. al.*: *Derecho procesal penal*, cit., ed. 1997, p. 160.

[10] GÓMEZ ORBANEJA / HERCE QUEMADA: *Derecho procesal penal*, cit., p. 67.

1. POSICIÓN PROCESAL

En el proceso, como mínimo, han de existir un acusador y un acusado, sin que ello impida que en cada posición puedan haber más de un sujeto (en nuestro sistema procesal, desde la acusación en los delitos de ejercicio público de la acción penal, sólo puede existir el Ministerio Público: no hay acusador privado ni popular).

Las partes pueden ser *activas y pasivas*. Las primeras son aquellas que piden al juez la formalización del proceso penal y, en su momento, solicitan que se imponga una sanción penal y/o la reparación civil. Contra las segundas se dirige la acción y, luego, la pretensión penal; son los sujetos pasivos del proceso penal, en cuya virtud se pide al juez que le imponga una sanción penal y/o reparación civil.

Desde el punto de vista activo, en los delitos de persecución pública, sólo puede existir el Ministerio Público. En los denominados "delitos privados", sólo actuará el agraviado como acusador privado, con exclusión del Ministerio Público, pudiendo ser varios los acusadores privados, constituyendo en ese caso, como apunta MONTERO AROCA, un litis consorcio activo cuasi–necesario; la ley no impone a los agraviados por delitos privados la acusación conjunta, pudiendo el proceso desarrollarse y concluirse válidamente con la presencia de uno solo [11].

Desde el punto de vista pasivo, pueden existir uno o varios acusados (concurso de personas en la comisión de un delito o presencia de delitos conexos). Cuando el proceso comprende a una pluralidad de acusados, se está no ante un litis consorcio sino en presencia de una acumulación, pues "la sentencia deberá contener tantos pronunciamientos como acusados existan" [12].

2. NECESIDAD DE SU INTERVENCIÓN

Desde esta perspectiva, en el proceso penal existen partes necesarias o principales y partes voluntarias o contingentes. Las *necesarias o principales* son aquellas sin las cuales no puede existir un proceso penal: **a)** el Ministerio Público en delitos públicos y el acusador privado (mal llamado querellante en nuestro sistema jurídico) en los delitos privados;

---

[11] MONTERO AROCA *et. al.*: *Derecho Jurisdiccional,* cit., T. III (*Proceso penal*), p. 54.

[12] *Ibídem.*

y, **b)** el imputado conjuntamente con su abogado defensor. Pueden iniciarse actuaciones preliminares contra un imputado indeterminado, pero el procesamiento penal (al dictarse el auto de apertura de instrucción o de aprobación judicial de la apertura de investigación) requiere que se identifique al imputado.

Las partes *contingentes o voluntarias*, enseña TOMÉ PAULE, son aquellas que pueden intervenir en el proceso, pero cuya intervención no es indispensable para que éste se desarrolle normalmente [13]. En el proceso penal nacional pueden intervenir el actor civil, el actor social y el tercero civil; los dos primeros, ligados a la acción civil *ex delicto* como parte acusadora, que tiene como función instar ante el juez la reparación civil; el último, también ligado a la acción civil *ex delicto* como parte acusada, que tiene función responder conjuntamente con el imputado al pago de la reparación civil.

3. CARÁCTER DE SU INTERVENCIÓN

Antonio LORCA NAVARRETE, entre otros, precisa que las partes, atendiendo al carácter con la que actúan, pueden ser oficiales o públicas y particulares o privadas. Esta clasificación responde a la naturaleza de la intervención que les respecta: en interés del Estado o de un interés particular [14].

La parte pública por excelencia es el Ministerio Público. Es de tener muy en claro que el Procurador Público (art. 47º Const.) defiende los intereses privados de contenido patrimonial del Estado y, como tal, puede intervenir como parte acusadora, instando el pago de la reparación civil en favor del Erario Público, o como parte acusada en defensa del Estado, a quien se le reclama responsabilidad civil por el delito cometido por el imputado.

Las partes privadas son todas aquellas que comparecen en el proceso para defender intereses privados, v. gr.: imputado y su defensor (no hay que desconocer que si bien defiende su derecho a la libertad, éste es de jerarquía constitucional, de suerte que su defensa rebasa el mero interés privado del agente), actor civil, actor social y tercero civil.

---

[13] ALMAGRO NOSETE: *Instituciones de Derecho Procesal. Proceso Penal*, cit., T. III, (*Proceso penal, I*), p. 86.

[14] LORCA NAVARRETE, Antonio: *Derecho procesal penal*, Tecnos, Madrid, 1986, p. 60.

CAPÍTULO IX
LAS PARTES ACUSADORAS

SUMARIO: **I.** El Ministerio Público: 1. Concepto. 2. Legitimación. 3. Principios institucionales. 4. Intervención en el proceso penal. **II.** La Policía. **III.** El acusador privado. **IV.** El actor civil: 1. Concepto. 2. Actuación procesal. **V.** El actor social.

I. EL MINISTERIO PÚBLICO

1. CONCEPTO

El Ministerio Público, institución que es herencia del Iluminismo, es concebido en el art. 158º de la Constitución nacional como un órgano autónomo, extrapoder, cuya principal misión es la de pedir que se realice la función jurisdiccional y que se haga con arreglo al principio de legalidad (art. 159º.1 Const.). Se trata de una función postulante o requiriente, pero en ningún caso decisoria; el Fiscal pide que el órgano jurisdiccional juzgue, que realice su función, pero no juzga [15].

Es de tener en cuenta que, como enseña GIMENO SENDRA, en la medida que la primera y más importante de las funciones del Ministerio Público es la promoción de la acción de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses públicos tutelados por el derecho, para la adecuada asunción de dicha función precisa el Ministerio Público "de la autonomía funcional e imparcialidad suficiente que le permitan solicitar la

[15] SANCHÍS CRESPO, Carolina: *El Ministerio Fiscal y su actuación en el proceso penal abreviado*, Comares, Granada, 1995, p. 28.

desinteresada aplicación del Derecho objetivo" [16]. Lo expuesto significa que el Ministerio Público eurocontinental, sostiene ROXIN, no fue concebido para cumplir una función unilateral de persecución, como es del caso con el acusador del proceso angloamericano, sino para ser *custodio de la ley* [17].

La Constitución y la Ley Orgánica del Ministerio Público confieren a esta institución pública un conjunto de funciones específicas radicadas en la promoción de la acción de la justicia en defensa de los intereses públicos tutelados por la ley. Desde esta perspectiva se entiende que el Ministerio Público es un órgano a través del que se reconduce el interés general en mantener o restablecer, en su caso, el orden jurídico. Desde la función propiamente penal asignada a la Fiscalía, se le ha impuesto la titularidad del ejercicio de la acción penal pública (persecución del delito, art. 159º.5 Const.) y, sobre todo, la conducción de la investigación del delito desde su inicio, asumiendo al efecto la dirección jurídico funcional de la actividad policial (art. 159º.4).

Dos son los caracteres esenciales del Ministerio Público en el proceso penal, según detalla MONTERO AROCA: es una parte, si bien público, que responde a la idea de que el delito afecta a toda la sociedad, estando ésta interesada en su persecución, y su actuación ha de basarse en la legalidad [18].

La función persecutoria que la Constitución encomienda al Fiscal, destinada a la aplicación del derecho penal a los infractores de las normas jurídico–penales, permite construir un proceso penal esencialmente acusatorio. Al atribuir al Ministerio Público la titularidad de la acción penal en régimen de monopolio: el Poder Judicial no puede recibir denuncias de ninguna otra procedencia, y entregarle la conducción de la etapa de investigación o instrucción, la Ley Fundamental sencillamente ha sustraído a los jueces la función de acusar, que de esta forma recupera en esencia su exclusiva función juzgadora, con lo que constitucional-

---

[16] En: MORENO CATENA, Víctor; ALMAGRO NOSETE, José; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín; GIMENO SENDRA, Vicente: *El nuevo proceso penal: Estudios sobre la Ley Orgánica 7 / 1988*, Tirant lo blanch, Valencia, 1989, p. 66.

[17] ROXIN, Claus: «Posición jurídica y tareas futuras del Ministerio Público», en: AA.VV.: *El Ministerio Público en el proceso penal*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1993, p. 40.

[18] MONTERO AROCA, Juan: *Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón*, Tirant lo blanch, Valencia, 1997, p. 50.

mente se clausura la posibilidad de construir o permitir el funcionamiento de un sistema inquisitivo. El sistema acusatorio exige, como es obvio, que alguien inste la constitución de un proceso penal, que la actividad jurisdiccional se promueva externamente al propio Poder Judicial y que, por tanto, queden separadas las funciones de acusar y de juzgar; si bien el Ministerio Público es un órgano estatal que desarrolla una función pública, ello permite diferenciar al interior del Estado esas dos funciones y evitar que un mismo órgano concentre ambos roles.

La Corte Suprema, asumiendo lo últimamente expuesto, ha sentado la doctrina jurisprudencial siguiente: "si el Fiscal omite pronunciarse sobre la situación jurídica de un detenido y no formaliza denuncia contra él, pese a existir evidencias preliminares en su contra, sólo se instará la promoción de la acción penal si el Fiscal superior jerárquico lo dispone" [19], lo que revela la absoluta separación entre perseguir el delito y juzgarlo.

El Ministerio Público debe ser visto desde una doble perspectiva. GÓMEZ ORBANEJA enseña que el Fiscal *formalmente* es parte, y como tal figura en el proceso promoviendo la acción penal, aportando pruebas, ejercitando los recursos, etc.; y, que *materialmente*, representa el interés públicos, no parcial, de la realización de la justicia, el cual tanto puede contraponerse como coincidir con el de la defensa, es decir, puede acusar afirmando la pretensión punitiva del Estado o puede, a la luz de las actuaciones sumariales, requerir el sobreseimiento de la causa o, abierto el juicio oral, retirar la acusación [20]. Ello significa que el Ministerio Público debe salvaguardar el interés de la sociedad en el proceso (art. 159º.3 Const.) según el orden jurídico vigente [21].

Es de tener en cuenta que algunos derechos, como el francés (al igual que el nuestro), admiten la diferenciación funcional del Fiscal en atención a que éste actúe como parte o como autor de un dictamen, esto es, entre Fiscal–parte y Fiscal–dictaminador [22].

---

[19] Ejecutoria suprema de 26 de octubre de 1990, Exp. Nº 57–90, Lima (*Normas Legales*, T. 206, julio, 1993, pp. 320–321).

[20] GÓMEZ ORBANEJA / HERCE QUEMADA: *Derecho procesal penal*, cit., p. 70.

[21] BELING, Ernst: *Derecho procesal penal*, Labor, Barcelona, 1945, p. 105.

[22] MARCHENA GÓMEZ, Manuel: *El Ministerio Fiscal: Su pasado y su futuro*, Marcial Pons, Madrid, 1992, p. 176.

2. LEGITIMACIÓN

En el proceso penal el Ministerio Público, por su propia configuración institucional y encargo funcional, se le reconoce capacidad procesal y postulación. El art. 11º de la LOMP establece que el Ministerio Público es el titular de la acción penal pública, la que ejercita de oficio, a instancia de la parte agraviada o por acción popular. Además, por imperio de los arts. 1º de la LOMP y 92º del Código Penal, conjuntamente con la acción penal exige el pago de la reparación civil (acción civil *ex delicto*). Los fiscales, en cuanto miembros del Ministerio Público, que es un órgano estatal configurado para la persecución penal, están legitimados para actuar en representación de la sociedad y perseguir el delito.

La Corte Suprema, diferenciando la legitimación del Fiscal del Procurador Público, ha señalado que "... si bien el Ministerio Público tiene la representación de la sociedad en el juicio, tal representación sólo lo es para los efectos de defender a la familia, a los menores e incapaces y al interés social, pues es un organismo autónomo cuyas principales funciones son la defensa de la legalidad, los derechos ciudadanos y los intereses públicos (...); que esa representación del ente social abstracto no comprende la que concretamente tiene el Procurador respecto de los intereses jurídicos que el Estado tiene como sujeto de derecho y obligaciones y al cual representa en juicio ..." [23].

En esa perspectiva, el art. 58º del Código de 1991 precisa que corresponde a los Fiscales investigar los delitos, bajo el objetivo de alcanzar la verdad concreta sobre el caso (art. 65º), así como acusar a sus autores o partícipes y dictaminar en los pedidos de libertad, en las cuestiones previas, excepciones y cuestiones prejudiciales, y en los demás casos que determine la ley.

En los denominados "*delitos semipúblicos*", la intervención del Ministerio Público está condicionada, de un lado, a la previa denuncia o autorización expresa de la víctima o del sujeto pasivo de la infracción (v.gr.: delitos tributarios, art. 7º del Decreto Legislativo Nº 813); de otro lado, a la participación previa, mediante un informe técnico, de un órgano de la administración (delitos ecológicos, Ley Nº 2663; delitos de abuso de

[23] Ejecutoria suprema de 16 de febrero de 1982, Exp. Nº 169–81, Lima (TARAMONA, José R.: *Compendio de ejecutorias supremas*, Jamse Editores, Lima, 1982, T. II, pp. 55–56).

poder económico, Decreto Legislativo Nº 807; delitos contra los derechos intelectuales, Decreto Legislativo Nº 822; y, delitos sobre competencia desleal, Decreto Ley Nº 26122).

El fiscal carece de legitimación: **1.** En los delitos privados. Por imperio del Código Penal, se trata de los siguientes delitos: **a)** de lesiones culposas leves, art. 124º, primer párrafo; **b)** contra el honor personal, art.138º; **c)** contra la intimidad, art. 158º; y, **d)** determinados delitos sexuales, art. 178º. El art. 376º del Código rituario de 1991 incluye expresamente los delitos de violación cometidos sin armas y de manera individual, seducción, ofensas al pudor público, contra la intimidad y otros que señale la ley como de ejercicio privado de la acción penal. **2.** En la totalidad de las faltas (art. 440º.6 del CP).

3. Principios institucionales

La actividad del Ministerio Público se estudia a través de dos apartados esenciales. El primero, referido a los requisitos de actuación; y, el segundo, a los requisitos–garantía.

A. Requisitos de actuación

El Ministerio Público debe actuar bajo los principios de legalidad y de imparcialidad. Así lo imponen los arts. 4º, primer párrafo, y 19º de la LOMP, así como los numerales 41º del Código de 1940 y 50º y 51º del Código de 1991.

El Fiscal, en cuanto al *principio de legalidad*, debe actuar con respeto a las disposiciones del ordenamiento jurídico y en el solo interés de la ley. La defensa de este principio, precisa Gimeno Sendra, la efectúa mediante el cumplimiento de la obligación, que le asiste, de ejercitar la acción penal [24]. Sobre el particular, los arts. 11º de la LOMP y 60º del Código de 1991 precisan que los Fiscales se rigen únicamente por la ley. Es de destacar que el ejercicio de la acción penal está sometido, en principio, a la más estricta legalidad, por lo que la omisión, suspensión, interrupción o extinción de la misma sólo procede en los casos taxativamente permitidos por la ley (art. 61º del Código de 1991). Dos disposiciones avalan esta línea sustancial: **a)** el art. 2º del citado Código que, como

[24] En: Moreno Catena *et. al.*: *El nuevo proceso penal*, cit., p. 68.

excepción, permite en determinados supuestos –falta de necesidad y falta de merecimiento de pena– la abstención del Fiscal de promover la acción penal; y, **b)** el art. 78º del Código Penal, que hace posible que el Fiscal no insista en la persecución penal en dos supuestos de extinción de la acción penal: **1.** Por muerte del imputado, prescripción y amnistía; y, **2.** Por autoridad de cosa juzgada.

En lo atinente al *principio de imparcialidad*, el Fiscal debe actuar con plena objetividad e independencia en defensa de los intereses que le están encomendados; no debe tener ningún interés, subjetivo ni objetivo, en la dilucidación de un caso determinado. Cualquier motivo de sospecha de un interés concreto, distinto de la persecución objetiva del delito, obliga al Fiscal a excusarse de la causa y, en su caso, posibilita que las demás partes puedan recusarlo (supuesto del Código de 1991). Es obvio que en el caso de la legislación vigente, si el Fiscal no se excusa del conocimiento de una causa pese a existir motivos fundados de duda sobre su imparcialidad, quien se considere lesionado por ese comportamiento puede acudir al Fiscal Superior a fin de que ejerza las medidas disciplinarias y, en su caso, lo aparte del conocimiento del caso (arts. 13º, 19º y 26º de la LOMP).

De ambos principios se concluye que el Ministerio Público, a pesar de estar incluido dentro de las partes acusadoras, no en todos los procesos está obligado a presentar una acusación contra determinada persona, sino que, cuando proceda, "pedirá" su absolución [25].

B. Requisitos–garantía

Según nuestra Constitución, art. 158º, los Fiscales gozan de los mismos derechos, prerrogativas, obligaciones e incompatibilidades que los Jueces; además su nombramiento está sujeto a requisitos y procedimientos idénticos que a los miembros del Poder Judicial en su respectiva categoría. En cuanto a los derechos, es de destacar el derecho a la inamovilidad, "... que consiste en no poder ser separado, suspendido, trasladado, ni jubilado sino por alguna de las causas y con las garantías previstas en la ley" [26]; el cual puede configurarse de modo absoluto o

[25] MUERZA ESPARZA: *Derecho procesal penal*, cit., p. 135.

[26] SANCHÍS CRESPO: *El Ministerio Fiscal y su actuación en el proceso penal abreviado*, cit., p. 33.

relativo, según comprenda el cargo y el concreto destino o puesto de trabajo (absoluto) o sólo el primero (relativo). En el Perú las tendencias actuales, aunque creemos sin una correcta base legal, han ido evolucionando de un criterio absoluto a uno relativo, que permite a los órganos de gobierno cambiar discrecionalmente de puesto de trabajo o destino a un Juez o Fiscal.

Si bien existe este mismo conjunto de garantías entre Jueces y Fiscales, que abarcan tanto la inamovilidad cuanto las incompatibilidades y prohibiciones, ello no significa sin embargo que exista plena igualdad entre ambas categorías de magistrados. Es de entender que la autonomía del Ministerio Público, a diferencia de la independencia judicial, funciona no individualmente respecto de cada Fiscal sino del conjunto de la institución cuya presidencia radica en el Fiscal de la Nación; es, como apunta MORENO CATENA siguiendo a GIMENO SENDRA, una independencia colectivamente reflexionada, frente a la independencia judicial, que, por su naturaleza, es individual o "difusa" [27].

Aun cuando esta noción de independencia tiene diferencias con la estrictamente judicial, sin embargo permite rechazar aquel viejo principio francés, de corte administrativo, de la Unidad e Indivisibilidad del Ministerio Público, puesto que éste, aparte de ser funcional a la defensa de intereses político–administrativos, exige que el inferior solicite instrucciones concretas el superior, obligación de cumplirlas y, consecuentemente, desaparición de la responsabilidad del que las obedece, a la vez que constituye un obstáculo a la inamovilidad y una sumisión en lo estrictamente funcional, no sólo en lo disciplinario [28].

Esto último es lo que legitima, en su momento, dos criterios de actuación interna del Ministerio Público: la dependencia jerárquica –no funcional– y la unidad de actuación. El art. 5º de la LOMP establece que los Fiscales actúan independientemente en el ejercicio de sus atribuciones –lo que constituye el reconocimiento de la independencia funcional–, pero son un cuerpo jerarquizado y, en tal virtud, deben sujetarse a las instrucciones que pudieren impartirles sus superiores. Estas directi-

[27] En: MORENO CATENA *et. al.*: *El nuevo proceso penal*, cit., p. 67.

[28] FAIRÉN GUILLÉN, Víctor: *La reforma procesal penal, 1988–1992*, EDERSA, Madrid, 1992, pp. 164–171.

vas o circulares, que en puridad limitan la autonomía funcional del Fiscal, sin embargo no pueden referirse a puntos concretos o específicos de casos particulares, sino a aspectos generales de política jurídica de la institución, pues de lo contrario se tergiversaría la orientación propia del Fiscal hacia la Verdad y la Justicia. HURTADO POZO sostiene, con razón, que el Fiscal de la Nación no está facultado para dar directivas o mandatos a los demás fiscales en relación con casos concretos, las cuales deben tener un carácter técnico y científico para el mejor gobierno del organismo y para orientar la actividad de los demás fiscales [29].

Las instrucciones del Superior y consiguiente obediencia jerárquica de los Fiscales inferiores, están justificadas –apunta Gustavo BRUZZONE– en la necesidad de unificar criterios de interpretación de la ley y de racionalizar los recursos para la persecución de los delitos, estableciendo criterios de priorización de asuntos [30].

Por lo demás, la vinculación legítima a las instrucciones existe, postula ROXIN, sólo en dos ámbitos: en los casos del principio de oportunidad y en los interrogantes técnico–tácticos de la persecución penal; en las decisiones de oportunidad se está ante un problema jurídico–político y no exclusivamente jurídico, y en las cuestiones técnico–tácticas se discuten la practicabilidad y la efectividad de la función del Ministerio Público y no de una orientación hacia la verdad y la objetividad [31]. Desde esta perspectiva, las directivas o instrucciones están en función a la regulación de la actuación de los fiscales en los aspectos estrictamente funcionales vinculados al mejor desenvolvimiento de la función persecutoria constitucionalmente asignada. Así tenemos, por ejemplo, los criterios esenciales para aplicar el principio de oportunidad, las pautas mínimas que deben seguirse en orden a los procesos transaccionales y por colaboración eficaz, las vías necesarias respecto a la persecución de determinados delitos o de obtención de fuentes y medios de prueba, etc.

La legitimidad de las instrucciones, siguiendo a BRUZZONE, exige que el órgano que las dicte debe ser: a) el autorizado legalmente para ello

---

[29] HURTADO POZO, José: *El Ministerio Público,* EDDILI, Lima, 1981, p. 85.

[30] BRUZZONE, Gustavo: «Las llamadas "instrucciones de los fiscales"», en: *Pena y Estado. Revista Latinoamericana de Política Criminal,* Año 2, Nº 2 (dedicada al Ministerio Público), Buenos Aires, 1997, pp. 223 y 225.

[31] ROXIN: «Posición jurídica y tareas futuras del Ministerio Público», cit., p. 46.

(competencia formal); **b)** debe hacerlo justificando la necesidad del dictado de la instrucción (competencia material); **c)** nunca deben contravenir disposiciones legales; **d)** como actos administrativos, las instrucciones deben ser escritas, públicas y de conocimiento general por la publicación respectiva. Las instrucciones secretas, en privado y/o de alcance al caso concreto, constituyen en rigor *instigación a la comisión de un delito* [32]. Las instrucciones *contra jus* no deben ser obedecidas [33].

4. INTERVENCIÓN EN EL PROCESO PENAL

El Ministerio Público tiene una trascendental intervención en todo el curso del proceso penal en su condición de titular de la acción penal y responsable de la carga de la prueba. El art. V del Título Preliminar del Código de 1991, ratificando lo dispuesto en los arts. 11º y 14º de la LOMP, señala que la Fiscalía tiene la responsabilidad del ejercicio público de la acción penal y el deber de la carga de la prueba, a la vez que le reconoce la dirección de la investigación y su ejercicio con plenitud de iniciativa y autonomía. En ese orden de ideas, es de destacar que la nueva Constitución, aumentando las atribuciones de la LOMP, asignó a la Fiscalía, tanto la conducción de la investigación del delito cuanto la dirección jurídico funcional de la policía. Es de recordar que el Ministerio Público como promotor de la justicia le compete la defensa de la legalidad y de la independencia judicial.

A. Poder de dirección jurídico–funcional de la Policía

La investigación del delito, desde su inicio, está constitucionalmente atribuida al Ministerio Público. Con esa finalidad, el Fiscal puede requerir el apoyo e intervención de la policía, la cual, en lo estrictamente funcional, está obligada a obedecer sus órdenes. Esta conducción, en buena cuenta y por una serie de razones (psicológicas, técnicas y financieras, entre otras), se ha limitado, como apunta Jürgen BAUMANN, a la dirección y la vigilancia jurídica de las investigaciones. Por lo general, los casos que exigen por un lado conocimientos jurídicos especiales y, por el otro, medios materiales y personales de menor cuantía, son averiguados por

---

[32] BRUZZONE: «Las llamadas "instrucciones de los fiscales"», cit., p. 224.

[33] Ni siquiera el derecho militar, acota BELING, exige obediencia ciega ante órdenes antijurídicas (*Derecho procesal penal*, cit., p. 105).

el mismo Ministerio Público, v.gr.: en casos de perjurio, penales–económicos, etc., en que es posible trabajar desde el escritorio [34].

Inicialmente, el art. 9º de la LOMP, de conformidad con lo dispuesto en el art. 250º.5 de la Constitución de 1979, limitó la relación del Ministerio Público con la Policía a la vigilancia e intervención en la investigación del delito en la etapa policial. La intervención se limitaba a una orientación en cuanto a las pruebas necesarias para el debido esclarecimiento de los hechos y la vigilancia se circunscribía en el control del cumplimiento de las disposiciones legales en orden a la investigación, v. gr.: respeto de los derechos de los imputados, provisión de una adecuada defensa para los detenidos (arts. 10º y 64º.1, LOMP), legalidad de las medidas instrumentales restrictivas de derechos, etc.

Con la nueva Constitución la relación Fiscalía–Policía alcanzó no sólo un nivel de coordinación y vigilancia, sino de dirección o conducción (que son conceptos equivalentes). A este efecto, el art. 65º del Proyecto de Código de 1995 reconoce, *primero*, un efectivo poder de dirección de la Fiscalía en la investigación de todo delito perseguible de oficio (el art. 111º del Proyecto inclusive llega a establecer que tan pronto la policía tenga conocimiento de un delito lo comunicará de inmediato al Fiscal Provincial); *segundo*, una facultad para disponer que la Policía realice una investigación preliminar (el art. 110º del Proyecto precisa que tal investigación se realizará "en caso de duda sobre la procedencia de la apertura de investigación con la finalidad de decidir si hay lugar o no al ejercicio de la acción penal ..."); y, *tercero*, en este último caso, la obligación de cursar directivas precisas a la Policía, que deben ser cumplidas irremediablemente, en orden al objeto de la investigación y a las formalidades específicas que deberán reunir los actos de investigación encomendados, a fin de garantizar su validez jurídica.

B. La investigación del delito

El Fiscal es el encargado de ejercitar o promover la acción penal, de oficio o a instancia del agraviado o por cualquiera del pueblo. Antes de hacerlo, inclusive, puede disponer la realización de una investigación policial previa o una comprobación preliminar directa (arts. 104º y 113º del Código de 1991 y numeral 94º.2 de la LOMP).

[34] BAUMANN, Jürgen: *Derecho procesal penal*, Depalma, Buenos Aires, 1986, p. 167.

Una vez que ha promovido la acción penal el Fiscal, en los casos del Código de 1940, debe: **1.** Intervenir en todos los actos de investigación. **2.** Proponer la prueba pertinente. **3.** Interponer los recursos que correspondan. **4.** Solicitar el embargo y demás medidas cautelares y restrictivas de derechos. **5.** Requerir el reconocimiento médico legal del imputado en los supuestos de sospecha de anomalía psíquica grave. **6.** Solicitar la transferencia de competencia. **7.** Exigir que se observen los plazos en la ley. **8.** Dictaminar en los supuestos de cuestiones de competencia, recusación o inhibición, acumulación y desacumulación de causas, cuestiones previas y prejudiciales, excepciones, incidentes de embargo y constitución en parte civil, y libertades provisional e incondicional (arts. 94º y 95º de la LOMP).

El Código de 1991 confiere al Ministerio Público la dirección de la investigación del delito (art. 65º), bajo una limitada vigilancia judicial en los términos prescritos en el art. 56º (retraso o irregularidades en la tramitación de la causa, que justifican –de no aceptar el requerimiento judicial– la comunicación al Fiscal Superior, para que procede disciplinariamente). Como tal, una vez emitido el auto de apertura de investigación, aprobado judicialmente, le corresponde realizar las diligencias de investigación que considere adecuadas al caso. Las decisiones jurisdiccionales que debe pedir al Juez Penal están señaladas en el art. 55º, incs. 2 al 4, esto es, las referidas a cuestiones previas, excepciones, cuestiones prejudiciales, medidas coercitivas y excarcelaciones o libertades.

El Fiscal, en principio, no tiene facultades coercitivas en el proceso penal. El art. 67º del Código de 1991, en aras de la efectividad de la investigación penal, le permite disponer la conducción compulsiva por la policía del omiso a declarar o concurrir a una citación fiscal; tal restricción es, sin embargo, mínima, por cuanto se limita a la puesta a disposición de la Fiscalía al omiso, quien no puede estar en esa condición, de retenido, más de 24 horas, en que se levantará indefectiblemente esa medida. De otro lado, en los casos de urgencia y peligro por la demora, circunscritos a las medidas de intervención de la correspondencia, secuestro de cosas y de clausura, vigilancia e inmovilización de locales o cosas muebles, el Fiscal puede disponer su ejecución con cargo a solicitar inmediatamente una resolución confirmatoria al Juez Penal (arts. 155º, 160º y 171º).

C. Conclusión de la investigación y etapa intermedia

Corresponde al Ministerio Público determinar, al final de la investigación, si la causa debe ser sobreseída o pasar a juicio oral. Sólo cuando el Fiscal formula acusación es dable que el juez dicte el auto de enjuiciamiento. Si el Fiscal pide el sobreseimiento de la causa, el juez eventualmente, si no está de acuerdo con el requerimiento fiscal, iniciará el procedimiento para forzar la acusación acudiendo al control jerárquico; la decisión del Fiscal Superior es definitiva al respecto. La acusación determina el objeto del proceso y, por parte del Fiscal, detalla los medios de prueba que deben actuarse en el juicio oral.

D. El juicio oral y el procedimiento recursal

La posición del Fiscal en el juicio oral, en virtud del principio de igualdad de armas, no es mucho más sólida que la del acusado y su defensor, así como del resto de las partes privadas. Comparte con la defensa el derecho a preguntar, tiene el interrogatorio directo y puede requerir pruebas. Al finalizar el debate propiamente dicho, tiene la posibilidad de retirar la acusación, ratificar la acusación escrita o pedir una acusación ampliatoria. Emitida la sentencia puede, si considera ilegal el fallo, interponer el correspondiente recurso impugnatorio.

II. LA POLICÍA

La Constitución incardina a la Policía dentro del Poder Ejecutivo y entre las variadas funciones que le reconoce se encuentra la investigación del delito, la cual sin embargo, como ya se expuso, está sujeta a la conducción del Ministerio Público. Desde esta perspectiva es exacto sostener, conjuntamente con GÓMEZ COLOMER, que es el órgano ayudante de más importancia y que está obligada a ayudar al Ministerio Público en su misión de persecución del delito [35].

Esta actividad de investigación, es estrictamente jurídica, en cuanto está reglada por normas rígidas del derecho positivo, que excluyen la posibilidad de que tengan poderes discrecionales los funcionarios que las cumplen [36].

---

[35] GÓMEZ COLOMER: *El proceso penal alemán,* cit., p. 73.

[36] VÉLEZ MARICONDE, Alfredo: *Derecho procesal penal,* Marcos Lerner-Editora Córdoba, Córdoba, 1986, T. I, p. 261.

En tanto la *Policía Judicial* está legalmente concebida como instrumento necesario para el desarrollo de la actividad judicial, su configuración institucional, como señala MORENO CATENA, importa una doble dependencia de sus miembros: dependencia funcional del Ministerio Público y dependencia orgánica del Poder Ejecutivo a través del Ministerio del Interior [37]. Esto último ha generado una fuerte corriente de opinión en el sentido que la organización policial debe diferenciar la *Policía Judicial* de la *Policía de Seguridad*, en la medida que –como precisan VIADA–ARAGONESES– esta última realiza una función de autotutela necesaria para prevenir y sofocar la actuación ilícito que ponga en peligro la seguridad jurídica, mientras que la función auxiliar de la Policía Judicial tiende a preparar la actuación del Derecho, obra sobre un hecho ya acabado, se inspira en criterios de legalidad y es por ello una función auxiliar del Poder Judicial [38].

La Policía, en su función represiva, propiamente de *Policía Judicial*, es considerada un órgano para la investigación y esclarecimiento de los delitos [39]. Corresponde a la Policía Judicial investigar los delitos públicos actuando inmediatamente, a fin de comprobar su comisión y descubrir a los delincuentes –deteniéndolos si mediare flagrancia delictiva–, a cuyo efecto está facultada tanto a recoger todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro, poniéndolos a disposición judicial, cuanto a iniciar la correspondiente actividad pericial –a través de sus laboratorios científicos– en los casos que resultare procedente, para ofrecerla con el resto de la investigación [40].

El art. 59º del Código de 1940 sanciona expresamente que la actividad policial es de auxilio a la administración de justicia y consiste en la investigación de los delitos y faltas y en el descubrimiento de los responsables, a quienes debe ponerlos a disposición judicial conjuntamente con los elementos de prueba y efectos de que se hubiese incautado. Los arts. 64º y 65º estipulan que la Policía proporciona auxilio a la justicia

---

[37] En: MORENO CATENA *et. al.*: *El nuevo proceso penal*, cit., p. 50.

[38] VIADA / ARAGONESES: *Curso de Derecho procesal penal*, cit., T. I, p. 117.

[39] TIEDEMANN en: ROXIN, Claus, ARTZ, Günther y TIEDEMANN, Klaus: *Introducción al Derecho penal y al Derecho procesal penal*, Ariel, Barcelona, 1989, p. 181.

[40] ESCUSOL BARRA, Eladio: *Manual de Derecho procesal penal*, Colex, Madrid, 1993, p. 619.

realizando las pericias criminalísticas y las citaciones y detenciones necesarias para la comparecencia de los acusados, testigos y peritos (art. 64º).

En atención a lo últimamente expuesto es de insistir, como señala José JIMÉNEZ VILLAREJO [41], que no es posible concebir **(1)** que si la labor policial de indagación del delito y sus circunstancias está fundamentalmente orientada a hacer posible que la respuesta judicial al delito sea exactamente la adecuada; **(2)** que si el aseguramiento del delincuente tiene la finalidad de ponerlo a disposición del juez competente y colocarlo en condiciones de servir como objeto de prueba y de actuar como sujeto pasivo de la de la relación jurídico–procesal; y **(3)** que si la recogida de las pruebas de la Policía es sólo el inicio de una actividad instructora con la que se pretende nutrir el procedimiento de datos veraces y correctamente obtenido: que tales tareas puedan llevarse a cabo por una organización no sometida a la dependencia de la autoridad judicial [en nuestro país, del Ministerio Público].

El conjunto de la actividad de averiguación de la Policía debe volcarse en un *Atestado Policial* (art. 60º), que al decir de PRIETO–CASTRO Y FERRÁNDIZ, es el principal medio de aportación de datos de investigación [42], el mismo que debe: **a)** incorporar todos los datos que hubiere recogido; **b)** indicar las características físicas de los imputados presentes o ausentes, apodo, ocupación, domicilio real, antecedentes y otros necesarios para la identificación; **c)** anexar las pericias que hubieren practicado; **d)** estar autorizado por el funcionario policial que haya dirigido la investigación y suscrito por las personas que hubieran intervenido en las diversas diligencias; y, **e)** estar acompañado de los detenidos y efectos relativos al delito (arts. 60º, 61º y 63º).

En iguales términos se pronuncia el art. 111º del Código de 1991 agregando tres rubros muy puntuales: **i)** la resolución del Fiscal acerca de la detención del investigado, lo que importa un control de la legitimidad de la medida policial *ex officio*; **ii)** la comunicación de la policía dando cuenta de la denuncia recibida en sus dependencias (o de su primera

[41] JIMÉNEZ VILLAREJO, José: «La policía judicial: Una necesidad, no un problema», en: *Justicia Penal*, Nº II (Especial), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1987, p. 180.

[42] PRIETO–CASTRO Y FERRÁNDIZ, Leonardo y GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Eduardo: *Derecho procesal penal*, Tecnos, Madrid, 1982, p. 170.

intervención si la actuación policial es de oficio); y, **iii)** las directivas que sobre la investigación preliminar policial hubiera cursado el Fiscal.

Corresponde, en todo caso, al Fiscal conducir dicha investigación preliminar y, en su caso, disponer su continuación o cese, en tanto se entiende que la actividad policial se realiza *a prevención*: asegurar o reunir prestamente los elementos de convicción y evitar a fuga u ocultación de los sospechosos; y como dice TIEDEMANN, como facultad de urgencia, forzada por la necesidad de una primera intervención de la policía, lo que resulta de su "mejor dotación técnica y también personal" [43].

El Código de 1991 ratifica lo dispuesto por el Código anterior y, desarrollando la LOMP y la Constitución, enumera las siguientes atribuciones y facultades policiales:

1. Autoriza al Fiscal a requerir el auxilio de la policía cuando estime conveniente hacer una indagación, previa al inicio del delito (art. 104º).

2. Faculta al Fiscal, cuando lleva a cabo la primera intervención en el teatro de los hechos, a ordenar a la Policía a que practique las primeras averiguaciones (art. 107º, segundo párrafo).

3. Obliga a la Policía a comunicar, tan pronto tenga noticia de la comisión de un delito de persecución pública, a ponerlo en conocimiento del Fiscal, sin perjuicio de realizar las primeras diligencias de urgencia.

4. Enumera un conjunto de facultades y atribuciones de la Policía cuando lleva a cabo una investigación preliminar, sea de oficio o por comisión del Fiscal, siendo de destacar: **a)** la recepción de denuncias; **b)** la vigilancia y protección del lugar de los hechos; **c)** el registro personal de presuntos sospechosos y el auxilio a las víctimas; **d)** la recogida y conservación de los objetos e instrumentos del delito; **e)** la identificación de los autores y partícipes del delito; **f)** la toma de declaración a los testigos; **g)** la realización de diligencias de investigación de carácter técnico o científico; **h)** la detención en flagrancia de los presuntos sospechosos; **i)** la inmovilización de los documentos y demás elementos materiales útiles a la investigación; **j)** el allanamiento de locales de uso público o abiertos al público; **k)** el secuestro de bienes en caso de flagrancia delictiva o peligro inmediato de su perpetración; **l)** la toma de declaración

[43] En: ROXIN *et. al.*: *Introducción al Derecho penal y al Derecho procesal penal*, cit., p. 181.

del presunto autor o partícipe, siempre que el Fiscal no se haya constituido al local policial antes de las veinticuatro horas o cuando aquéllos se hallen en situación de grave peligro.

5. Encarga a la Policía la protección de testigos y de las pruebas; la realización de las notificaciones a los agraviados, testigos y peritos, cuyos domicilios por razones de seguridad pueden mantenerse en reserva; la centralización de información sobre el proceder de los grupos de criminalidad violenta y las órdenes fiscales y judiciales; y, la ejecución de investigaciones especiales, por especial comisión de Fiscales y Jueces, sean de naturaleza ampliatoria, de seguridad o de inteligencia (art. 110º).

6. Impone al Fiscal un deber de analizar la legalidad de la detención del imputado. Si constata que ésta es ilegítima o desproporcionada, puede disponer la inmediata libertad del detenido. En caso de detención en los supuestos exceptuados la Policía está sujeta a un doble control: del fiscal y, fundamentalmente, del juez (art. 109º).

III. EL ACUSADOR PRIVADO

El acusador privado, como apunta MORENO CATENA, es la parte acusadora necesaria en los procesos penales por hechos delictivos perseguibles sólo a instancia de parte, en los que queda excluida la intervención del Ministerio Público [44].

Como ya se ha precisado, los delitos denominados impropiamente *privados* se encuentran taxativamente enumerados en el Código Penal. Se trata de los delitos contra el honor personal, contra la intimidad, lesiones leves culposas y determinados delitos sexuales. En ellos no interviene el Ministerio Público y se persigue mediante el procedimiento impropiamente denominado de "*querella*" (arts. 302º del Código de 1940 y 376º del Código de 1991).

La persecución de estos delitos, acota MONTERO AROCA, depende no sólo de la voluntad del ofendido, sino de que ésta se manifiesta precisamente por medio de querella. El agraviado, en este caso, es el titular único de la acción penal, tanto respecto de la incoación del proceso

[44] En: GIMENO SENDRA, Vicente; MORENO CATENA, Víctor; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín: *Derecho proceso penal*, Colex, Madrid, 1996, p. 175.

como de su sostenimiento a lo largo del mismo [45]. La querella de la víctima significa no sólo poner en conocimiento de la autoridad judicial la comisión de un hecho delictivo en su agravio sino la voluntad de perseguirlo y lograr la sanción del presunto responsable.

En estos procedimientos vinculados al ejercicio privado de la acción penal, además de que la acción está condicionada a la voluntad del agraviado y se realiza mediante querella, hace falta que éste mantenga la acusación a lo largo de todo el proceso [46].

La legitimación está concedida exclusivamente al agraviado, salvo que no estuviere en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, en cuyo caso actuaría quien lo represente legalmente. Finalmente, la condición de *acusador privado* se pierde, primero, cuando expresamente se aparte de la querella (desistimiento o transacción) o la hubiera abandonado tácitamente (abandono o perención de la instancia). Corresponde al acusador privado instar las actuaciones judiciales correspondientes y la práctica de las diligencias necesarias para sostener su acusación, a la par que intervenir en el todo el curso del procedimiento.

La Corte Suprema ha reconocido expresamente la figura del *acusador privado* en los delitos privados, sosteniendo que el querellante tiene que ser siempre parte en la causa porque es un acusador privado que insta el procedimiento, su actividad está vinculada al progreso de la causa y a la obtención de un resultado final mediante la sentencia definitiva, consecuentemente, debe aceptarse su impugnación sin necesidad que se constituya en parte civil, supuesto que es propio de los delitos públicos [47].

IV. EL ACTOR CIVIL

1. Concepto

Se define al actor civil como aquella persona, que puede ser el *agraviado* o sujeto pasivo del delito, es decir, quien directamente ha sufrido

---

[45] Montero Aroca *et. al.*: *Derecho Jurisdiccional*, cit., T. III (*Proceso penal)*, p. 68.

[46] Muerza Esparza: *Derecho procesal penal*, cit., p. 146.

[47] Ejecutoria suprema de 9 de marzo de 1978, Exp. Nº 99-77, Lima (*Anales Judiciales*, T. LXX, Lima, 1983, p. 377).

un daño criminal y, en defecto de él, el *perjudicado*, esto es, el sujeto pasivo del daño indemnizable o el titular del interés directa o inmediatamente lesionado por el delito, que deduce expresamente en el proceso penal una pretensión patrimonial que trae a causa de la comisión de un delito [48].

Para ser considerado actor civil, el agraviado o el perjudicado deben constituirse expresamente como tal y deducir la correspondiente pretensión patrimonial en el proceso penal. Sin embargo, en el Proyecto de Código de 1995, dentro de la perspectiva de otorgar un mayor reconocimiento a los intereses del agraviado o sujeto pasivo del delito, por el solo hecho de serlo, *en primer lugar*, se le reconocen un conjunto de derechos procesales, tales como: **a)** intervenir en el proceso, previo apersonamiento; **b)** ser informado de los resultados del proceso; **c)** formular solicitudes probatorios; **d)** ser escuchado antes de cada decisión que afecte su derecho; y, **e)** participar en el juicio oral y alegar al finalizar la vista, aunque sin pedir pena ni reparación civil. Sólo está impedido de participar en las diligencias probatorias, absolver traslados, interponer medios impugnatorios y deducir nulidad de actuados (art. 85º). *En segundo lugar*, se impone al Fiscal o al Juez la denominada "*diligencia de ofrecimiento de acciones*", en cuya virtud se reconoce a la víctima el derecho de acceso al proceso penal que se está instruyendo y, por consiguiente, debe informársele "*...sobre sus derechos cuando interponga la denuncia, al declarar preventivamente o en su primera intervención en el procedimiento*" (art. 85º, tercer párrafo). Uno de los derechos que tiene es, sin duda, el de poder constituirse en actor civil y ser parte en el proceso.

Los arts. 54º del Código de 1940 y 82º del Código de 1991 precisan que pueden constituirse en parte civil o actor civil el agraviado, o en su defecto (siempre que el agraviado directo o sujeto pasivo del delito esté imposibilitado de hacerlo: fallecimiento, ausencia o incapacidad) su cónyuge, descendientes, ascendientes, tutor, curador y otra persona que lo represente legalmente. GARCÍA RADA enfatiza al respecto que "faltando el agraviado –por muerte o incapacidad– puede apersonarse el pariente más cercano, según las leyes de la herencia. Si el perjudicado no quisiere constituirse en parte, sus parientes no pueden sustituirlo... la interven-

[48] SOLÉ RIERA, Jaime: *La tutela de la víctima en el proceso penal*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1997, p. 65.

ción de los parientes es subsidiaria de la voluntad del perjudicado, no su reemplazante" [49]. Las personas jurídicas lo hacen por medio de su representante legal y el Estado por el Procurador Público (Decreto Ley Nº 17537). Si hay concurrencia de peticiones, sólo uno puede ser constituido en parte civil, en cuyo caso se acude a las prioridades sucesorias fijadas en el Código Civil.

El Estado es representado por el Procurador Público, conforme al Decreto Ley Nº 17537, salvo cuando se trata de entidades estatales que tienen personería jurídica propia, cuya representación y defensa es realizada por sus propios personeros legales, como es el caso de las municipalidades, de las empresas del Estado y de los Bancos estatales, como el Banco de la Nación [50]. La personería del Procurador Público, al amparo del Decreto Ley Nº 18850, alcanza a la defensa de los intereses y derechos patrimoniales del Estado y al mantenimiento del orden constitucional [51].

El Código Penal exige que conjuntamente con la pena se determine la reparación civil (art. 92º), lo que significa que existe una acumulación obligatoria de la acción penal con la acción civil *ex delicto*. En tal virtud, la Ley Procesal impone al Fiscal la persecución conjunta de la sanción penal con la reparación civil y al Juez le obliga a fijar el monto de la reparación civil cuando dicta sentencia condenatoria cuando se dan los presupuestos materiales que habilitan su imposición (arts. 225º.4 y 285º del Código de 1940 y numerales 260º.5 y 304º del Código de 1991).

A tenor de lo dispuesto en el art. 93º del Código Penal, la responsabilidad civil nacida del delito comprende la restitución, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios materiales y morales [52].

---

[49] GARCÍA RADA, Domingo: *Manual de Derecho procesal penal*, EDDILI, Lima, 1984, p. 97.

[50] Ejecutorias supremas de 2 de noviembre de 1978, Exp. Nº 115–78, Ica (*Revista de Jurisprudencia Peruana*, Nº 420, pp. 89–90); de 15 de abril de 1994, Exp. Nº 933–92–B, Ancash; de 14 de diciembre de 1979, Exp. Nº 1036–79, Lima (*Anales Judiciales*, T. LXXI, Lima, 1979–81, pp. 156–157); de 9 de marzo de 1978, Exp. Nº 676–77, Lima (TARAMONA: *Compendio de ejecutorias supremas*, cit., T. I, pp. 140–141).

[51] Ejecutoria suprema de 19 de abril de 1979, Exp. Nº 48–79, Lima (*Anales Judiciales*, T. LXXI, Lima, 1979–1981, p. 148).

[52] SOLÉ RIERA: *La tutela de la víctima en el proceso penal*, cit., p. 177.

Sin embargo, como se está ante un objeto de derecho privado y que es disponible por su titular, la pretensión civil en sede penal puede o no ser deducida por el agraviado (supuesto de renuncia de la misma o de satisfacción extraprocesal), quien además puede reservar su ejercicio para un proceso civil, sin que a ello obste la obligatoriedad de su persecución e imposición por el Fiscal y el Juez (art. 87º del Código de 1991). Si el agraviado opta por la vía civil ya no puede acudir a la vía penal o viceversa, además tampoco podría acudir simultáneamente a ambas vías, lo que se justifica para evitar precisamente la litispendencia.

2. ACTUACIÓN PROCESAL

La víctima que desea constituirse en actor o parte civil debe presentar, en el caso del Código de 1940, la solicitud oral o escrita correspondiente a la autoridad judicial (art. 55º); y, en el caso del Código de 1991, al Ministerio Público, si la causa está en la etapa de investigación, o al Juez, si la causa se encuentra en plena fase intermedia y hasta antes de la acusación oral (art. 82º del Código de 1991), acompañando en todo caso el documento que acredite su derecho (art. 84º).

La jurisprudencia vinculada al Código de 1940 ha establecido que los términos corren, sin necesidad de notificación, para el agraviado que no se ha constituido en parte civil [53]. También ha precisado que la constitución en parte civil sólo procede hasta antes de la iniciación del juicio oral [54]. Otra decisión, bajo la misma perspectiva, señaló que "... el agraviado sólo puede constituirse en parte civil durante la instrucción o antes de iniciarse el juicio oral [55]; menos puede hacerlo en pleno juicio oral [56].

El Proyecto de 1995, considera que la constitución de las partes es atribución exclusiva del órgano jurisdiccional y, con este efecto, quien quiere que se le considere actor civil debe presentar una solicitud don-

---

[53] Ejecutoria suprema de 26 de enero de 1978 (*Anales Judiciales*, T. LXXI, Lima, 1979–1981, pp. 168–169).

[54] Ejecutoria suprema de 29 de setiembre de 1965, Cuzco (*Anales Judiciales*, T. LX, Lima, 1965, p. 265).

[55] Ejecutoria suprema de 4 de marzo de 1981 (*Normas Legales*, setiembre–octubre, 1981, p. 452).

[56] Ejecutoria suprema de 25 de mayo de 1978, Exp. Nº 1909–77, Amazonas (*Anales Judiciales*, T. LXX, Lima, 1978, p. 376).

de acredite el *petitum* y la *causa petendi*, así como la prueba documental que acredite el derecho que invoca (art. 88º). El Juez, previa formación del cuaderno respectivo y del traslado por tres días a las partes, mediante auto fundado resolverá si admite la constitución en parte civil, contra el cual en todos los casos procede recurso de apelación (art 90º).

Según los Códigos de 1940 y 1991, acreditado el derecho de quien quiere ser actor civil, el Fiscal o el Juez, según el caso, dictará resolución constituyendo al agraviado expresamente en actor civil. La resolución admisoria, en el caso del Código de 1940, puede ser objeto de oposición por las partes; y, de apelación directa en el caso del Código de 1991. El art. 56º del viejo Código preceptúa que si la oposición es desestimada, se puede interponer recurso de apelación contra dicha resolución.

La Corte Suprema ha dejado sentado que si no existe resolución que tiene al agraviado expresamente como parte civil carece de legitimación procesal [57], así como que el simple apersonamiento ante el Tribunal, señalando domicilio no significa constituirse expresamente en parte civil [58]. Tampoco basta, a juicio del Supremo Tribunal, la solicitud por escrito del agraviado, sino que es menester auto expreso que así lo resuelva [59].

Sin embargo, en decisiones más recientes el Tribunal Supremo ha sentado otra doctrina, pues considera "... que la sola petición del agraviado para que se le tenga como parte civil surte efecto procesal, aun cuando el juzgado haya omitido expedir la resolución correspondiente, pero caso distinto es la constitución en parte civil de quien no es el agraviado, lo que requiere de resolución expresa, conforme al art. 55º del Código de Procedimientos Penales" [60]. Esta perspectiva jurisprudencial, empero, no tiene asidero legal puesto que el art. 55º del Código de 1940 no hace excepciones a la necesidad de la admisión judicial de la consti-

---

[57] Ejecutorias Supremas de 8 de octubre de 1973, Exp. Nº 1210–73, Lambayeque (TARAMONA: *Compendio de ejecutorias supremas*, cit., T. III, p. 77); de 19 de abril de 1995, Exp. Nº 1518–93–B, Cajamarca (ROJJASI PELLA, Carmen: *Ejecutorias supremas penales. 1993–1996*, Legrima, Lima, 1997, pp. 313–314).

[58] Ejecutoria suprema de 27 de julio de 1964 (*Revista Jurídica del Perú*, Nº III, Lima, 1964, p. 194).

[59] Ejecutoria suprema de 17 de agosto de 1964 (*Anales Judiciales*, T. LIX, Lima, 1964, p. 256).

[60] Ejecutoria suprema de 12 de noviembre de 1996, Queja Nº 1350–96, Ancash.

tución en parte civil, tanto más si la decisión judicial, en cualquier caso, puede ser objeto de oposición y sucesiva apelación con arreglo al art. 56º; de ahí que es de tener presente, inclusive, que la propia Corte Suprema, en fecha posterior, volvió al criterio originario exigiendo expresamente resolución judicial que considere al agraviado como parte civil [61].

El actor civil tiene amplia legitimación para intervenir durante la actividad procesal. Por tanto puede: **a)** ofrecer pruebas para acreditar el delito y la entidad de la reparación civil; **b)** promover durante la instrucción incidentes sobre cuestiones que afecten su derecho indemnizatorio, en cuya virtud debe notificársele de todas las diligencias del proceso; **c)** interponer las impugnaciones que correspondan; y, **d)** concurrir al acto oral, participar en él activamente y, luego del debate probatorio, alegar fundamentando su derecho a la reparación civil, aunque no puede pronunciarse sobre la pena y la calificación del delito (arts. 57º, 58º y 276º del Código de 1940, así como numerales 86º y 297º del Código de 1991). No tiene facultad, sin embargo, para solicitar la ampliación del auto de apertura de instrucción [62].

V. EL ACTOR SOCIAL

El Código de 1991, art. 103º, legitima la intervención de Organismos No Gubernamentales debidamente inscritos y reconocidos como tales, cuya finalidad sea la defensa de los derechos humanos. El Proyecto de 1995, art. 87º, amplía la legitimación a las personas jurídicas sin fines de lucro, circunscribiendo su intervención a aquellos hechos delictivos contra los derechos humanos previstos en la legislación penal en virtud de un Tratado Internacional o que afecten bienes jurídicos difusos cuya titularidad corresponda a un número indeterminado de personas.

---

[61] Ejecutorias supremas de 31 de diciembre de 1996, Exp. Nº 5050-96-B, Cuzco (GÓMEZ MENDOZA, Gonzalo: *Jurisprudencia penal*, IDEMSA, Lima, 1997, T. III, p. 169; de 12 de agosto de 1997, Exp. Nº 3290-97, Puno (*Normas Legales*, T. 261, febrero, 1998, p. A12); de 3 de setiembre de 1996, Exp. Nº 3608-95-B, Cajamarca (*Normas Legales*, T. 251, abril, 1997, pp. A38-A39).

[62] Ejecutoria suprema de 22 de setiembre de 1962 (*Anales Judiciales*, T. LVII, Lima, 1962, p. 176).

Estas normas suponen que la legitimación no se circunscribe a los titulares de derechos subjetivos o intereses legítimos, sino que se extiende a determinadas instituciones sociales por el mero hecho de su constitución y reconocimiento jurídico para la defensa del interés común o general. Tal institución procesal, amén de reconocer la participación social en la administración de justicia, buscan una mayor dinámica de protección de los bienes jurídico–penales relacionados con los derechos fundamentales de la persona y con la protección de los intereses difusos. De esta forma consagran una definida legitimidad a las organizaciones intermedias de la sociedad civil, sensibilizan a la comunidad respecto de delitos que afectan a bienes jurídicos colectivos y facilitan la persecución penal de los ilícitos de esa naturaleza.

El actor social interviene en el proceso penal con las mismas facultades que el actor civil. Están limitados a requerir las acciones restitutorias, reparatorias e indemnizatorias a que se contrae el art. 93º del Código Penal. Por otro lado, su constitución en actor civil está condicionada al cumplimiento de tres requisitos especiales: **1.** Que el delito guarde relación específica con sus fines sociales, para lo cual debe constatarse su escritura de constitución social o sus estatutos y sobre esa base apreciar la relación de causalidad exigida. **2.** Que el delito esté sujeto a ejercicio público de la acción penal. **3.** Que en aquellos delitos en que pueda identificarse al sujeto pasivo (v. gr.: desaparición forzada, torturas, genocidio, trata de blancas, etc.), el agraviado no se constituya en actor civil o, haciéndolo, consienta expresamente su intervención. En este último supuesto, el Proyecto de 1995 exige que el consentimiento conste en un documento público o privado con firma legalizada ante el Secretario de la Fiscalía o del órgano jurisdiccional.

CAPÍTULO X
LAS PARTES ACUSADAS

SUMARIO: **I.** El imputado: 1. Concepto. 2. Capacidad. 3. Legitimación. 4. Derechos. 5. Deberes. **II.** El abogado defensor: 1. Concepto. 2. Posición procesal del defensor. 3. Defensor voluntario y defensor necesario. 4. Reemplazo y exclusión del defensor. **III.** El tercero civilmente responsable: 1. Aspectos generales. 2. Intervención procesal.

I. EL IMPUTADO

1. CONCEPTO

El imputado, explica MORENO CATENA, es la parte pasiva necesaria del proceso penal, que se ve sometido al proceso y se encuentra amenazado en su derecho a la libertad, o en el ejercicio o disfrute de otros derechos cuando la pena sea de naturaleza diferente, al atribuírsele la comisión de hechos delictivos por la posible imposición de una sanción penal en el momento de la sentencia [63]. Habrá imputado, sostiene GÓMEZ ORBANEJA, desde el momento mismo en que hay una persona individualizada a quien, con mayor o menor grado de probabilidad, se atribuya participación criminal en el hecho [64].

La denominación que recibe la figura del imputado es variada, aunque por lo general las diferencias de nomenclatura atienden a la situación en que se encuentre el desarrollo de la causa. Así tenemos que a

---

[63] En: GIMENO SENDRA *et. al.*: *Derecho procesal penal*, cit., ed. 1996, p. 180.

[64] GÓMEZ ORBANEJA / HERCE QUEMADA: *Derecho procesal penal*, cit., p. 76.

nivel de investigación preliminar policial se le denomina *implicado*, en tanto se le atribuye la comisión de un hecho punible pero sin estar sometida a proceso, es decir, por existir en su contra sospechas de criminalidad; a nivel de la instrucción o investigación formal se le llama *inculpado o procesado*, pues supone una inculpación formal al habérsele comprendido como tal en el auto de apertura de instrucción –1940– o de investigación aprobado judicialmente –1991–, y se dicta a instancia de la fiscalía por existir, a juicio del acusador público, indicios de criminalidad; luego de la acusación fiscal y a nivel del juicio oral lleva el calificativo de *acusado*, al haberse producido un acto formal de acusación pública y, por tanto, estar sometido a juicio oral, dado que subsisten los indicios de criminalidad [65]; y, una vez que se ha dictado sentencia, si ésta es condenatoria se le denomina *condenado* y si es absolutoria, cabe hablar de *absuelto*. MONTERO AROCA apunta que cuando se está cumpliendo la pena impuesta en la sentencia debe denominársele *reo* [66].

En rigor, si bien la condición de imputado se adquiere al ser objeto de una imputación por la comisión de una infracción penal, es de aclarar que a nivel preliminar (investigación preliminar policial o indagación previa fiscal) es posible que no exista parte acusada individualizada, siendo precisamente uno de los fines de dicha sub–fase identificar a los presuntos responsables. Una vez que se identifique al imputado, por imperio constitucional, debe comunicársele los cargos y permitirle el derecho de defensa en toda su extensión, incluyendo el derecho de designación de abogado defensor. Por otro lado, la iniciación de la instrucción formal (auto de apertura de instrucción o aprobación judicial de la promoción de la acción penal) sólo es posible luego que pueda individualizarse o identificarse al imputado.

La condición de imputado se pierde cuando finaliza el proceso: si se dictó sentencia absolutoria, con la misma resolución; si la sentencia fue condenatoria, el carácter de parte alcanza a las actuaciones procesales de ejecución forzosa. Ello es así porque en ese momento, explica MORENO CATENA, se ha decidido definitivamente sobre el *ius puniendi* y se ha determinado si la persona era responsable penal o no. También se pier-

[65] VIADA / ARAGONESES: *Curso de Derecho procesal penal*, cit., T. I, pp. 165–169.

[66] MONTERO AROCA *et. al.*: *Derecho Jurisdiccional*, cit., T. III (*Proceso penal*), p. 74.

de el status de parte cuando la autoridad judicial aparta al imputado del procedimiento, sobreseyendo respecto de él en las actuaciones [67].

2. CAPACIDAD.

A. Aspectos generales.

Un primer nivel de referencia es la denominada *capacidad para ser parte.* MUERZA ESPARZA señala al respecto que la persona o personas que ocupan el lado pasivo de la relación jurídico procesal penal, son, precisamente, los que aparecen como sujetos activos del delito imputado [68]. En tal sentido, y según el Código Penal, esta capacidad sólo puede atribuirse a las personas físicas vivas, no así a las cosas y animales, a los fallecidos y a las personas jurídicas (en este caso la imputación se formula a las personas físicas que integran sus órganos de representación).

Un segundo nivel es la llamada *capacidad procesal,* esto es, la aptitud para realizar válidamente actos procesales. MONTERO AROCA enseña que tienen capacidad los que pueden participar conscientemente en el proceso, todos los que tienen de hecho posibilidad de ejercitar los derechos procesales que la ley reconoce al imputado [69]. Este concepto, como se ve, está desvinculado de la imputabilidad penal y de las causas de incapacidad de obrar civil (quien es menor de edad podrá alegar esa calidad y reclamar los efectos legales que correspondan, esto es, el corte de secuela del proceso, arts.18º del Código de 1940 y 70º del Código de 1991). La Corte Suprema ha establecido que tratándose de una agraviada menor de edad, al no poder ejercitar por sí sus derechos civiles tampoco puede apersonarse en juicio, salvo por sus personales legales [70].

Como la falta de capacidad procesal está en relación con aquellas causas que impiden tener esta actitud mental y corporal necesaria para actuar en juicio, es de entender, siguiendo el art. 20º.1 del Código Penal, que se refiere a los supuestos de anomalía psíquica, de alteración de la consciencia o de alteración de la percepción, que afectan gravemente la

---

[67] En: GIMENO SENDRA *et. al.*: *Derecho procesal penal,* cit., ed. 1996, p. 181.

[68] MUERZA ESPARZA: *Derecho procesal penal,* cit., p. 146.

[69] MONTERO AROCA *et. al.*: *Derecho Jurisdiccional,* cit., T. III (*Proceso penal*), p. 76.

[70] Ejecutoria suprema de 28 de agosto de 1972, Exp. Nº 917–72, Ayacucho.

conciencia de la realidad e impiden comprender al sujeto el carácter delictuoso de su acto o determinarse según esa comprensión. Estas causas pueden ser anteriores y determinantes al hecho delictivo o sobrevenidas.

B. Anomalía psíquica anterior al delito

Si la *anomalía psíquica o alteración de la consciencia o de la percepción es anterior al delito*, previa realización de la pericia psiquiátrica correspondiente, presentación del informe respectivo y ratificación pericial o examen de los peritos (art. 189º del Código de 1940º y 91º del Código de 1991), corresponde al Juez decidir lo conveniente.

Si se acredita la causal de inimputabilidad se debe sobreseer la causa [71], según es de verse de los arts. 191º del Código de 1940 y 71º del Código de 1991, sin perjuicio de determinar, previo juicio, si corresponde imponer la pertinente medida de seguridad en función a la peligrosidad delictual del agente (arts. 72º y 73º del CP). Felizmente, la ausencia normativa en los Códigos de 1940 y 1991 respecto al modo de proceder para imponer una medida de seguridad, ha sido salvada en el art. 72º del Proyecto de 1995 que instaura un "*procedimiento de seguridad*" a semejanza del *sicherungsverfahren* alemán.

Por otro lado, como resulta obvio, si el Juez se persuade de que el inculpado no es inimputable, ordenará continuar el proceso (art. 190º del Código de 1940).

C. Anomalía psíquica sobrevenida

Es posible que el imputado comience a sufrir síntomas de anomalía psíquica o alteración en la percepción que no habían aparecido al tiempo de la perpetración del hecho punible. El Código de 1940, aparentemente, no se pone en ese supuesto, aunque a partir de lo dispuesto en el art. 195º en concordancia con el numeral 189º es posible realizar una pericia psiquiátrica y si se determina tal estado suspender la continuación del proceso hasta que mejore, al amparo de los arts. 192º y 234º [72].

[71] *Anales Judiciales*, T. LV, Lima, 1960, p. 126.

[72] SAN MARTÍN CASTRO, César: «Proceso penal, anomalía psíquica grave y delito», en: *II Congreso Internacional de Derecho Penal*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1997, p. 27.

El Código de 1991 se pronuncia expresamente sobre este supuesto en el art. 72º, cuyo efecto principal es la suspensión del ejercicio de la acción penal, siempre y cuando resulte inevitable la procedencia del juicio oral. La suspensión dura hasta que el imputado recupere la salud o se extinga por prescripción la acción penal. Si en el proceso penal existe una pluralidad de imputados, la suspensión sólo se entiende con el imputado enfermo, en cuyo caso el proceso se divide o separa, prosiguiéndose la causa respecto de los capaces.

El art. 72º prescribe que el auto de suspensión requiere la opinión favorable del fiscal. Si el juez discrepa del dictamen fiscal, sea estimativo o desestimativo de la suspensión pedida por el imputado o iniciada por el propio juez, el art. 73º dispone que los autos pasen al fiscal de mayor jerarquía para que emita dictamen. Empero, el Juez, más allá del sentido del dictamen del fiscal superior, en atención a los principios acusatorio y de contracción y a la garantía de igualdad, deberá resolver conforme al mérito de lo actuado y a lo que estima justo y arreglado a derecho [73].

3. LEGITIMACIÓN

El solo hecho de atribuirse a una persona, en cualquiera de sus formas, la presunta comisión de un delito, en calidad de autor o de partícipe, lo legitima pasivamente en el proceso, lo convierte en parte reconociéndole su derecho constitucional de defensa. Es, como dice Miguel FENECH, una mera cuestión de hecho en tanto aparezca como autor hipotético de un delito que puede también ser hipotético [74].

Expresa MONTERO AROCA que el imputado, al final del proceso, puede ser absuelto, pero ello no podría suponer que actuó sin legitimación, pues sólo significa que el juicio sobre su responsabilidad se ha resuelto negativamente. Por ello, la legitimación se puede adquirir y perder a lo largo del proceso [75]. Esto último significa que la legitimación en este caso se confunde con la cuestión de fondo; o dicho de otro modo: toda persona está legitimada sin más en el proceso en que se la inculpe a ella misma [76].

---

[73] SAN MARTÍN CASTRO: «Proceso penal, anomalía psíquica grave y delito», cit., p. 35.

[74] FENECH, Miguel: *El proceso penal*, Editorial Artes Gráficas y Ediciones, Madrid, 1982, p. 60.

[75] MONTERO AROCA *et. al.*: *Derecho Jurisdiccional*, cit., T. III (*Proceso penal*), p. 78.

[76] GÓMEZ ORBANEJA / HERCE QUEMADA: *Derecho procesal penal*, cit., p. 81.

4. Derechos

El imputado, en cuanto parte en el proceso penal, tiene derechos de actuación activo y pasivo. Siguiendo a Gómez Colomer, los derechos de *actuación* –de participación– *activos* son los siguientes:

a) Constitucionalmente tiene derecho a la audiencia judicial; es decir, a la tutela judicial y, por tanto, de acceso al órgano jurisdiccional y de ser oído (art. 139º.3 Const.), al punto de no ser posible el juicio en su ausencia (art. 139º.12 Const.)

b) Según la ley ordinaria tiene los derechos de : **1.** Elección de abogado defensor de su elección o de nombramiento de abogado de oficio desde el momento en que es citado por la autoridad policial (art. 139º. Const.) y para que rinda instructiva (arts. 121º del Código de 1940 y 118º del Código de 1991), así como de nombramiento de intérprete (art. 131º del Código de 1991); **2.** Presencia en la práctica de los actos de investigación (arts. 157º y 168º del Código de 1940); **3.** Requerir la práctica de actos de investigación y de prueba (arts. 130º, 138º.2, 160º, 165º, 232º y 237º del Código de 1940); **4.** Recusar al personal judicial (art. 29º del Código de 1940); **5.** Promover e intervenir en las cuestiones de competencia (arts. 24º, 26º y 27º del Código de 1940); **6.** Estar presente en el juicio oral (art. 210º del Código de 1940); **7.** Solicitar la suspensión de la audiencia (arts. 266º, 268º y 269º del Código de 1940); y, **8.** Interponer recursos(arts. 28º, 90º, 289º y 297º del Código de 1940).

Los derechos de *actuación pasivos* son:

a) *Declaración voluntaria.* El imputado es libre de declarar. No tienen valor las declaraciones obtenidas por la violencia. El derecho a la presunción de inocencia importó la abrogación del art. 127º del Código de 1940 que entendía que el silencio del imputado pueda ser tomado como indicio de culpabilidad. El art. 121º del Código de 1991 corrige ese defecto.

Es de tener presente, como recuerda Escusol Barra [77], que el imputado si bien no está obligado a declarar, no cabe duda de que su interrogatorio, sin dejar de ser medio de investigación, tiene el carácter de medio de defensa para aquél, en cuya virtud, no se le exige promesa o juramento(art. 121º del Código de 1991); puede declarar cuantas veces

[77] Escusol Barra: *Manual de Derecho procesal penal*, cit., pp. 223–224.

quisiere (art. 126º del Código de 1991); antes que un interrogatorio se está ante una declaración libre y las preguntas que se formulen han de ser pertinentes y las respuestas deben estar presididas por la idea de la espontaneidad.

b) *Interrogatorio objetivo.* En sede judicial, las preguntas no pueden ser oscuras, ambiguas ni capciosas. Además, deben respetar en lo posible el orden cronológico de los hechos y tener como objetivo hacer conocer al inculpado los cargos que se le imputan (arts. 125º del Código de 1940 y 124º del Código de 1991).

c) *Respeto de la dignidad* (art. 1º Const.). No puede comparecer ante el juez con ligaduras ni presiones (art. 212º Código de 1940).

d) *Reconocimiento de la presunción de inocencia* (art. 2º.24. 'e' Const.). En virtud de este derecho fundamental la parte acusadora debe probar la culpabilidad del imputado, hasta tanto debe gozar del *favor libertatis*, y no puede condenársele sino en virtud de prueba cierta, incorporada con las debidas garantías al proceso y valorada en conciencia [78].

5. Deberes

Existen dos deberes positivizados en nuestra legislación procesal: el de *moralidad procesal*; y, el de *asistencia ante el emplazamiento judicial*, cuya infracción genera efectos desfavorables a la posición jurídica del imputado.

A. Moralidad procesal

El Código de 1991 incorpora normas precisas en materia de disciplina procesal frente a actitudes inconvenientes del imputado. El art. 69º prescribe que si el procesado altera el orden en un acto procesal, las consecuencias varían si el acto procesal es o no de índole personal, esto es, si la diligencia en cuestión requiere ineludiblemente su intervención o no. Si el acto es personal, producida la conducta irregular, se le apercibirá con la suspensión de la diligencia y de continuarla, con la sola intervención de su abogado defensor y demás sujetos procesales; en cambio, si la diligencia no es personal, será apercibido con la exclusión de participar en ella y de continuarla, con la intervención de su abogado defensor y demás sujetos procesales.

---

[78] Lorca Navarrete: *Derecho procesal penal*, cit., p. 60.

El art. 271º autoriza al Juzgador a mantener el respeto y el orden en la Sala de Audiencias. En tal virtud, está autorizado a expulsar al imputado si perturba el desarrollo de la audiencia y proceder conforme al art. 69º, sin perjuicio de adoptar discrecionalmente otra decisión. Si la audiencia se encuentra en el momento de la autodefensa, es posible –si se producen los supuestos del art. 271º– dar por terminada la exposición del imputado y desalojarlo de la Sala de Audiencias. La sentencia podrá leerse no estando presente el acusado en los supuestos del art. 271º *in fine*, así como cuando el reo dolosa o culposamente omite concurrir a la continuación de las audiencias, tal como lo dispone el art. 301º *ab initio*.

B. Presencia y ausencia del imputado

B.1. Concepto

La presencia del imputado en el proceso penal es para el órgano jurisdiccional, enseña MONTERO AROCA, un deber ineludible y para aquél un derecho no renunciable que, por tanto, puede calificarse de derecho–deber [79].

La Constitución nacional reconoce la presencia del imputado como un principio esencial de carácter procesal, pero la limita al juicio oral. Sobre esa premisa prevé que no puede condenarse al imputado que no está presente en el acto del juzgamiento, situación que obliga al órgano jurisdiccional a citarlo en debida forma. En efecto, el art. 210º del Código de 1940 preceptúa que "*La audiencia no podrá realizarse sin la presencia del acusado y de su defensor. Tratándose de reo con domicilio conocido o legal señalado en autos, será requerido para su concurrencia al juicio bajo apercibimiento de ser declarado reo contumaz y de ordenarse su captura si tiene la condición de reo libre o de revocarse su libertad si gozara de ese beneficio, señalándose nueva fecha para la audiencia (...) Si el acusado persistiera en su inconcurrencia, se hará efectivo el apercibimiento ...*".

La obligación de comparecencia al juicio oral es de tal fuerza que la inasistencia injustificada al mismo determina la orden de captura si está en la condición de reo libre o la revocatoria de la libertad provisional si está en ese status procesal. Igualmente, y como quiera que el deber de

[79] MONTERO AROCA *et. al.*: *Derecho Jurisdiccional*, cit., T. III (*Proceso penal*), p. 83.

comparecencia se extiende a todo el procedimiento, incluida por cierto la etapa de investigación, si el imputado se encuentra con comparecencia –libre o restrictiva–, su inasistencia injustificada a una diligencia sumarial determinará la orden de ser conducido compulsivamente por la policía.

Es de tener en consideración que, por lo general, basta la mera *disponibilidad jurídica* del imputado para estimar que está sujeto al proceso penal. Ella exige presencia física del imputado ante el órgano jurisdiccional cuantas veces fuere llamado y, desde luego, en el momento culminante del acto del juicio. La disponibilidad, aclara RAMOS MÉNDEZ, comporta la fijación de un domicilio a efectos de notificaciones, la cual a su vez se puede asegurar mediante la adopción de medidas cautelares: desde la comparecencia a la detención. Además, la incomparecencia injustificada del imputado citado regularmente da lugar a una serie de diversas alternativas [80].

Nuestro régimen procesal, en materia de ausencia del imputado, diferencia al ausente propiamente dicho del contumaz o rebelde. Empero, según precisa José GARBERÍ LLOBREGAT, ambas son instituciones de configuración legal, por lo que "tales situaciones únicamente adquieren relevancia en el plano jurídico en tanto en cuanto se cumplan los requisitos legales susceptibles de originarlas" [81].

El art. 3º del Decreto Legislativo Nº 125 define el estado de contumacia sobre la base de tres supuestos. Se reputa *contumaz*:

1. Al que habiendo prestado su declaración instructiva o estando debidamente notificado rehuye el juzgamiento o hace caso omiso a las citaciones o emplazamientos que le fueran hechos por el Juez o Tribunal.

2. Al que hallándose en libertad provisional o vigilada incurre en las actitudes descritas anteriormente.

3. Al que estando detenido en una dependencia policial o establecimiento penal se fugue para impedir la acción judicial.

---

[80] RAMOS MÉNDEZ, Francisco: *El proceso penal. Tercera lectura constitucional*, 3a. ed., José María Bosch Editor, Barcelona, 1993, p. 131.

[81] GARBERÍ LLOBREGAT, José: *La ausencia del acusado en el proceso penal*, Colex, Madrid, 1992, p. 33.

Lo esencial de la contumacia es que el imputado tiene conocimiento del proceso penal que está por instaurarse o que se le sigue en su contra y, no obstante ello, dolosamente deja de asistir a los emplazamientos judiciales que se le formulan. El imputado sabe de las actuaciones penales en su contra, ya sea por haber rendido instructiva o porque se encuentra detenido o en libertad provisional o vigilada (incluiríamos la libertad por exceso de plazo); y, no obstante ello, no comparece a los emplazamientos de la autoridad judicial. La no comparecencia, en tanto requisito para la declaración de contumacia está en función a que el imputado no padezca de un grave y legítimo impedimento [82].

El art. 247º del Código de 1991 recoge una concepción genérica de la contumacia que, en buena cuenta, reconoce la integridad de los supuestos arriba indicados. Estipula que será declarado contumaz al imputado que "... no obstante tener conocimiento de que es requerido, rehuye injustificadamente", para lo cual se requiere prueba bastante ("... *de lo actuado aparezca evidente* ...") de tal conocimiento del emplazamiento judicial. La contumacia, apunta CORDERO, es un comportamiento negativo del imputado, el cual, aun conociendo la existencia de un proceso penal entablado en su contra y sus posibles consecuencias desfavorables, decide *voluntariamente* desobedecer las intimaciones judiciales de comparecer [83].

La *ausencia*, por el contrario, se tipifica cuando el imputado que no cumple el emplazamiento judicial no se encuentra en ninguna de los supuestos anteriores, es decir, cuando se trata de un procesado "... *cuya ubicación se ignora y no aparezca evidencia de que tuviera conocimiento del procedimiento o cuando haya salido del país* –se entiende que sin conocer del procedimiento seguido en su contra–..." (art. 247º, segundo párrafo, del Código de 1991).

B.2. Requisitos de la declaración de ausencia o contumacia

La ausencia o la contumacia se declara, en todos los casos, de oficio o a pedido de parte, por el juez de la causa. Tal declaración procede cuando se han agotado todos los emplazamientos posibles y se llega a establecer que el imputado ha sido citado o que no ha sido posible dar con su paradero. Se

[82] VÉLEZ MARICONDE: *Derecho procesal penal*, cit., T. II, p. 367.

[83] Citado por GARBERÍ LLOBREGAT: *La ausencia del acusado en el proceso penal*, cit., p. 52.

trata, en suma, de una obligación judicial de decretar la ausencia o la rebeldía, de naturaleza constitutiva, ya que por la resolución que la declara se crea el "estado de ausente o de contumaz", el mismo que está ligado normalmente a la adopción de medidas cautelares [84].

La resolución judicial trae consigo: **a)** una medida cautelar personal agravada (en el Código de 1940 es la orden de captura, mientras que en el Código de 1991 es la de conducción compulsiva, art. 248º), la cual no afecta la orden de detención dictada al inicio del procedimiento; y, **b)** el nombramiento de un abogado defensor de oficio, salvo que tenga designado uno voluntario o de confianza.

La Corte Suprema sentó la siguiente doctrina, concordante con lo anteriormente expuesto: "El encausado ausente tiene el derecho de nombrar su defensor, dado que el derecho de defensa es irrestricto; sólo a falta de tal designación es que se debe proveer a la defensa de oficio" [85]. El defensor puede ser nombrado por los que guardan parentesco legal con el ausente o contumaz, en función a lo irrestricto del derecho de defensa [86] ; y, además, el defensor del ausente o contumaz, técnicamente, representa a dicho acusado, por lo que puede hacer uso de todos los recursos y medios de defensa técnica que la ley franquea al acusado [87]. Estas decisiones, correctamente, modificaron una Ejecutoria suprema restrictiva que no autorizaba al defensor del ausente a deducir excepciones y cuestiones prejudiciales [88].

La emisión de requisitorias contra el imputado ausente o contumaz , sin embargo, sólo es procedente cuando a juicio del juez resulta establecida la existencia del delito y su culpabilidad (art. 318º del Código de 1940). Si la causa se encuentra con acusación fiscal, la declaratoria de

---

[84] GARBERÍ LLOBREGAT: *La ausencia del acusado en el proceso penal*, cit., p. 41.

[85] Ejecutoria suprema de 22 de julio de 1975 (RONCALLA VALDIVIA, Lino: *Jurisprudencia en materia procesal penal*, Sesator, Lima, 1984, pp. 295–296).

[86] Ejecutoria suprema de 15 de noviembre de 1978, Exp. Nº 2488–78, Lima (TARAMONA: *Compendio de ejecutorias supremas*, cit., T. II, pp. 123–124).

[87] Ejecutorias supremas de 4 de febrero de 1976, Exp. Nº 2074–75, Cajamarca (*Anales Judiciales*, T. LXVIII, Lima, 1976, p. 505); de 19 de abril de 1982, Exp. Nº 414–82, Callao (TARAMONA: *Compendio de ejecutorias supremas*, cit., T. III, pp. 88–90).

[88] Ejecutoria suprema de 15 de abril de 1970, Exp. Nº 768–69, Lima (TARAMONA: *Compendio de ejecutorias supremas*, cit., T. III, p. 62).

ausencia o contumacia importa tanto la renovación de las órdenes para su captura y el llamamiento por edictos, que expresen los delitos que le son imputados por la acusación, cuanto la reserva del proceso hasta que el acusado sea habido (art. 319º del Código de 1940).

B.3. Efectos de la declaración de ausencia o contumacia

La declaración de ausencia o contumacia, si se produce en la etapa de instrucción o investigación, no suspende el curso del procedimiento. Sin embargo, tal declaratoria tiene como virtualidad impedir la continuación del juicio oral. El proceso, en este último caso, se reserva hasta que el imputado se ponga a derecho o sea habido. El hecho de la inevitable paralización del proceso por consecuencia de la ausencia o contumacia del acusado, así como la posibilidad de conducirle por la fuerza ante el órgano judicial, permiten hablar en ese ámbito, acota GARBERÍ LLOBREGAT, de una genuina *obligación* de comparecer, obligación que ha de fundamentarse del lado sobre todo de la protección a la víctima y a los perjudicados [89].

Si la causa es seguida contra varios imputados, la reserva sólo afecta al imputado ausente o contumaz. Sólo si el reo fuera aprehendido o se hiciera presente después de la iniciación del juicio y antes de la sentencia, será examinado y se podrán actuar las diligencias compatibles con el estado de la causa, volviéndose a escuchar al Ministerio Público si es que se hubiera producido la requisitoria oral (art. 210º *in fine* del Código de 1940). El nuevo Código, en sus numerales 276º y 278º del Código de 1991, permite incorporar en el juicio oral iniciado al ausente o contumaz, siempre que su presencia se produzca antes que el Fiscal formule acusación oral.

En todos los casos en que existen acusados presentes conjuntamente con ausentes o contumaces, si bien se entiende reservado el proceso respecto de estos últimos, es posible que la sentencia absolutoria pueda comprenderlos [90]. La prohibición está radicada con exclusividad en la sentencia condenatoria (arts. 2º del Decreto Legislativo Nº 125, 321º del Código de 1940 y 308º del Código de 1991).

[89] GARBERÍ LLOBREGAT: *La ausencia del acusado en el proceso penal*, cit., pp. 80-81.

[90] Ejecutoria suprema de 22 de abril de 1981, Ayacucho (TARAMONA: *Compendio de ejecutorias supremas*, cit., T. I, pp. 77-78).

Si la captura o puesta a derecho se produce luego de expedida la sentencia, el Código de 1940 prescribe que el juicio oral se realizará con el examen del acusado y la lectura de las piezas de la instrucción, las actas del debate oral anterior, la sentencia de los reos presentes y la ejecutoria suprema, si la hubiese. Ello significa que no contempla un momento específico de actuación probatoria, lo que resulta profundamente censurable, toda vez que convierte el juicio en un acto meramente leído y no oral, clausura la inmediación y la actuación de verdadera prueba, así como limita irrazonablemente el derecho de defensa y la presunción de inocencia al impedir que el reo ofrezca la prueba pertinente que le reconoce el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. El Código de 1991, en cambio, somete el enjuiciamiento del ausente o contumaz a las normas regulares (art. 308º *in fine*).

La Ley Nº 26641, de 26 de junio de 1996, sólo respecto de los contumaces consagra dos efectos adicionales, de derecho penal material. Preliminarmente, sanciona que la declaratoria de contumacia, sólo para quien tiene la calidad de acusado, requiere evidencias irrefutables (certeza y no probabilidad ni sospechas) de que el imputado rehuye del proceso, luego, sólo se puede declarar a partir del auto de enjuiciamiento. En *primer lugar*, determina que la declaratoria de contumacia trae consigo la interrupción o la suspensión de los términos prescriptorios. En *segundo lugar*, tipifica el denominado *delito de contumacia*, en tanto el agente "se sustrae a la acción de la justicia y por ello es declarado contumaz ...".

Un primer problema de la Ley es que utiliza como sinónimas dos categorías de derecho penal material (reguladas por lo demás en el Código Penal) que, sin embargo, son diferentes: la *interrupción*, utilizada en el primer extremo del art. 1º, que se configura cuando luego de la comisión del delito se realizan actuaciones del Ministerio Público o del Poder Judicial o se comete un nuevo delito doloso, la cual importa que se deje sin efecto todo el tiempo transcurrido con anterioridad, salvo el supuesto del plazo extraordinario: al plazo ordinario se le adiciona una mitad; y, la *suspensión*, mencionada en el segundo extremo del citado artículo, que opera cuando el comienzo o la continuación del proceso por un delito concreto depende de cualquier cuestión que deba resolverse en otro procedimiento y que trae como consecuencia que el plazo prescriptorio ya transcurrido queda subsistente para reiniciarse el cómputo apenas el procedimiento en cuestión queda concluido (arts. 83º y 84º del CP).

La continuación del proceso, en el presente caso, no depende de lo que suceda en otro procedimiento, inclusive en el que se instauraría al contumaz con motivo de su inasistencia dolosa a la causa, por lo que no es posible hablar de suspensión de la acción, que a mayor abundamiento, en tanto el tiempo transcurrido se pierde irremediablemente, resulta más perjudicial. El problema con la interrupción, en la forma descrita por la ley, es que se da un supuesto de delito doloso –el de contumacia– capaz de interrumpir la acción penal, pero ella ya está interrumpida con los actos propios del proceso llevados a cabo por el Fiscal y, en su caso, por el Juez, siendo que no se ha tenido en cuenta que en este supuesto la acción siempre prescribe "*...cuando el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad al plazo ordinario de prescripción*" (prescripción extraordinaria). De este modo este efecto resulta de suyo absolutamente reiterativo y no agrava la situación jurídica del contumaz.

Luis ROY FREYRE se inclina a considerar, ante una ley tan incongruente, que éste consagra una causal de suspensión de carácter *sui generis*, aunque reconoce que es una opción más perjudicial desde que el nuevo Código Penal no contempla, como lo hacía el Código anterior, la posibilidad que opere la prescripción extraordinaria [91].

Otro problema de la Ley es que, sin apoyo en el derecho comparado, crea un delito sobre la base de un mero incumplimiento de una obligación procesal que, a mi juicio, no constituye un bien jurídico constitucionalmente relevante, tanto más si la conducta procesal del imputado, aun cuando censurable, puede obedecer a una línea defensiva que de uno u otro modo se encuentra proyectada sobre el derecho constitucional de defensa. ROY FREYRE, en esta misma perspectiva, señala más específicamente que ni siquiera el bien jurídico pueda ser la función jurisdiccional, en tanto que el derecho a la presunción de inocencia lo descarta; dicho autor afirma categóricamente que en el hipotético y negado caso que lo fuera, no alcanza el grado mínimo como para justificar la intervención del Estado a través del delito y de la pena [92].

[91] ROY FREYRE, Luis: *Causas de extinción de la acción penal y de la pena*, 2ª ed., Grijley, Lima, 1998, p. 103.

[92] ROY FREYRE: *Causas de extinción de la acción penal y de la pena*, cit., p. 105.

II. EL ABOGADO DEFENSOR

1. CONCEPTO

La Constitución, en armonía con lo dispuesto en el PIDCP y la CADH, configura el derecho de defensa y de asistencia letrada como un derecho fundamental y base del sistema procesal. En tal virtud, garantiza el nombramiento o designación de un defensor desde que es citado por la autoridad policial. Por su parte, el Código de 1991 regula al Abogado Defensor dentro del rubro "sujetos procesales", colocándolo en el Capítulo III dedicado al imputado. El art. 76º del citado Código llega a afirmar que si el imputado no nombra abogado, el Fiscal o el Juez deben hacerlo entre los defensores de oficio y a falta de éstos a un Abogado particular.

Desde esta óptica, siguiendo a GIMENO SENDRA, es del caso concebir a la defensa como una *parte procesal*, dialécticamente opuesta a la acusación, integrada por dos sujetos procesales, el imputado y su Abogado, titulares de los derechos constitucionales a la libertad y de defensa [93].

Es de advertir que debe considerarse que la defensa es una parte procesal por dos razones básicas: 1. Porque, globalmente, el imputado tiene el derecho a un recurso efectivo ante los tribunales. 2. Porque, dentro del proceso moderno, a la luz de los principios que lo informan, está concebido como un sujeto de la actividad probatoria, que necesariamente ha de intervenir en ella con plena igualdad y bajo el principio de contradicción. En función a estas consideraciones es que la defensa no puede ser calificada como un órgano, ni siquiera independiente, de la Administración de Justicia y al defensor como un Ayudante de ella. Al respecto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el *Caso Can* (30 de setiembre de 1987), declaró la ilegitimidad de tal concepción puesto que los contactos entre imputado y defensor no pueden ser sometidos al control judicial, lo que sería una lógica consecuencia de dicha opción jurídica [94].

La defensa, sin embargo, no consiste solamente en la actividad procesal desplegada por los defensores. Se puede considerar en sentido lato

---

[93] GIMENO SENDRA, Vicente: *Constitución y proceso*, Tecnos, Madrid, 1988, p. 112.

[94] GIMENO SENDRA: *Constitución y proceso*, cit., p. 114.

y en sentido estricto. En el primer caso, comprende la actividad procesal dirigida a hacer valer los derechos subjetivos y los demás intereses jurídicos del imputado y, en su caso, de las demás partes del proceso; se sustenta en el concepto de inviolabilidad de la defensa en juicio que establece la Constitución. En el segundo caso, es la actividad global y unitaria resultante del autopatrocinio de la parte, denominada defensa material, y del patrocinio del defensor, llamada defensa formal [95].

2. Posición procesal del defensor

La misión del abogado defensor consiste, como enfatiza Gómez Orbaneja [96] en aportar y hacer valer en el proceso todas las circunstancias y puntos de vista, así en la cuestión de hecho como en la jurídica, favorables al procesado. El defensor no está obligado a valerse de los elementos inculpatorios que no consten ya en la causa por otros medios de información, ni puede tampoco aconsejar al procesado que los aporte por sí, en sus declaraciones, en cuanto medio de prueba. El material exculpatorio debe anexarlo al proceso, mediante la oportuna alegación y proposición de prueba, cualquiera sea la fuente lícita por la que haya llegado a su conocimiento. El defensor en el cumplimiento de su misión, continúa precisando Gómez Orbaneja, es independiente de la voluntad de su defendido, de suerte que su deber de defenderlo no cesa porque el inculpado no quiera defenderse ni que se le defienda [97].

El art. 80º del Código de 1991 fija un conjunto de poderes con el que puede cumplir su misión de auxilio técnico jurídico y representación técnica del imputado. Desde este punto de vista el defensor está autorizado a: 1. Tener acceso al expediente para informarse del proceso; ingresar a los Establecimientos Penales y Delegaciones Policiales para entrevistarse con sus patrocinados; y expresarse con amplia libertad en el curso de la defensa, oralmente y por escrito (incs. 7, 8 y 9). 2. Prestar asesoramiento desde la etapa policial; participar en todas las diligencias, salvo en la declaración del imputado a quien no defienda; y presentar peticiones orales o escritas para asuntos de simple trámite (incs. 1, 4 y 6).

---

[95] Manzini, Vincenzo: *Tratado de Derecho procesal penal*, EJEA, Buenos Aires, 1951, T. II, pp. 570–571.

[96] Gómez Orbaneja / Herce Quemada: *Derecho procesal penal*, cit., pp. 83–84.

[97] *Loc. cit.*

3. Interrogar directamente a su defendido y a los demás imputados, testigos y peritos; aportar las pruebas que estime pertinentes; y recurrir a la asistencia reservada de un experto (incs. 2, 5 y 3). **4.** Interponer excepciones, cuestiones previas, cuestiones prejudiciales, recursos impugnatorios y los demás medios de defensa permitidos por la ley (inc. 10).

La Ley Orgánica del Poder Judicial en su art. 290º permitió a los abogados que, sin necesidad de intervención de su cliente, puedan presentar, suscribir y ofrecer todo tipo de escritos, con excepción de aquellos para los que se requiere poder especial con arreglo a ley. La Ley Nº 26624, publicada el 20 de junio de 1994, precisó esta norma estipulando que el abogado no requiere poder especial para interponer medios impugnatorios, en representación de su cliente.

La actuación del defensor, sobre la base de las facultades que la ley le reconoce adopta un contenido específico según las etapas del proceso penal. Sobre la base de lo explicitado por MORENO CATENA [98], se tiene que en la etapa de instrucción o investigación el defensor debe procurar: **a)** que se elimine la imputación contra su patrocinado y en el más breve plazo; **b)** que no se promueva la acción penal y, en su caso, que no se dicte el auto de apertura de instrucción; **c)** que no se adopten contra él medidas cautelares; y, **d)** que se sobresea el procedimiento. En la etapa intermedia deberá: **a)** proponer la práctica de actos de prueba de descargo; **b)** deducir los medios de defensa permitidos por la ley; y, **c)** interponer los recursos que procedan contra las resoluciones perjudiciales para su defendido. En la etapa de enjuiciamiento debe: **a)** asistir a las sesiones del Juicio; **b)** intervenir en la práctica de pruebas; **c)** alegar oralmente en favor de su defendido; y, **d)** interponer los recursos que correspondan.

Por otro lado, el Código de 1991 permite a los abogados defensores ejercer el patrocinio de varios imputados en un mismo proceso, siempre que no exista incompatibilidad entre ellos (art. 77º). MANZINI, citando la casación italiana, aun cuando la considera demasiado absoluta, precisa que hay incompatibilidad de defensa sólo cuando la posición de hecho y de derecho de uno de los imputados esté en abierta y absoluta oposición con la del otro, de manera que su tesis excluya lógica y necesariamente la coexistencia de la contrapuesta en su defensa por el otro impu-

[98] En: GIMENO SENDRA *et. al.*: *Derecho proceso penal*, cit., ed. 1996, pp. 193–194.

tado, mas no cuando existe entre coimputados un simple diferencia de posición jurídica y de intereses [99].

Por otro lado, el citado Código autoriza a todos los abogados que forman un Estudio Asociado ejercer la defensa de un mismo procesado, sea de manera conjunta o separada, aunque en las concretas diligencias procesales sólo podrá intervenir uno solo, sin perjuicio que puedan estar presentes los otros abogados y se formularse interconsultas con el designado para intervenir en la misma (art. 78º). En este último caso, la notificación efectuada a un abogado de un Estudio Asociado comprende a los demás.

3. Defensor voluntario y defensor necesario

Los arts. 68º y 76º del Código de 1991 estipulan que el imputado tiene derecho a hacer valer sus derechos por intermedio de un Abogado Defensor, desde el inicio de la investigación hasta la culminación del proceso. La Ley, además, señala aquellos casos en que la asistencia letrada es necesaria, que resulta includible para la eficacia del acto o diligencia procesal, lo cual está en relación con dos instituciones: el nombramiento de libre elección y la designación de abogado de oficio [100].

En cuanto a la *defensa necesaria* el art. 118º del Código de 1991 la impone cuando el imputado rinda declaración instructiva, situación que corresponde extender a todas las diligencias sumariales en que participe y se requiera su declaración, tales como las confrontaciones (art. 213º). El Código de 1940, en su art. 121º, impone el defensor en la instructiva sólo cuando el imputado es menor de edad, esto es, sujeto de responsabilidad restringida.

Creemos, sin embargo, que la defensa necesaria debe extenderse al acto de la declaración policial y, siempre y en todo el curso de la investigación o instrucción, cuando el imputado se encuentre en situación de detenido, y, fundamentalmente, cuando se trata de actos que pueden configurar pruebas preconstituidas (v. gr.: reconocimiento judicial) o anticipadas (v.gr.: declaración de testigo en peligro de muerte); asimismo, para que la defensa sea real y efectiva, resulta imprescindible impo-

[99] Manzini: *Tratado de Derecho procesal penal*, T. II, p. 614.

[100] Gómez Colomer: *El proceso penal alemán*, cit., p. 80.

ner la presencia y activa participación del defensor en la etapa intermedia, que por su propia naturaleza es eminentemente crítica y requiere de los aportes técnicos del defensor, a fin de evitar en cuanto sea posible el enjuiciamiento y, en todo caso, para precisar las pruebas de descargo que deben actuarse en el juicio oral.

Ambos Códigos imponen el concurso del abogado defensor en el juicio oral (arts. 234º del Código de 1940 y 275º del Código de 1991). Se trata de un requisito legal en el juicio oral, que debe ejercitarse incluso con la oposición del propio imputado; exigencia que proviene del principio de igualdad, por lo que si el acusador por excelencia –el Ministerio Público– es un técnico del derecho, el acusado sea defendido también por un técnico, el Letrado. De esta forma queda salvada la llamada "igualdad de armas" del proceso [101].

El *defensor de elección o voluntario* integra el contenido esencial del derecho de asistencia letrada. Consiste en que el imputado pueda encomendar su representación y asesoramiento técnico a quien merezca su confianza y considera más adecuado para instrumentar su propia defensa, lo que obviamente está condicionado a su situación económica en orden a la retribución por sus servicios profesionales. El nombramiento de un abogado de confianza o su revocatoria y cambio por otro puede hacerse, como es obvio, en cualquier estado y grado del procedimiento, sin necesidad de formas particulares, bastando la mera comunicación al Fiscal o Juez, según el caso. Sin embargo, si el imputado no pueda hacerlo o se niega a designarlo, corresponde a la autoridad fiscal o judicial efectivizar tal nombramiento de oficio.

Sobre el *defensor de oficio,* el Código de 1940 en el Título VII, bajo la denominación "Ministerio de Defensa", traza las siguientes directivas: **1.** La Defensoría de Oficio está constituida por los abogados que en la etapa de la investigación policial, ante el Ministerio Público y ante el órgano jurisdiccional en todas sus instancias defienden de oficio a los denunciados, inculpados y acusados (art. 67º, modificado por la Ley Nº 24388). **2.** Los defensores de oficio están obligados a intervenir y autorizar con su firma todas las diligencias previas a la acción penal, así como durante la instrucción y el juicio oral; además, deben concurrir a las

[101] MUERZA ESPARZA: *Derecho procesal penal,* cit., p. 168.

audiencias y presentar conclusiones en todas las incidencias que se produzcan y su defensa oral (arts. 68º y 69º). **3.** Existe un Cuerpo de Defensores de Oficio rentados, nombrados por el Ministerio de Justicia y adscritos a cada Sala Penal Superior, mientras que no tienen esa condición los defensores de oficio que prestan servicios en los Juzgados, quienes son designados anualmente por la respectiva Corte Superior y desempeñan el cargo *ad honorem* (arts. 71º del Código de 1940 y 3º del Reglamento – Decreto Supremo Nº 023–83–JUS).

El Proyecto de Código de 1995, al igual que el Código de 1991, no regula a la institución de los Defensores de Oficio, pero en su Sétima Disposición Final creó el denominado "*Sistema Nacional de Defensoría de Oficio*", bajo la dirección, coordinación y supervisión del Ministerio de Justicia, el que será implementado progresivamente, y regulado por Decreto Supremo. Se trata de un modelo más flexible de Defensoría Pública que permitirá, en la medida de lo posible, contar con varios sub–sistemas de organización, de fuente privada, comunitaria, municipal o estatal, así como con modelos de actuación y control más dinámicos y adaptados a las necesidades de los justiciables.

Finalmente, la Ley Nº 27019, publicada el 25 de diciembre de 1998, bajo la inspiración del Proyecto antes citado, creó dentro de la estructura del Ministerio de Justicia el denominado "*Servicio Nacional de Defensa de Oficio*", destinado a proveer el derecho a la defensa gratuita a personas de escasos recursos económicos, así como en los casos en que las leyes procesales lo determinen (art. 1º), al que se le encarga la organización y desarrollo permanente del Plan de Acción de la Defensa de Oficio en los Distritos Judiciales del país (art. 2º). Esta norma, que derogó los arts. 298º–303º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial y que entrega al Reglamento respectivo la configuración institucional y funcional de la Defensoría de Oficio, precisó: **a)** que la Defensa de Oficio constituye el ejercicio de la defensa en forma gratuita, ante los organismos policiales, fiscales y jurisdiccionales del país (art. 3º); **b)** que corresponde a la Dirección Nacional de Justicia del Ministerio de Justicia la determinación de la ubicación de los Defensores de Oficio, así como de los criterios y requisitos para el acceso a este servicio público (art. 4º); y, **c)** que la referida Dirección Nacional es el ente coordinador con las entidades públicas y privadas que presten servicios gratuitos de Defensa Legal (art. 6º).

4. REEMPLAZO Y EXCLUSIÓN DEL DEFENSOR

El nombramiento de un defensor de elección por el imputado, en principio, dura mientras este último no le ratifique su confianza y proceda a sustituirlo. No obstante ello, el órgano jurisdiccional, en el caso del Código de 1991, puede reemplazarlo en una diligencia concreta e, inclusive, puede excluirlo definitivamente de la causa, siempre que incumpla su deber de asistencia a los actos o diligencias procesales o incurra en un acto grave de indisciplina durante el curso de una diligencia.

El Código de 1940 sólo contempla un supuesto de *exclusión* del abogado defensor. Se trata de lo dispuesto en el art. 269º, modificado por el Decreto Legislativo Nº 126. Procede cuando la audiencia se ha suspendido por enfermedad repentina sobrevenida a un miembro del Tribunal, al acusado o testigo, en cuyo caso la audiencia debe continuar al día siguiente del cese del impedimento. Si el abogado defensor no concurre a la audiencia continuada, vencido el sexto día de suspensión, se dispondrá su sustitución por el que designe el procesado en la siguiente sesión, que obviamente no podrá ser antes de vencido el octavo día (art. 267º, modificado por el Decreto Legislativo Nº 126). Si el imputado no ha designado un nuevo abogado defensor o si en la nueva Sesión continúa la inconcurrencia del abogado defensor titular o de confianza, corresponde al órgano jurisdiccional nombrar al abogado defensor de oficio.

Por su parte, el art. 81º del Código de 1991, en *primer lugar*, autoriza el reemplazo del abogado defensor en una diligencia procesal específica, cuando se trate de una de carácter inaplazable para la que fue debidamente citado. En este caso, el reemplazo puede ser con otro abogado de confianza, que en ese acto designe, o por uno de oficio si lo anterior no es posible. En *segundo lugar*, permite excluir al defensor cuando no asiste injustificadamente a tres diligencias sumariales, en cuyo caso se requerirá al imputado a que dentro de las veinticuatro horas designe al reemplazante; de no hacerlo en ese término el juez nombrará uno de oficio.

Es de tener presente que, en tanto se trata de un ámbito estrechamente vinculado a un derecho fundamental, la *exclusión* debe ser dispuesta exclusivamente por la autoridad judicial. Sin embargo, el *reemplazo* del defensor, en atención a que no tiene carácter definitivo y que con él sólo se intenta evitar la frustración de un acto procesal inaplazable, no hay obstáculo alguno para que pueda disponerlo el Fiscal si la causa se encuentra en la etapa de investigación.

La *sustitución* del abogado defensor, es decir, su *reemplazo* por un abogado de oficio, también podrá producirse cuando se dispone la suspensión de una diligencia o la exclusión del imputado y su continuación sin él en los términos prescritos en el art. 69º. En este caso, si el abogado defensor se solidariza con el imputado y abandona la diligencia, será sustituido para ese concreto acto procesal por uno nombrado de oficio.

Si el defensor incurre en una alteración del orden y del respeto en la Sala de Audiencias, el juez está autorizado a *expulsarlo* e, inclusive, mandarlo a detener hasta por veinticuatro horas si amenaza o agrede a los sujetos procesales o impida la continuidad del enjuiciamiento. En este caso, dispone el art. 271º, será *reemplazado* por el que se designe en esa sesión o, en su caso, por el de oficio. El objetivo es evitar que la continuidad de la audiencia se vea afectada, por lo que el reemplazo se producirá de inmediato. No obstante la gravedad de la conducta procesal del defensor, que inclusive puede motivar su procesamiento penal, la ley no autoriza su exclusión que por ser una medida que afecta directamente el derecho de defensa debe estar contemplada expresamente en la ley.

Finalmente, si el abogado defensor no asiste a dos sesiones consecutivas, se hará intervenir en la segunda sesión a un abogado defensor de oficio, el cual intervendrá indefectiblemente hasta que el imputado nombre otro abogado defensor o ratifique al anterior. Sin embargo, precisa el art. 274º, si el abogado defensor no asiste a tres sesiones, será *excluido* indefectiblemente (la norma utiliza la frase "relevo obligatorio") por el abogado defensor de oficio o por otro abogado de confianza que nombre en el término de cuarentiocho horas.

III. EL TERCERO CIVILMENTE RESPONSABLE

1. Aspectos generales

La comisión de un delito también genera lo que se denomina la responsabilidad civil *ex delicto*. El delito es, ante todo, un acto ilícito y está considerado como una fuente de obligaciones en el Código Civil. Dicho Código regula, en lo no prescrito específicamente por el Código Penal (art. 101º), las bases de la responsabilidad por la comisión de un delito que ha originado un daño concreto a una persona natural o jurídica.

El Código Penal impone obligatoriamente la persecución penal y la satisfacción del perjuicio patrimonial –material o moral– padecido por

la víctima (art. 92º). La reparación civil, que comprende tres clases de acciones: restitutoria, reparatoria e indemnizatoria (art. 93º), se exige tanto a los responsables directos como a los indirectos. El art. 95º del Código Penal estatuye una primera responsabilidad –directa– a cargo de los responsables materiales del hecho punible (autores y partícipes) y una segunda responsabilidad, indirecta, imputable a los terceros civiles obligados. Ambos sujetos tienen una responsabilidad solidaria.

Se entiende por *tercero civil obligado* aquel que sin haber participado en la comisión del delito responden civilmente por el daño causado. Eduardo FONT SERRA precisa que esta responsabilidad requiere del cumplimiento de dos requisitos: a) el responsable directo o principal está en una relación de dependencia (el responsable principal no debe actuar según su propio arbitrio, sino sometido –aunque sea potencialmente– a la dirección y posible intervención del *tercero*); y, b) el acto generador de la responsabilidad haya sido cometido por el dependiente en el desempeño de sus obligaciones y servicios [102].

La relación de dependencia, sostiene MORENO CATENA, puede ser onerosa o gratuita, duradera o permanente o puramente circunstancial y esporádica de su principal o, al menos, la tarea, actividad, misión, servicio o función que realiza cuenten, como se ha precisado, con beneplácito, anuencia o aquiescencia del tercero civil obligado; y, el hecho realizado se halle inscrito dentro de un ejercicio normal o anormal de las funciones encomendadas y en el seno de la actividad, cometido o tarea confiadas al infractor, perteneciendo a su esfera o ámbito de actuación [103].

2. INTERVENCIÓN PROCESAL

El Código de 1991 regula en el Capítulo V, arts. 88º–90º, la intervención procesal del tercero civil. La primera directiva normativa consiste en que el tercero civilmente debe ser citado obligatoriamente en el proceso durante la etapa investigatoria o de enjuiciamiento. Siendo así, como aclara MANZINI, no puede ser condenado al pago de la reparación civil si no fue citado o no intervino voluntariamente en el proceso penal, pues

[102] FONT SERRA, Eduardo: *La acción civil en el proceso penal*, La Ley, Madrid, 1991, p. 44.

[103] En: GIMENO SENDRA *et. al.*: *Derecho procesal penal*, cit., ed. 1996, p. 188.

de ese modo se afectaría la garantía jurisdiccional que tienen todas las personas y, en rigor, se trataría, no de condena, sino de coerción directa [104].

Los arts. 89º del Código de 1991 y 100º *in fine* del Código de 1940, exigen la previa notificación al tercero civil para que pueda ser considerado sujeto o parte procesal. Ambos Códigos, empero, no precisan si la constitución del tercero civil procede a instancia de parte o de oficio. Nosotros consideramos que sólo puede serlo a instancia de parte, es decir, del Ministerio Público o del actor civil, por cuanto si por imperio constitucional la persecución penal, de la que la acción civil depende, es de competencia fiscal, y si la reparación civil tiene naturaleza exclusivamente privada, estando vedada al juez la ampliación del objeto procesal, la única conclusión posible es que la inclusión del tercero civil debe producirse a pedido de las partes personadas en la causa legitimadas para ello: el Fiscal y el actor civil.

La solicitud debe contener, en *primer lugar*, el *petitum* concreto, esto es, la cantidad en que se aprecien los daños y perjuicios causados, o la cosa que haya de ser restituida (art. 93º del Código Penal), que importa una petición de una tutela limitada a la condena del responsable a que realice las prestaciones compatibles con lo prescrito en el Código Penal. En *segundo lugar*, debe contener la *causa petendi*, es decir, el título de pedir de la acción, que viene integrada por un elemento fáctico: el delito cometido; y por un elemento normativo: normas de derecho que obligan al tercero civil a responder patrimonialmente por los hechos del imputado [105].

Es obvio que esta solicitud, previo traslado a la partes, especialmente al imputado, resolverá constituir o no como tercero civil a quien invoca el peticionario. El Proyecto de 1995 no sólo exige una demanda en forma del Fiscal o del actor civil, sino que además condiciona la aceptación de constitución de tercero civil a que exprese y fundamente el vínculo jurídico con el imputado que sustenta la responsabilidad civil indirecta. Sólo es apelable la resolución que deniega la constitución del tercero civil (art. 94º *in fine*). El Código de 1991, a diferencia del Proyecto de 1995, en la etapa de investigación permite al Fiscal, director de la

[104] MANZINI: *Tratado de Derecho procesal penal*, T. II, pp. 513–514.

[105] FONT SERRA: *La acción civil en el proceso penal*, cit., pp. 49 y 56.

instrucción, constituir al tercero civil, siguiendo analógicamente el trámite para el actor civil (art. 83º).

El tercero civil no puede ser constituido como tal al final de la instrucción. Si no se le da la oportunidad de aportar actos de investigación o de prueba ni de participar en las ofrecidas por las otras partes, en suma si previamente no es investigado, se limitaría irrazonablemente su derecho de defensa incurriéndose en indefensión. Para evitar este atentado, que por lo demás se extiende al propio imputado, es que debe impedirse la constitución del tercero civil cuando precluya la fase de investigación.

En cuanto a su actuación procesal, el tercero civil, para defender sus intereses patrimoniales, goza de todos los derechos y garantías que se reconocen al imputado (arts. 100º *in fine* del Código de 1940 y 90º del Código de 1991). Ello se hace, como enseña MANZINI, a los fines de protección y no a los fines de persecución o coerción [106]. Como tal, el tercero civil tiene derecho a nombrar su abogado defensor, a intervenir en las diligencias procesales, a interponer solicitudes probatorias, a impugnar las resoluciones que le causen agravio, a formular oposiciones, a plantear cuestiones de competencia, a promover incidencias y, entre otros, a deducir cuestiones previas, prejudiciales, excepciones y todo otro medio de defensa, en resguardo de sus intereses legítimos. Producido el acto oral, en su alegato oral, se limitará a convenir o negar la obligación indemnizatoria, en cuyo caso podrá alegar la inexistencia del daño, la falta de motivos generadores de responsabilidad solidaria, y, cuanto convenga a su exoneración (arts. 278º del Código de 1940 y 298º del Código de 1991).

No es obligatorio que el tercero civil se persone en la causa. Para considerarlo en la sentencia condenatoria sólo basta que haya sido debidamente notificado. Tampoco es necesario que asista al Juicio Oral: la citación es obligatoria, pero su asistencia es facultativa o potestativa (arts. 209º y 210º del Código de 1940 y numeral 275º del Código de 1991).

[106] MANZINI: *Tratado de Derecho procesal penal*, T. II, p. 534.

Parte IV

ACCION Y OBJETO PROCESAL

CAPÍTULO XI
LA ACCIÓN PENAL

SUMARIO: I. Concepto y alcance de la acción penal: 1. Derecho positivo. 2. Definición. II. Principios de la acción penal: 1. El principio oficial. 2. El principio de legalidad. III. Ejercicio , renuncia y extinción de la acción penal: 1. Ejercicio de la acción penal. 2. Renuncia de la acción penal. 3. Extinción de la acción penal.

I. CONCEPTO Y ALCANCE DE LA ACCIÓN PENAL

1. DERECHO POSITIVO

La Constitución nacional, en el art. 139º.3, consagra como un derecho de carácter procesal *"el derecho a la tutela jurisdiccional"*. Asimismo, y desde otra perspectiva, el numeral 159º, en sus incisos 1 y 5, de la Ley Fundamental atribuye al Ministerio Público como misión sustancial la promoción, de oficio o a petición de parte, de la *acción de la justicia* en defensa de la legalidad y de los intereses públicos tutelados por el derecho; y, como encargo específico en materia de persecución penal, el *ejercicio de la acción penal* de oficio o a petición de parte.

En cuanto a las leyes infraconstitucionales, el Código de 1940 señala, *primero*, que la acción penal es pública o privada; *segundo*, que la acción pública se ejercita por el Ministerio Público de oficio o a instancia de la parte agraviada, o por acción popular en los casos autorizados por la ley; y, *tercero*, que la acción privada se ejercita directamente por el ofendido, conforme al procedimiento especial por querella.

El Código de 1991 (al igual que los Proyectos de 1995 y 1997) dedica dos artículos específicos a la acción penal. El art. 1º prescribe que "*la*

acción penal es de naturaleza pública. Su ejercicio corresponde al Ministerio Público, salvo los casos expresamente exceptuados por la ley". El art. 3º dispone que "*El ejercicio de la acción penal por el Ministerio Público comprende: el inicio y dirección de la investigación, la acusación y su participación en el juicio oral*".

Lo estipulado en el Código de 1991, en cierta medida, fue adelantado por la Ley Orgánica del Ministerio Público, de 1981, en cuyo artículo 11º estatuye que "*El Ministerio Público es el titular de la acción penal pública, la que ejercita de oficio, a instancia de la parte agraviada o por acción popular, si se trata de comisión inmediata o de aquellos contra los cuales la ley la concede expresamente*". El art. 12º precisa que la denuncia de la parte agraviada o de cualquiera del pueblo puede presentarse ante el Fiscal Provincial o ante el Fiscal Superior. A su vez, el art. 94º.2 estipula que si el Fiscal estima procedente la denuncia la formalizará ante el Juez Penal, a cuyo efecto expondrá los hechos de que tiene conocimiento, el delito que tipifican y la pena con que se sanciona, según ley, la prueba con que cuenta y la que ofrece actuar o espera conseguir, y ofrecer oportunamente.

Como se puede advertir de la comparación del Código de 1940 con la Ley Orgánica del Ministerio Público, actualmente la acción penal en los *delitos públicos* sólo puede ser promovida por el Fiscal; el agraviado o cualquiera del pueblo sólo están autorizados, en esos casos, a poner en conocimiento del Fiscal la comisión de un hecho delictivo de carácter público, pero no pueden dirigirse directamente al Juez Penal, como era factible hacerlo hasta antes de la entrada en vigor de dicha Ley. Es el Fiscal quien luego de evaluar la procedencia de la denuncia o noticia criminal decidirá la promoción de la acción penal, en cuyo caso interpondrá ante el Juez Penal una *denuncia formalizada*. Esto significa que el Fiscal tiene el *cuasi monopolio* del ejercicio de la acción penal, del que se excepciona sólo determinados delitos.

Ambos Códigos entienden que en los *delitos privados* el agraviado es el único que puede instar la intervención de la Justicia Penal y que el Fiscal está por completo al margen de su persecución. Los demás particulares tampoco pueden intervenir, ni siquiera están facultados para ejercitar la acción penal ante el Juez. El Código de 1940 determina que en estos delitos el agraviado debe interponer una querella directamente ante el Juez Penal y que la causa, de ser admitida por el Juez, se sigue bajo el procedimiento especial estipulado en los arts. 302º y siguientes del citado Cuerpo de Leyes. El Código de 1991 se pronuncia en igual forma, aunque detalla que el ejercicio privado de la acción penal se

sustanciará por el trámite de la querella (art. 376º). El error en que incurre es que la querella no es un trámite ni así se denomina el procedimiento especial instaurado al efecto, sino que constituye un acto procesal de la parte activa destinada a la iniciación del proceso penal [1].

2. Definición

La necesidad de garantizar la imparcialidad del juzgador impide que actúe de oficio, sino a instancia y por iniciativa de las partes procesales. Rige el brocardo "*nemo iudex sine actore; ubi non est actio non est iurisdictio*". Ahora bien, en la actualidad, y más allá de que las primeras concepciones en torno a la acción nacieron en el derecho romano como emanación del derecho subjetivo subyacente en el derecho material (teorías monistas) y que ahora es concebida pacíficamente como un derecho distinto del material (teorías dualistas) y de carácter público, es de reconocer que el tratamiento jurídico de la acción, *en tanto medio necesario para la intervención de la jurisdicción*, descansa en el derecho fundamental a obtener la tutela judicial (art. 139º.3 Const.), el cual debe merecer una oportuna salvaguarda ante cualquier tribunal y en todo orden jurisdiccional.

Sin embargo, en el orden jurisdiccional penal nacional, donde el Ministerio Público tiene reservado el monopolio del ejercicio de la acción penal en los delitos públicos, no es posible calificar de *derecho* la acción penal ejercitada por el Fiscal, quien la promueve en cumplimiento de un *deber* y en el ejercicio de su *función*. La promoción de la acción penal, en puridad, es una función constitucionalmente encomendada al Ministerio Público (art. 159º.5 Const.), cuya omisión en los casos legalmente procedentes importa la comisión de un delito (art. 407º del Código Penal).

Lo expuesto nos permite sostener, siguiendo parcialmente a Gian Domenico Pisapia, que la acción consiste, en puridad, en un *poder-deber* de activar la jurisdicción penal, o sea de pedir al órgano jurisdiccional un pronunciamiento concreto sobre una noticia criminal específica, y que, además, se trata de una iniciativa típicamente procesal dirigida a la activación de la función jurisdiccional para la actuación del derecho penal sustantivo [2].

---

[1] Gimeno Sendra, Vicente: *La querella*, Bosch, Barcelona, 1977, p. 37.

[2] Pisapia, Gian Domenico: *Compendio di procedura penale*, CEDAM, Padova, 1988, pp. 141 y 143.

En tal virtud, como no cabe definir la acción penal a partir de la noción de *derecho*, únicamente cabe calificarla de *poder jurídico*. Por consiguiente, corresponde conceptualizar la acción penal como el *poder jurídico mediante cuyo ejercicio, a través de la puesta en conocimiento al órgano jurisdiccional de una noticia criminal, se solicita la apertura (Código de 1940) o la aprobación formal (Código de 1991) del proceso penal, haciendo surgir en aquél la obligación de pronunciarse sobre la misma mediante resolución motivada*. La categoría de *poder* utilizada en la definición –a diferencia de las categorías de derecho, posibilidad o facultad–, permite denotar sin esfuerzo el nexo acción–jurisdicción, a la vez que el vocablo *jurídico* destaca que su origen está en la organicidad del ordenamiento, y su destino y su función son afirmarlo [3].

Este *poder jurídico* es común en el ejercicio de la acción penal del Ministerio Público y, en su caso, de la víctima. Señala DE LA OLIVA SANTOS que ese poder jurídico está, cuando lo ejerce el Ministerio Público, íntimamente relacionado con sus funciones públicas, que ha de realizar imperativamente; en cambio, en los casos de ejercicio de la acción por los particulares, que pueden hacerlo libremente, ese poder jurídico es la sustancia de un derecho subjetivo disponible [4].

Desde esta misma perspectiva Alfredo VÉLEZ MARICONDE insiste en que la acción penal es un poder jurídico que impone el Derecho Constitucional y cuyo ejercicio regula el Derecho procesal de provocar la actividad jurisdiccional del Estado. La calificación técnica de "derecho subjetivo público» sólo puede reservarse para el ofendido, como ocurre en las "acciones privadas", pues cuando la ejerce el Ministerio Público, más que un derecho es un deber, o más precisamente, un poder de ejercicio obligatorio, una potestad jurídica [5].

La definición que se propugna, primero, nos ubica en una posición favorable a la tesis *abstracta* de la acción, y, segundo, nos permite diferenciar la acción propiamente dicha de la pretensión. En efecto, no es

---

[3] RÚA, Fernando de la: *Teoría general del proceso*, Depalma, Buenos Aires, 1991, p. 64.

[4] DE LA OLIVA SANTOS, Andrés; ARAGONESES MARTÍNEZ, Sara; HINOJOSA SEGOVIA, Rafael; MUERZA ESPARZA, Julio; TOMÉ GARCÍA, José Antonio: *Derecho procesal penal*, Centro de Estudios Universitarios Ramón Areces, Madrid, 1993, p. 189.

[5] VÉLEZ MARICONDE, Alfredo: *Derecho procesal penal*, Marcos Lerner–Editora Córdoba, Córdoba, 1986, T. II, p. 260.

posible asumir la tesis *concreta* por cuanto, como precisa Gimeno Sendra [6]: **a)** la potestad de penar no asiste a las personas individualmente consideradas, sino al Poder Judicial (art. 139º.10 Const.), y en última instancia al pueblo, de donde recibe su encargo (art. 138º, primer párrafo, Const.); **b)** lo que sustancialmente debe tomarse en cuenta para la imposición de una sanción penal al autor o partícipe de la comisión de un delito son los fines que constitucional y legalmente corresponden a las penas y medidas de seguridad (arts.139º.22 Const. y IX del Título Preliminar del Código Penal) y no, exclusiva o preferentemente, los intereses de la víctima; y, **c)** el Fiscal no ejercita la acción penal para obtener la tutela de un derecho o interés propio vulnerado, sino que –en atención a lo dispuesto en el art. 159º.1 de la Constitución– lo hace a nombre de la sociedad y en defensa de la legalidad material.

La acción penal se ejerce, en los *delitos públicos*, a través de la denominada "*denuncia formalizada*" del Fiscal (art. 94º.2 LOMP) o, en el caso del Código de 1991 al poner en conocimiento del Juez Penal la "*resolución motivada de apertura de investigación*" (arts. 4º y 114º). En los *delitos privados* se ejerce a través de la *querella* (art. 302º del Código de 1940) o de la *denuncia* (art. 376º.3 del Código de 1991) del agraviado o de su representante legal (en rigor, el vocablo correcto es *"querella"*, toda vez que éste se erige en acusador privado).

La acción se ejercita y se agota al poner en marcha la actividad jurisdiccional, al crear en el juez la obligación de dictar una resolución de determinado contenido sobre la petición de apertura de proceso: denegando la apertura de instrucción o abriendo instrucción en el casos de *delitos públicos* (arts. 77º del Código de 1940 y 115º del Código de 1991), o admitiendo o inadmitiendo la querella en el caso de los delitos privados (art. 378º del Código de 1991) .

El sujeto pasivo de la acción penal es siempre el Estado. Por ello es que no puede calificarse de acción las denuncias formuladas ante la Fiscalía poniendo en conocimiento la comisión de un delito público. Éstas, si bien están sujetas, en lo esencial, al principio de legalidad y exigen un pronunciamiento motivado del Fiscal, el mismo que puede ser recurrido en caso de denegación (arts. 12º de la LOMP y 113º del

[6] Gimeno Sendra, Vicente: *Constitución y proceso*, Tecnos, Madrid, 1988, p. 74.

Código de 1991), al no mediar intervención judicial no pueden considerarse de ejercicio de la acción penal. La promoción de la acción penal está reservada como función y deber, en los casos legalmente procedentes, al Ministerio Público. La denuncia de los ofendidos o de cualquiera del pueblo constituye, en suma, un simple derecho de petición que tiene caracteres administrativos; no se trata de la especie de un derecho de petición a la que llamamos acción penal [7]. Es de recordar, entonces, que el Ministerio Público no tiene función jurisdiccional, no ejercita la potestad de penar, el *jus puniendi*, que es privativa del Poder Judicial; y, que lo característico de la acción es que se proponga ante órganos del poder jurisdiccional.

Por otro lado, es de tener presente que la posición de parte no se adquiere con el ejercicio de la acción, cuya finalidad es simplemente instaurar el proceso, sino cuando se deduce la *pretensión*, vale decir, cuando se demanda o pide una acción de la Ley. GIMENO SENDRA aclara que en lo penal la pretensión sigue un "orden escalonado" que comienza con –diríamos nosotros– la denuncia formalizada del Fiscal o con la querella del agraviado o su representante legal, en donde empieza a prepararse, se manifiesta a lo largo de la instrucción mediante la actividad de instar diligencias y culmina con las acusaciones, escrita (en la fase intermedia) y oral en el juicio oral [8]. En consecuencia, es de apuntar que el art. 3º del Código de 1991 confunde acción con pretensión, al incluir en la primera la dirección de la investigación, la acusación y la participación del Fiscal en el juicio oral, que son los elementos propios de la pretensión.

Para el ejercicio de la acción penal, que nace de la sospecha de la comisión de un hecho punible, sólo hace falta que el hecho denunciado constituya delito: debe tratarse, en efecto, de una *notitia criminis*. Asimismo, y sólo para el caso de los delitos privados, puesto que en los demás delitos actúa el Fiscal, se requiere que el denunciante tenga capacidad procesal, pues de otra forma se inadmitirá la querella.

[7] FAIRÉN GUILLÉN, Víctor: *Estudios de Derecho procesal*. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, p. 112.

[8] GIMENO SENDRA, Vicente: *Fundamentos del Derecho procesal*, Civitas, Madrid, 1981, p. 138.

II. PRINCIPIOS DE LA ACCIÓN PENAL

Son dos los principios vinculados con la persecución penal de los delitos: el principio oficial y el principio de legalidad. Estos principios buscan responder a las siguientes dos preguntas básicas del sistema procesal: ¿quién persigue el delito? y ¿bajo qué regulaciones se produce la persecución del delito?

1. El principio oficial

Este principio significa que la persecución penal del hecho punible constituye una obligación o un deber constitucional de un órgano público. No es necesario que persona alguna lo impulse [9]. En nuestro país corresponde al Ministerio Público el ejercicio de la acción penal (art. 159º.5 Const.).

Lo expuesto significa que el ofendido por el delito, sólo interviene en esa persecución como denunciante (así como cualquiera del pueblo) y, posteriormente, como testigo, con dos limitaciones y una excepción [10]:

a) Existen delitos que sólo pueden ser perseguidos por el agraviado, sin que el Fiscal pueda ejercer la acción. Son los *delitos semi públicos* (v. gr.: delitos tributarios, art. 7º del Decreto Legislativo Nº 813).

b) Existen delitos que requieren autorización, discrecional, de un órgano político, para poder ser perseguidos (arts. 93º *in fine*, 99º y 100º Const.).

c) La excepción al principio oficial lo constituyen los *delitos privados*, en los que el agraviado es el único que puede accionar y el Ministerio Público no interviene en ninguna fase del procedimiento (arts. 302º del Código de 1940 y 376º, primer párrafo, del Código de 1991).

2. El principio de legalidad

Al decir de Gómez Orbaneja, el principio de legalidad constituye el complemento imprescindible del sistema de la acusación oficial y significa que el órgano de la acusación está obligado a ejercitar la acción por todo hecho que revista caracteres de delito conforme a la ley. El punto

---

[9] Baumann, Jürgen: *Derecho procesal penal*, Depalma, Buenos Aires, 1986, p. 44.

[10] Gómez Colomer, Juan Luis: *El proceso penal alemán*, Bosch, Barcelona, 1985, p. 46.

de vista del Ministerio Público ha de ser el de la ley, ya que es un órgano público en función de la justicia, y no de la administración política o de la "razón de Estado" [11]. Como tal, garantiza la igualdad ante la ley, de suerte que cometido un delito, la justicia penal debe actuar irremediablemente a fin de imponer el castigo correspondiente, sin atender a circunstancia distinta de las propias exigencias del ordenamiento jurídico.

En cuanto a su contenido, señala TIEDEMANN, este principio se encuentra limitado por el hecho de que tienen que existir concretos indicios fácticos de un hecho punible; suposiciones vagas no son suficientes para una inculpación jurídico–penal [12]. En este orden de ideas, el art. 94º.2 de la LOMP condiciona la formalización de la denuncia del Fiscal a que reúna o se acompañe al escrito del denunciante "prueba indispensable" para hacerlo; mientras que, en igual sentido, el art. 114º del Código de 1991 precisa que promoverá la acción penal cuando "... aparecen indicios o elementos de juicio reveladores de la existencia de un delito ...".

Este principio que obliga a actuar al Ministerio Público –inclusive a su ayudante fundamental: la policía– ante la presencia de una mínima base de convicción acerca de la existencia de un hecho delictivo, sin embargo está sujeto, como luego veremos, a una excepción, que en rigor es su contraparte: el principio de oportunidad reglado (art. 2º del Código de 1991).

III. EJERCICIO, RENUNCIA Y EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL

1. EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL

La acción penal, en la mayoría de los casos, es de carácter pública. Se ejerce exclusivamente por el Ministerio Público en los delitos públicos. Pero también la ley ordinaria permite que el agraviado o su representante la ejerza en los delitos privados. En ambos casos expresa un

[11] GÓMEZ ORBANEJA, Emilio y HERCE QUEMADA, Vicente: *Derecho procesal penal*, 10a. ed., Artes Gráficas y Ediciones, Madrid, 1987, p. 97.

[12] En: ROXIN, Claus; ARTZ, Günther y TIEDEMANN, Klaus: *Introducción al Derecho penal y al Derecho procesal penal*, Ariel, Barcelona, 1989, p. 170.

poder jurídico, que tratándose del Ministerio Público se erige en un deber cuando ésta es legalmente procedente: tipicidad del hecho y *causa probable*; y, tratándose del ofendido importa el ejercicio de un derecho fundamental, que puede o no ejercer.

Un caso especial son las faltas. En ellas no interviene el Ministerio Público. La acción penal puede iniciarse a instancia del ofendido o de oficio por el Juez de Paz, Letrado o no Letrado, a instancia de la autoridad policial (arts. 440º.6 del Código Penal y 387º del Código de 1991).

2. Renuncia de la acción penal

La acción penal por delito público no es renunciable por el sujeto pasivo del delito. Ésta sólo es renunciable en los delitos privados (art. 78º.3 del Código Penal) y en las faltas (arts. 325º del Código de 1940 y 391º del Código de 1991). En ambos casos la ley permite el desistimiento o la transacción del ofendido; renuncia que, como expresa Escusol Barra, importa la extinción de la acción penal [13]. En este sentido se pronuncia el art. 78º, primer párrafo, del Código Penal.

3. Extinción de la acción penal

El art. 78º del Código Penal reconoce cuatro supuestos de extinción de la acción penal, sin interesar su naturaleza pública o privada o si es o no renunciable. Se trata de los siguientes: **a)** muerte del imputado; **b)** prescripción; **c)** amnistía; y, **d)** cosa juzgada.

En los casos expuestos, como anota Javier Villa Stein [14], la ley reconoce varias razones que permiten extinguir la acción penal, en cuya virtud el Estado autolimita su potestad punitiva. Pueden ser causas naturales (muerte del infractor), criterios de pacificación o solución de conflictos sociales que tienen como base la seguridad jurídica (cosa juzgada y prescripción) o razones de carácter socio–políticas o de Estado (amnistía).

---

[13] Escusol Barra, Eladio: *Manual de Derecho procesal penal*, Colex, Madrid, 1993, p. 257.

[14] Villa Stein, Javier: *Derecho penal. Parte general*, Editorial San Marcos, Lima, 1998, pp. 491 y 497.

CAPÍTULO XII
EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

SUMARIO: I. Concepto y justificación: 1. Concepto. 2. Justificación. **II.** El artículo 2º del Código de 1991: 1. Aspectos generales. 2. Falta de necesidad de pena. 3. Falta de merecimiento de pena. 4. La resolución fiscal. 5. La intervención judicial.

I. CONCEPTO Y JUSTIFICACIÓN

1. CONCEPTO

Los principios de legalidad y de oportunidad, sostiene GIMENO SENDRA, nos indican en qué condiciones debe ejercitarse y extinguirse la acción penal o, lo que es lo mismo, cuándo y cómo debe incoarse y finalizar el proceso penal [15].

La regla general de nuestro sistema procesal es el *principio de legalidad*: corresponde al Ministerio Público instar obligatoriamente la acción de la justicia penal cuando tenga conocimiento de la perpetración de un delito y existan mínimos fundamentos racionales de su comisión. Sin embargo, paralelamente y como excepción puntual a su ejercicio, la ley en determinados supuestos taxativamente reconocidos faculta al Fiscal a abstenerse de promover la acción penal o a provocar el sobreseimiento de la causa si el proceso ya se ha instaurado. En este

---

[15] GIMENO SENDRA, Vicente; MORENO CATENA, Víctor; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín: *Derecho procesal penal*, 2a. ed., Colex, Madrid, 1997, p. 64.

caso, recalca Karl–Heinz GÖSSEL, el archivo del proceso se puede entender como una forma procesal con efecto descriminalizador [16].

Claus ROXIN define el principio de oportunidad, obviamente reglado, como aquel mediante el cual se autoriza al Fiscal a optar entre elevar la acción o abstenerse de hacerlo –archivando el proceso– cuando las investigaciones llevadas a cabo conduzcan a la conclusión de que el acusado, con gran probabilidad, ha cometido un delito [17].

2. JUSTIFICACIÓN

El principio de oportunidad, enfatiza GÖSSEL, surgió históricamente ante la imposibilidad de perseguir todos los hechos delictivos, lo que provocaría el colapso de la administración de justicia penal o, en todo caso, la imposibilidad de perseguir la gran criminalidad, por lo que tiene una *función supletoria* de las deficiencias que se observaron, la cual por cierto marca los límites de su operatividad: la pequeña y mediana criminalidad [18].

Es del caso puntualizar, en *primer lugar*, que la Constitución nacional, a diferencia de lo dispuesto en el art. 112º de la Constitución italiana ("*El Ministerio Público tiene la obligación de ejercitar la acción penal*"), no tiene norma alguna que haga imperativo al Fiscal la promoción de la acción penal. Como dice VIVES ANTÓN, de lo dispuesto en el art. 159º, incs. 1 y 5, de la Constitución (art. 124º.1 de la Constitución española), que encarga al Ministerio Público la promoción de la acción judicial en defensa de la legalidad y el ejercicio de la acción penal, no se sigue sin más la obligación de ejercitar las acciones penales, en tanto la ley configure ese ejercicio como obligatorio [19].

---

[16] GÖSSEL, Karl–Heinz: «Principios fundamentales de las formas procesales descriminalizadoras en el proceso penal alemán», en: *Justicia*, Año IV, Nº 85, Barcelona, 1985, p. 882.

[17] Citado por ARMENTA DEU, Teresa: *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad*, PPU, Barcelona, 1991, p. 66.

[18] Citado por ARMENTA DEU: *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad*, cit., p. 65.

[19] VIVES ANTÓN, Tomás: «Doctrina constitucional y reforma del proceso penal», en: AA.VV.: *Derechos fundamentales y justicia penal*, San José (Costa Rica), 1992, p. 526.

Desde esta perspectiva, en *segundo lugar*, es del caso que la Ley establezca cuáles son los supuestos, rigurosamente consignados, en los que es posible la abstención del Ministerio Público. En puridad, siguiendo a GÓMEZ COLOMER, se deben invocar razones de prevención general y especial, ligadas con la necesidad y conveniencia del castigo penal en el caso concreto, para disminuir la intensidad formal del principio de legalidad [20]. La ley debe fijar las causales de procedencia de la oportunidad, pero obedeciendo a un criterio axiológico que las haga prevalecer sobre el eventual beneficio del castigo del hecho concreto [21].

En esta misma perspectiva, por ejemplo, la FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO DE ESPAÑA en su *Memoria* de 1987 abogó por la implantación de la oportunidad reglada, "*...siempre que venga exactamente determinada por la propia ley, que debería regular los supuestos de su aplicación, de forma imperativa por razones de seguridad jurídica... Su implantación, si se produce con el debido control jurisdiccional, produciría provechosos beneficios en aras a la eficacia y celeridad de la Administración de Justicia, y al afectar hechos típicamente de escasa trascendencia, eliminaría los conocidos riesgos de las penas cortas privativas de la libertad, cuando así lo aconsejare el derecho del perjudicado y la satisfacción del interés social.*

Por otro lado, en *tercer lugar*, aun cuando la ley prefigure del modo más riguroso los criterios de oportunidad, el operador jurídico, en este caso el Fiscal, y en su momento el Juez deben tener en consideración el *principio de proporcionalidad*, en cuanto criterio corrector en el caso concreto con miras al logro de la Constitución, y más claramente, en la realización del principio de igualdad, que es el que más seriamente puede dañarse con la aplicación de la oportunidad. Señala Ernesto PEDRAZ PENALVA [22] que los criterios de oportunidad, en su aplicación al caso concreto: **a)** no han de ser contrarios a los bienes constitucionalmente protegidos; **b)** tampoco han de serlo los medios utilizados, que aun sien-

---

[20] GÓMEZ COLOMER: *El proceso penal alemán*, cit., p. 47.

[21] CONDE–PUMPIDO, Ferreiro: «Legalidad vs. oportunidad como criterios de actuación de los Ministerio Públicos», en: *Primeras Jornadas de Derecho Judicial*, Madrid, 1983, p. 717.

[22] PEDRAZ PENALVA, Ernesto: «Principio de proporcionalidad y principio de oportunidad», Ponencia presentada en el *II Congreso de Derecho Procesal de Castilla–León*. Universidad de Salamanca, Salamanca.

do aptos para la consecución del fin propuesto en la norma, tienen que ser necesarios, en el sentido que no pueda alcanzarse idéntico resultado con otros menos gravosos; y, c) en cuanto a las cargas resultantes para cada afectado, éstas deben estar en una razonable relación con los beneficios propios y los de la comunidad.

En *cuarto lugar*, en aras del control efectivo a las decisiones de la Fiscalía, resulta imprescindible la intervención judicial, cuando la víctima cuestione la abstención o cuando el imputado considere que determinadas obligaciones o lineamientos reparatorios son desproporcionados. En el Proyecto Alternativo del Código Procesal Penal, que dio lugar al Código de 1991, se exigía –siguiendo el modelo germano– la intervención y aprobación judicial de la decisión fiscal de abstención por oportunidad; sin embargo, en el Código se eliminó la intervención judicial sobre la base de la independencia del Ministerio Público. Esta posición, a nuestro juicio, es totalmente equivocada, por cuanto corresponde al Poder Judicial –por su propia función– determinar si un órgano del Estado actuó correctamente en el marco de las previsiones legales. Si la oportunidad es reglada, es decir, sometida a pautas legales estrictas, no cabe sostener que el juez interfiere en la función fiscal, pues de lo que se trata es de determinar si el Ministerio Público aplica correctamente las normas autoritativas de la oportunidad, cuyo presupuesto es la existencia de elementos de cargo contra el imputado.

El principio de oportunidad, a final de cuentas, surge –en primer término– por la conjunción del incremento de la criminalidad y la incapacidad del aparato judicial para cumplir el principio de legalidad. Este argumento, explica ARMENTA DEU, se completa con la alegación de diversas ventajas que atienden: a razones de interés social o utilidad pública; a contribuir a la consecución de la justicia material por encima de la formal; a favorecer el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas; y a constituir el único instrumento que permite un trato diferenciado entre los hechos punibles que deben ser perseguidos y aquellos otros en los que la pena carece de significación [23].

[23] ARMENTA DEU, Teresa: «Pena y proceso: Fines comunes y fines específicos», en: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, T. XLVIII, Fascículo II, Madrid, 1995, p. 457.

Cabe prevenir que esos criterios se admiten respecto a ilícitos cuya no persecución ni castigo resulta tolerable por las valoraciones sociales medias, y en la medida que no se conviertan en privilegios personales [24].

II. EL ARTICULO 2° DEL CÓDIGO DE 1991

1. Aspectos generales

El art. 2º del Código de 1991, inspirado en el Código de Procedimiento Penal Tipo para Iberoamérica y en la Ordenanza Procesal Penal alemana, regula aquellos supuestos de abstención del ejercicio de la acción penal por el Ministerio Público, obviamente radicada en los delitos públicos. En primer término esta norma exige que toda abstención del Fiscal invocando alguno de los tres supuestos legalmente previstos cuente necesariamente con el consentimiento expreso del imputado.

Este pre–requisito se explica por el hecho de que la abstención por oportunidad requiere un juicio mínimo de presunta responsabilidad penal en el imputado, sustentado en la existencia de elementos de convicción suficientes que justifiquen el procesamiento penal, lo que de hecho afecta el derecho fundamental a la presunción de inocencia. Es claro que si el Fiscal considera que no existe mérito para promover la acción penal porque el hecho no constituye delito o porque no existen mínimos elementos de convicción acerca de la realidad del delito denunciado o de la vinculación del imputado en el mismo, dictará resolución declarando que no procede formalizar denuncia y procederá a disponer el archivo de las actuaciones, de conformidad con el art. 94º.2 de la LOMP.

Dos son los supuestos, de corte preventivo, que asume la ley para determinar la abstención del ejercicio de la acción penal por oportunidad. Por *falta de necesidad de pena* (inc. 1) y por *falta de merecimiento de pena* (incs. 2 y 3). A su vez, en este último criterio se incorporan dos supuestos vinculados, el primero, a los delitos–bagatela (inc. 2); y, el segundo, a los casos de mínima culpabilidad o mínima contribución a la perpetración del delito (inc. 3).

---

[24] Cafferata Nores, José Ignacio: «El principio de oportunidad en el derecho argentino», en: *Nueva Doctrina Penal*, 1996, Buenos Aires, p. 13.

En los supuestos de falta de merecimiento de pena se exige al imputado la reparación de la víctima o un acuerdo en ese sentido, mientras que en el caso de falta de necesidad tal exigencia no se presenta.

2. FALTA DE NECESIDAD DE PENA

El inc. 1 fija el supuesto denominado "*poena naturalis*". En este caso la abstención del Fiscal procederá "Cuando el agente haya sido afectado directa y gravemente por las consecuencias de su delito y la pena resulta inapropiada".

Se trata de un supuesto de falta necesidad de pena porque el imputado se ha castigado a sí mismo al sufrir las graves consecuencias del delito, y ya no resulta necesario, por ninguna de las razones que se reconocen como fundamento de la pena, acudir a una sanción que vaya más allá de lo padecido [25].

Del texto del inc. 1 se infiere: **a)** que tiene un carácter general y no se limita por razones de la entidad del injusto o de la culpabilidad por el hecho; **b)** que, respecto del hecho cometido, se debe tomar en cuenta las consecuencias producidas por el propio imputado, y no a las consecuencias legales o medidas de terceros (v. gr.: inhabilitación, divorcio, disminución de las ventas en el negocio o boicot social); **c)** que las consecuencias pueden ser de índole corporal o económico y, por extensión, la afectación –en el sentido de la ley– puede partir de los perjuicios ocasionados a un pariente u otra persona de su entorno; **d)** que no cabe comprender en estos supuestos, al que quiso o al menos previó como posibles los perjuicios sufridos, rechazables por razones de prevención general [26].

En estos casos, es de tener en cuenta dos datos centrales: **1.** Que como consecuencia de las afectaciones sufridas por el imputado resulta claramente desproporcional imponerle conjuntamente una sanción. **2.** Que se trata de un supuesto, en función a la forma y circunstancias de su comisión, claramente excepcional.

---

[25] JESCHECK, Hans-Heinrich: *Tratado de Derecho penal. Parte general*, 4ª ed., Comares, Granada, 1993, p. 780.

[26] JESCHECK, *Tratado de Derecho penal*, cit., ed. 1993, p. 779.

3. Falta de merecimiento de pena

A. Delitos–bagatela

Este supuesto, al igual que el fijado en el inc. 3, entraña un caso típico de falta de merecimiento de pena, por cuanto vistos en su conjunto atienden a la escasa medida del injusto y de la culpabilidad, así como a la falta de interés público en la persecución, siempre que –en resguardo del interés de la víctima– el imputado repare el daño ocasionado.

El inc. 2 estatuye que procederá la abstención en el ejercicio de la acción penal: "Cuando se tratare de delitos que por su insignificancia o poca frecuencia no afecten gravemente el interés público, salvo cuando la pena mínima supere los dos años de pena privativa de libertad o se hubiere cometido por un funcionario público en ejercicio de su cargo".

Esta disposición, aclara Gössel, tiene la finalidad de economía procesal, de evitar el costoso trabajo de persecución penal en aquellos casos en que se puede renunciar a ello sin daño para lo que es propio del Estado de Derecho [27].

En principio este motivo de oportunidad requiere que se cumplan los siguientes requisitos: **1.** Que el delito sea insignificante o poco frecuente. **2.** Que no afecte gravemente el interés público en su persecución. **3.** Que, en todo caso, la pena mínima no supera los dos años de privación de libertad o que no se trate de un delito funcional.

La insignificancia o poca entidad del injusto está en función a la escasa lesividad del delito perpetrado. No será posible, en ningún caso, hacer uso de este criterio de oportunidad cuando la pena mínima prevista en el tipo penal supera los dos años de privación de libertad. A partir de esa primera referencia, el Fiscal, para definir la insignificancia, no sólo ha de tener en cuenta la conminación penal respectiva, que en rigor constituye un primer marco de definición, sino que fundamentalmente debe apreciar, siguiendo lo dispuesto en el art. 46º del Código Penal, que fija los principios de determinación de la pena, aquellos factores vinculados a la determinación de la magnitud del injusto, tales

[27] Gössel: «Principios fundamentales de las formas procesales descriminalizadores en el proceso penal alemán», cit., p. 882.

como: **a)** la naturaleza de acción: importancia y afectación del bien jurídico protegido por el tipo penal; **b)** los medios empleados en la comisión del delito, observando la entidad lesiva de los mismos o su capacidad para vulnerar bienes jurídicos; **c)** la extensión del daño o peligros causados; y, **d)** las circunstancias del Código Penal.

Por otro lado, por razones de prevención general, la ley impide aplicar el criterio de oportunidad cuando el delito, aun en el caso que la pena que sea previsible imponer sea leve, haya sido cometido por un funcionario público en el ejercicio de su cargo. La vulneración de los deberes que impone el ejercicio de un cargo público (art. 46º.3 CP), el prevalerse de la función pública, incide de tal modo en la valoración del injusto y su merecimiento de castigo, que impide al Fiscal abstenerse de perseguir hechos semejantes.

La poca frecuencia del delito es otro motivo para que el Fiscal se abstenga de promover la acción penal. Se trata de un criterio cuantitativo que persigue garantizar que el Fiscal, siempre que la reiteración delictiva origine fundada alarma social, promueva la acción penal.

En principio el delito no debe estar conminado con una pena mínima superior a los dos años de privación de libertad, ni debe haber sido cometido por un funcionario público en el ejercicio de su cargo. Tanto en este caso, como en el anterior, si el tipo penal está sancionado con penas conjuntas –de privación de libertad con multa, restrictivas de la libertad o privativas de derechos–, no es posible aplicar la oportunidad, pues estaríamos ante un supuesto de mayor contenido de injusto, que vista la excepcionalidad que debe rodear la abstención de persecución penal justifica su reserva legal.

La falta de interés público en la persecución es un requisito común a los supuestos de insignificancia y poca frecuencia. Según la jurisprudencia germana existe interés público cuando la paz jurídica se ve perjudica por encima del "círculo vital" del perjudicado y la persecución penal se constituye en un objetivo actual de la generalidad.

Señala ARMENTA DEU que las circunstancias a tener en cuenta son aquellas que sirvan, asimismo, para determinar la finalidad de la pena; por tanto, debe apreciarse tanto todas las consideraciones de prevención general y especial que determinan la finalidad de la persecución penal, cuanto aquellos otros elementos ponderativos incorporados en el citado art. 46º StGB (art. 46º del Código Penal), aunque estas últimas

no pueden equipararse con las primeras que tienen una mayor fuerza configurativa. La doctrina germana tiene en cuenta, de un lado (prevención general), el modo de comisión del delito, la habitualidad del mismo o razones similares (prevención general), y, de otro lado (prevención especial), los antecedentes del imputado y todo aquello cuya falta de sanción provocaría previsiblemente la comisión de más hechos delictivos [28].

B) Mínima culpabilidad

El inc. 3, en cuanto supuesto de falta de merecimiento de pena, autoriza al Fiscal a abstenerse de promover la acción penal "Cuando la culpabilidad del agente en la comisión del delito, o su contribución a la perpetración del mismo sean mínimos, salvo que se tratare de un hecho delictuoso cometido por un funcionario público en ejercicio de su cargo".

A diferencia del supuesto de delito–bagatela, del inc. 2, el único límite objetivo se encuentra, no en la penalidad conminada por el tipo penal en cuestión, sino en la naturaleza de la infracción cometida: no cabe abstenerse de perseguir delitos funcionales, sin que a ello obste que el agente actuó con mínima culpabilidad o contribuyó escasamente a su perpetración.

La culpabilidad será mínima o escasa "cuando puede quedar situada por debajo de la línea intermedia común de supuestos de hechos similares" [29]. Se considera circunstancias sujetas a ponderación para medir la culpabilidad por el hecho del autor: **a)** los móviles y fines; **b)** la edad, educación, situación económica y medio social; **c)** la unidad o pluralidad de agentes; **d)** la reparación espontánea que hubiere hecho del daño; **e)** la confesión sincera antes de haber sido descubierto; y, **f)** las demás circunstancias personales (art. 46º, incs. 6–11 del Código Penal).

Los factores consignados, de corte preventivo–especial, son indicativos (es un catálogo abierto de circunstancias) y, a su vez, ofrecen un gran margen de interpretación al operador jurídico. Sobre esa base normativa, que por lo demás pueden jugar a favor o en contra del imputado

[28] ARMENTA DEU: *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad*, cit., p. 111.

[29] ARMENTA DEU: *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad*, cit., pp. 108–109.

–son ambivalentes–, debe apreciarse en su conjunto si el imputado actuó por debajo de la línea intermedia común (nobleza de los móviles, precario nivel económico y de educación, ocasionalidad del delito, mínima importancia del deber infringido, reconocimiento espontáneo del hecho y voluntad de reparación del daño perpetrado, etc.). Resulta pertinente tener presente aquellos supuestos de exclusión de culpabilidad y exculpación imperfectos, tales como –de un lado– la minoría relativa o los supuestos de personas mayores de 65 años y la falta de capacidad penal relativa, así como los errores de prohibición y de comprensión culturalmente condicionados vencibles; y, de otro lado, el estado de necesidad exculpante y el miedo insuperable imperfectos (arts. 20º.1, 5 y 7, 21º, 22º, 14º y 15º del Código Penal).

La mínima contribución a la perpetración del delito está referida, en primer lugar, a la escasa voluntad aplicada al delito, vinculada al grado de dolo y a la debilidad de la voluntad criminal; y, en segundo lugar, al concreto y objetivo accionar del imputado en la comisión del delito, esto es, si intervino en un delito que quedó en grado de tentativa o que pese a su intervención fracasó la posibilidad de desistimiento del mismo, si intervino a título de cómplice en segundo grado, o si su participación, más allá de la calificación jurídico penal que merezca, no fue relevante ni especialmente lesivo para la víctima.

C) Exigencia adicional

En ambos supuestos de falta de merecimiento de pena será necesario que el agente hubiera reparado el daño ocasionado o que exista un acuerdo con la víctima en ese sentido. Ello requiere, sin duda, una participación de la víctima, aunque no tiene poder para impedir el ejercicio del principio de oportunidad.

Corresponde al Fiscal determinar si lo realizado u ofrecido por el imputado importa una efectiva reparación. Para este efecto debe tomar en cuenta los criterios reparatorios del art. 93º del Código Penal: restitución o, en su defecto, pago del valor del bien vulnerado; y, la indemnización de los daños y perjuicios, fijada prudencialmente. Si existe acuerdo entre imputado y víctima y éste es razonable, el Fiscal, cumplidos los requisitos de falta de merecimiento de pena, dictará sin más la resolución de abstención por oportunidad. Si no hay tal acuerdo, corresponde al Fiscal determinar el *cuantum* de la reparación suficiente para viabilizar al archivo.

La norma no exige que la reparación necesariamente se haya producido para acordar la abstención del ejercicio de la acción penal. El Fiscal, en uso de su amplio poder discrecional, puede no sólo fijar el monto dinerario correspondiente, sino también la forma y plazo de cumplimiento del mismo. En este último caso, no cabe censura alguna en dictar una resolución de archivo provisional, pendiente de una definitiva que se producirá ulteriormente cuando el imputado, efectivamente, haya cumplido con reparar íntegramente el daño ocasionado. Sobre el particular Gössel insiste en que el archivo es sólo provisional y que sólo después del cumplimiento de las condiciones por el inculpado, el proceso será definitivamente archivado [30]. En su defecto, como este motivo se condiciona a la reparación, el Fiscal dispondrá de inmediato la promoción de la acción penal. No es de recibo sostener que se trata de una deuda civil, puesto que en puridad constituye una condición necesaria para la promoción de la acción penal fundamentada en el respeto del interés legítimo de la víctima.

4. La resolución fiscal

La abstención de promover la acción penal por oportunidad, como se ha dejado sentado, debe expresarse a través de una resolución debidamente fundamentada. El Fiscal debe valorar todas las circunstancias y datos jurídicos que hacen viable la aplicación del aludido principio.

Contra la resolución que disponga la abstención del ejercicio de la acción penal cabe recurso de queja (LOMP) o recurso de apelación (Código de 1991) por quien se considere perjudicado. En principio, si no se ha recabado la aceptación del imputado o si los montos o condiciones fijadas para dar por cumplido la reparación a la víctima son excesivos, corresponde recurrir al primero; empero, si el monto de la reparación o las modalidades de su cumplimiento son lesivas al interés de la víctima, ésta puede interponer el medio impugnatorio correspondiente. En tanto la víctima no puede tener interés en el objeto penal del proceso, no está legitimada para recurrir alegando la incorrección legal de la abstención del ejercicio de la acción penal.

[30] Gössel: «Principios fundamentales de las formas procesales descriminalizadores en el proceso penal alemán», cit., p. 884.

El Fiscal, desde luego, también puede desestimar una solicitud del imputado de abstención de promoción de la acción penal por oportunidad. Esta decisión va acompañada de la decisión de formalizar la denuncia o ejercitar la acción penal. Esta resolución es igualmente recurrible por el imputado, impugnación que impide al fiscal promover la acción penal hasta que el Superior ampare o desestime la queja o apelación.

5. La intervención judicial

El Juez Penal en nuestro sistema procesal no interviene o controla las decisiones del Ministerio Público cuando decide abstenerse de promover la acción penal por oportunidad. Empero, los criterios de oportunidad por falta de necesidad y falta de merecimiento de pena (art. 2º del Código de 1991) también pueden ser aplicados cuando el proceso penal se ha instaurado. En este caso el archivo o sobreseimiento por oportunidad corresponde decidirlo al Juez mediante auto fundado.

El último párrafo del art. 2º del Código de 1991 condiciona el auto de procesamiento del Juez Penal al pedido del Ministerio Público. Esta frase debe entenderse en un sentido amplio, esto es, que el Fiscal solicite u opine favorablemente al sobreseimiento por esta causal. Por consiguiente, es posible que el imputado solicite la aplicación de este instituto, por lo que el Juez, previo traslado a las demás partes personadas, dispondrá la inmediata vista fiscal y sólo archivará la causa siempre que el Fiscal considere viable el motivo invocado y, a su vez, arreglada a ley la petición de su propósito.

En tanto el Fiscal es parte en el proceso y al Juez corresponde finalmente la decisión del sobreseimiento, tal resolución ha de emitirse siempre que la autoridad judicial la considere arreglada a derecho. Por otro lado, es razonable exigir la conformidad fiscal para sobreseer la causa por oportunidad porque el Ministerio Público es el titular de la acción penal y la solución procesal de la oportunidad está encomendada en primer orden al Fiscal.

CAPÍTULO XIII
LA ACCIÓN CIVIL *EX DELICTO*

SUMARIO: I. Nociones generales. II. Contenido. III. Régimen procesal: 1. Ejercicio de la acción civil. 2. Renuncia y extinción de la acción civil.

I. NOCIONES GENERALES

El delito, señala GÓMEZ ORBANEJA, entra como especie en un concepto más general: el *acto ilícito*. Lo que hace del acto ilícito delito es exclusivamente el estar sancionado con una pena (art. II del Título Preliminar del Código Penal). Con otras palabras, esto quiere decir que el delito, en cuanto tal, no produce otro efecto jurídico que la pena; pero el acto que lo constituye es a la vez fuente de obligaciones civiles si lesiona derechos subjetivos o intereses protegidos privados [31]. La causa de la acción civil, apuntan VIADA Y ARAGONESES, hay que cifrarla en el daño que emana del hecho delictivo; el hecho delictivo es causa del daño [32].

El art. 91º del Código de 1991 incorpora como una finalidad de la investigación, en cuanto etapa procesal, determinar la existencia del daño causado. A su vez, el art. 260º de dicha norma impone al Fiscal el deber de requerir en la acusación escrita *"El monto de la reparación civil ... y la persona a quien corresponda percibirlo"*, mientras que obliga al Juez a fijar en la sentencia condenatoria *"... el monto de la reparación civil, las personas que deben recibir ésta y los obligados a satisfacerla ..."*. El art. 1º de la LOMP pre-

---

[31] GÓMEZ ORBANEJA / HERCE QUEMADA: *Derecho procesal penal*, cit., p. 92.

[32] VIADA, Carlos y ARAGONESES, Pedro: *Curso de Derecho procesal penal*, Editorial Prensa Castellana, Madrid, 1971, T. I, pp. 223–224.

cisa que una de las funciones principales del Ministerio Público es velar por la reparación civil, mientras que el art. 92º dispone que la acusación escrita contendrá la reparación civil propone. El Código de 1940 al regular la acusación fiscal y a sentencia condenatoria obliga al Fiscal y al Juez a pronunciarse sobre la reparación civil. En ambos Códigos, el agraviado, siempre que se constituya en parte o actor civil, puede instar en el proceso penal la reparación civil.

Desde esta perspectiva, nuestra ley ritual se afilia al sistema francés, puesto que la acción civil que nace de la sospecha de la comisión de un hecho delictivo que causa un daño a otro se promueve ante el orden jurisdiccional penal. Al respecto el Código Penal impone normas materiales especiales y determina su ámbito de aplicación. Esta acción, en todo caso, es ejercida obligatoriamente por el Ministerio Público, en lo que constituye un deber procesal y el cumplimiento de una función institucional, y eventualmente por la propia víctima, que es de calificar como el ejercicio de un derecho fundamental ante el órgano jurisdiccional penal.

Lo esencial es, por consiguiente, tener muy en claro: **a)** que el delito sólo originará el ejercicio de la acción civil en la medida que produzca un daño, presentando dificultades cuando se trata de delitos de imperfecta realización o de delitos formales de peligro abstracto; **b)** que el sujeto activo de un delito o falta, en tanto produce un daño resarcible, es el obligado civilmente a la reparación; **c)** que también pueden ser obligados al resarcimiento del daño, contra los que pueden dirigirse la pretensión civil, los terceros ajenos a la comisión del delito, siempre que exista un vínculo civil fijado en la ley; y, **d)** que tanto la víctima, potestativamente, como el Ministerio Público, obligatoriamente, están legitimadas para instar el pago de la reparación civil.

La existencia del daño es esencial para dar nacimiento a la acción civil en el proceso penal. Señala al respecto DE LA OLIVA SANTOS que la acción civil que es dable ejercitar en el proceso penal deriva de unos actos u omisiones ilícitos que hayan provocado la indebida pérdida de la posesión de una cosa u ocasionado daños y perjuicios [33].

[33] DE LA OLIVA SANTOS *et. al.: Derecho procesal penal,* cit., p. 243.

II. CONTENIDO

El art. 93º del Código Penal delimita el contenido de la acción civil. Ésta comprende, en primer lugar, la restitución del bien, o si no es posible, el pago de su valor; y, en segundo lugar, la indemnización de los daños y perjuicios. No puede obtenerse en el proceso penal ningún otro efecto jurídico de carácter civil.

La *restitución* pretende eliminar las consecuencias patrimonialmente perjudiciales que el ilícito penal ha causado en el perjudicado. Repone el *statu quo ante*. Para ello, apunta SOLÉ RIERA, se trataría de reponer aquello que ha sido objeto del ilícito a su anterior poseedor, de tal forma que para éste, el delito, en lo que afecta a su esfera estrictamente patrimonial, no le hubiera supuesto una alteración significativa [34].

En esta misma tendencia, el art. 94º del Código Penal precisa que la restitución se hace con el mismo bien aunque se halle en poder de terceros, sin perjuicio del derecho de éstos para reclamar su valor contra quien corresponda. No cabe, desde luego, la restitución si el bien hubiere perecido o desaparecido, o bien –en el caso de inmuebles– hubiera sido adquirido de buena fe por un tercero haciéndolo irreinvindicable.

La *reparación* del bien significa, afirma GIMENO SENDRA, "el pago del valor del bien perecido, desaparecido o adquirido de buena fe por un tercero". El sujeto activo de la obligación (imputado y/o tercero civilmente responsable) debe efectuar una prestación personal tendente a paliar o remediar los menoscabos sufridos en el bien [35]. Si bien está perjudicado en parte, efectuará una prestación compatible con ella, en cambio si el bien desapareció o no es posible recuperarlo la prestación abarcará el íntegro del valor del mismo.

La *indemnización* de los daños y perjuicios pretende hacer desaparecer las consecuencias dañosas que produjo el acto ilícito [36]. Importa, de un lado, según GÓMEZ COLOMER [37], el pago por el daño patrimonial, que com-

---

[34] SOLÉ RIERA, Jaime: *La tutela de la víctima en el proceso penal*, Bosch, Barcelona, 1997, p. 178.

[35] GIMENO SENDRA *et. al.*: *Derecho procesal penal*, cit., ed. 1997, p. 232.

[36] FONT SERRA, Eduardo: *La acción civil en el proceso penal*, La Ley, Madrid, 1991, p. 51.

[37] En: MONTERO AROCA, Juan; ORTELLS RAMOS, Manuel; GÓMEZ COLOMER, Juan–Luis; MONTÓN REDONDO, Alberto: *Derecho Jurisdiccional*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1991, T. III (*Proceso penal*), p. 114.

prende tanto el llamado daño emergente como el lucro cesante, valorados en base a criterios no puramente económicos, así como las posibles consecuencias futuras derivadas del acto ilícito (v. gr.: secuelas de lesiones, pérdidas de días laborables, etc.); y, de otro lado, el pago por el daño moral, que es indemnizable independientemente de si tiene consecuencias patrimoniales, y tanto si se ha causado al agraviado como a su familia o a un tercero.

Como quiera que, según lo dispuesto en el art. 101º del Código Penal, la reparación civil se rige, además, por las disposiciones pertinentes del Código Civil. Desde esta perspectiva legal, la Corte Superior de Lima ha dejado sentado dos criterios jurisprudenciales rigurosamente exactos. En *primer lugar*, que el órgano jurisdiccional, para determinar el monto de la reparación civil, debe tomar en consideración –de conformidad con el art. 1985º del Código Civil, el daño emergente, el lucro cesante y el daño a la persona [también el daño moral, que de conformidad con el art. 1984º del citado Código es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia]– [37 bis]; y, en *segundo lugar*, que asimismo que el monto de la reparación civil devenga intereses desde la fecha en que se produjo el daño, tal como lo ha dispuesto el art. 1085º *in fine* del Código Civil [37 ter].

III. RÉGIMEN PROCESAL

1. EJERCICIO DE LA ACCIÓN CIVIL

Como ya se ha dejado expuesto, cuando el Ministerio Público decide promover la acción penal, paralelamente debe ejercer, acumulativa y obligatoriamente, la acción civil *ex delicto*. Así fluye del art. 1º de la LOMP. Por otro lado, el agraviado también puede, si así lo considera oportuno, ejercitar la acción civil, pero en este caso le resulta indispensable constituirse en parte civil.

Si el actor o parte civil, en atención a que la ley permite optar por exigir la reparación civil en la vía penal o demandarla en la vía civil, escoge una de ellas, a fin de evitar la *litis pendencia*, no puede accionar conjuntamente en

---

[37 bis] Ejecutoria Superior de Lima de 30 de junio de 1997, Exp. Nº 3322-97 (LA ROSA GÓMEZ DE LA TORRE: Miguel: *Jurisprudencia del proceso penal sumario*, Grijley, Lima, 1999, p. 16)

[37 ter] Ejecutoria Superior de Lima de 9 de diciembre de 1997, Exp. Nº 4119-97 (LA ROSA GÓMEZ DE LA TORRE: *Jurisprudencia del proceso penal sumario*, cit., p. 425).

la otra vía. Tal prohibición está recogida legislativamente en el art. 87º del Código de 1991.

Corresponde al Fiscal y al actor civil, en el momento en que denuncia el primero y se persona como actor civil el segundo, precisar el daño ocasionado y, dentro del ámbito o contenido de la reparación civil, emplazar al obligado civil e ir preparando el material probatorio. En la etapa intermedia ambas partes deben concretar la pretensión civil (el Fiscal en la acusación y el actor civil en el escrito de alegato preliminar al enjuiciamiento) solicitando formalmente al órgano jurisdiccionalmente la restitución del bien si el caso lo amerita, así como la reparación y la indemnización consiguiente. La pretensión civil culminará con los alegatos orales que el Fiscal y el actor civil hagan valer antes de finalizar el juicio oral.

2. RENUNCIA Y EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN CIVIL

Respecto de la acción civil ejercitable en el proceso penal cabe el mismo poder de disposición que sobre cualquier otra acción civil: su titular puede renunciar y transigir inclusive [38]. Sobre el particular, el art. 101º del Código Penal remite lo relacionado con la reparación civil al Código Civil, claro está en lo no previsto por él.

El Código Penal no tiene norma que prohíba o limite la renuncia y la transacción en materia de reparación civil. El Código Civil, obviamente, permite la renuncia como la transacción en esta materia (art. 1306º del Código Civil). Por consiguiente, producida la renuncia o la transacción, el Fiscal no introducirá pretensión civil alguna al respecto ni el juez se pronunciará sobre la reparación civil en la sentencia. No obstante ello, sin argumento consistente alguno, el Alto Tribunal ha señalado que "... el hecho que exista transacción respecto al monto de la reparación civil proveniente del delito, no significa que en la sentencia no se ordene dicho pago, el cual debe ajustarse a la voluntad expresa de las partes" [39].

El hecho de que el Ministerio Público ejercite la acción civil *ex delicto* y en su caso introduzca la pretensión civil, no puede desconocer que se trata de una institución de derecho civil y que, por tanto, su titularidad corresponde al ofendido, por lo que si éste se pronuncia expresamente renuncian-

---

[38] DE LA OLIVA SANTOS *et. al.: Derecho procesal penal,* cit., p. 244.

[39] Ejecutoria suprema de 29 de abril de 1974, Exp. Nº 2140–73, Cuzco (*Anales Judiciales,* T. LXVI, Lima, 1974, p. 139).

do o transigiendo con el obligado civil respecto, "no del ejercicio de la acción civil, sino al derecho a la restitución, reparación o indemnización" [40], no cabe otra opción que inhibirse de instar el pago de la reparación civil.

Por lo demás, el Ministerio Público persigue la reparación civil desde una perspectiva de protección del interés privado de la víctima, en tanto el daño resarcible ha sido ocasionado por la comisión de un hecho ilícito calificado de delito por la ley penal, por lo que no es posible imponer un objeto procesal si la víctima en cuyo interés acciona el Ministerio Público decide expresamente renunciar o transigir.

La renuncia, al igual que la transacción, puede producirse antes o dentro del proceso penal y lograrse, a su vez, antes o dentro del proceso mismo. No existe norma que se oponga a este planteamiento. La renuncia y la transacción sólo perjudica al renunciante y a quien transige; los demás agraviados están al margen de ese apartamiento.

La Corte Suprema ha establecido que la transacción, como es obvio, debe llevarse a cabo personalmente con la víctima, con sus herederos legales en caso de fallecimiento o con la persona que se aya constituido en parte civil, de acuerdo a la facultad contenida en el art. 54º del Código de Procedimientos Penales [41].

En cuanto a la extinción de la acción civil, el art. 100º del Código Penal dispone que ésta no se extingue mientras subsista la acción penal. Ello significa que, sin perjuicio de los supuestos de renuncia y transacción, la acción civil *ex delicto* pende de las causales de extinción de la acción penal: muerte del imputado, prescripción y cosa juzgada (art. 78º CP). No rigen los plazos prescriptorios del Código Civil.

En cuanto a la amnistía, considerada como causa de extinción de la acción penal (art. 78º.1 CP), no puede entenderse que la acción civil *ex delicto* se extingue con ella, porque a tenor del art. 89º del Código Penal importa un motivo de suspensión especial de aplicación de la *ley penal* en un caso concreto en orden a evitar la imposición de sanciones penales, pero de ninguna manera se extiende a la reparación civil respecto de la cual no hay suspensión posible, pues de lo contrario se vulneraría flagrantemente el derecho a la tutela jurisdiccional (art. 130º.3 Const.) al negar irrazonablemente la acción civil por un daño resarcible.

---

[40] GÓMEZ ORBANEJA / HERCE QUEMADA: *Derecho procesal penal*, cit., p. 101.

[41] Ejecutoria suprema de 6 de octubre de 1996, Exp. Nº 2355-95-B, Lambayeque (*Normas Legales*, T. 248, enero, 1997, p. A34).

CAPÍTULO XIV
LA CUESTIÓN PREJUDICIAL

SUMARIO: I. Concepto. II. Clasificación. III. Régimen procesal. IV. La cuestión prejudicial penal en sede extrapenal.

I. CONCEPTO

Como es sabido, los elementos que integran los tipos penales no son sólo meramente descriptivos. El legislador también utiliza los denominados "elementos normativos", para cuya exacta inteligencia debe recurrirse a pautas normativas, de carácter jurídico o extrajurídico (v. gr.: culturales), así como a reglas de experiencia y estimaciones sociales. El legislador, asimismo, puede incorporar en la construcción de los tipos penales *relaciones jurídicas* propias de otros ámbitos del derecho –no sometidas al derecho penal–, de suerte que el juez penal se verá en la encrucijada, para fijar en la sentencia los supuestos que condicionan el pronunciamiento penal, en tanto antecedentes lógico–jurídicos, de aplicar una norma no penal en virtud de la cual puede afirmarse como existente o inexistente tal relación [42].

Sin embargo, no toda utilización de conceptos jurídicos no penales implica una cuestión prejudicial. Es posible que los tipos penales al mencionar diversos datos de la realidad introduzca propiamente conceptos o definiciones legales que es del caso asumir para definir el conflicto objeto del proceso penal. Tal es el caso, por ejemplo, del delito de

[42] GÓMEZ ORBANEJA / HERCE QUEMADA: *Derecho procesal penal*, cit., p. 103.

condicionamiento de créditos, previsto y sancionado en el art. 248º del Código Penal, en el que se ha definir los vocablos "funcionarios de instituciones bancarias que operan con fondos del público" y "créditos", para lo cual –sin duda alguna– se ha de acudir a la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros (Ley Nº 26702).

En este último caso, como es obvio, no se necesita la intervención de un juez extra–penal para que en el curso de un proceso determinado declare si tal persona es o no *funcionario del sistema financiero* y si lo que otorgó o no es un *crédito*.

Para que exista *cuestión prejudicial* en el proceso penal, enseña GÓMEZ ORBANEJA, se requiere una materia, distinta de la penal y antecedente de ella, que por sí sola pudiese formar el objeto de una declaración jurisdiccional. Esto es, una relación jurídica, un nexo regulado en sus presupuestos y efectos por el derecho [43]. Un ejemplo, detallado por ORTELLS RAMOS, es el que corresponde al delito de apropiación ilícita [art. 190º del Código Penal peruano], cuando la norma hace mención al siguiente texto: "*...ha recibido en depósito, comisión, administración, u otro título semejante que produzca obligación de entregar, devolver, o hacer un uso determinado ...*". En este caso no sólo se realizan constataciones y valoraciones (interpretar el verdadero alcance de los términos jurídicos utilizados por el legislador) que forman parte del enjuiciamiento del objeto procesal penal, además se añade la característica de que ese elemento tiene entidad para ser objeto de un proceso diferenciado (¿el título invocado –o realmente definido como consecuencia de las relaciones entre imputado y agraviado– obligaba a la entrega o devolución del bien?). En ese sentido puede decirse que se lleva a cabo un juicio prejudicial, respecto al juicio que versa sobre el objeto procesal penal [44].

En tal virtud se está ante una prejudicialidad cuando la resolución de la cuestión principal requiere imprescindiblemente la propia resolución de una cuestión perteneciente a un orden jurídico diferente, en virtud de la existencia de un nexo lógico–jurídico que une a ambas [45].

---

[43] GÓMEZ ORBANEJA / HERCE QUEMADA: *Derecho procesal penal*, cit., p. 104.

[44] En: MONTERO AROCA, Juan; ORTELLS RAMOS, Manuel; GÓMEZ COLOMER, Juan–Luis; MONÓN REDONDO; Alberto: *Derecho jurisdiccional*, Tirant lo blanch, Valencia, 1997, T. III *(Proceso penal)*, p. 334.

[45] CORDÓN, Faustino: *Introducción al Derecho procesal*, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1995, p. 82.

Santos URTECHO BENITES, en esta misma línea nos dice que "la prejudicialidad es siempre una cuestión de derecho, cuya resolución se presenta como antecedente lógico–jurídico de la de derecho penal objeto del proceso y que versa sobre una relación jurídica de naturaleza particular y controvertida, constituyendo un obstáculo para la continuación del proceso penal [46].

La prejudicialidad tiene su razón de ser, no sólo en virtud de dos factores: unidad del ordenamiento jurídico y especialización de los órganos jurisdiccionales (de existir un solo órgano judicial no habría el problema de la prejudicialidad). Además, como puntualiza DE LA OLIVA SANTOS, la prejudicialidad es un problema de distribución del trabajo enjuiciador –la necesidad de juicios previos, que preparan otro enjuiciamiento posterior–, en el que juega un papel de relieve otro elemento: el carácter problemático, o no, del uso o del recurso a conceptos e institutos jurídicos propios de una rama del ordenamiento jurídico distinta de la correspondiente al orden jurisdiccional penal [47].

Es de tener presente que las denominadas *cuestiones prejudiciales penales* tienen con carácter general una prevalencia absoluta sobre la jurisdicción civil y administrativa, en tanto no pueda prescindirse de ella para la debida decisión del caso o cuando condicione directamente el contenido de ésta, lo que genera la suspensión de dichos procedimientos (*vid.*: arts. 13º del Texto Unico Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 11º de la Ley General de Procedimientos Administrativos).

II. CLASIFICACIÓN

Desde el punto de vista de los efectos procesales, las cuestiones prejudiciales pueden clasificarse en no devolutivas y devolutivas. Esta clasificación, dice CORTÉS DOMÍNGUEZ, está en función al órgano jurisdiccional que debe resolverlas; si lo hace el propio Juez Penal o el Juez extra–penal. La primera se denomina cuestión o punto prejudicial y la segunda, causa prejudicial [48].

---

[46] URTECHO BENITES, Santos: *La cuestión prejudicial en el proceso penal*, Universidad Nacional de Trujillo, Trujillo, 1978, p. 47.

[47] DE LA OLIVA SANTOS *et. al.: Derecho procesal penal*, cit., p. 254.

[48] En: GIMENO SENDRA, Vicente; MORENO CATENA, Víctor; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín: *Derecho procesal penal*, Colex, Madrid, 1996, p. 240.

En la *cuestión o punto prejudicial,* aun cuando la resolución de las cuestiones extrapenales exija acudir a otra rama del ordenamiento jurídico, corresponde al juez penal decidirlas al momento de resolver o dictar sentencia. Esto ocurre –en otras palabras, habrá cuestión o punto prejudicial– cuando la cuestión no sea determinante de la culpabilidad o de la inocencia del imputado, sino en todo caso de una distinta calificación jurídica o a un atenuante o agravante de la pena.

En este caso, la resolución de la cuestión prejudicial por el juez penal comporta una triple necesidad: **1.** El Juez la resuelve aplicando las normas jurídicas materiales atinentes al caso, cumpliendo con el principio de legalidad. **2.** A nivel procesal, aplicará el Código Procesal Penal, siendo de destacar la aplicación de las normas procesales penales atinentes a la prueba y su valoración, así como la ausencia de las reglas sobre la carga de la prueba. **3.** Estas cuestiones, aclara CORTÉS DOMÍNGUEZ, son resueltas "a los solos efectos de la prejudicialidad", por lo que la decisión que se adopte (v. gr.: si el imputado es pariente de la víctima en el delito de parricidio, art. 107º CP) no pasa nunca en autoridad de cosa juzgada [49]. En buena cuenta, como enfatiza Faustino CORDÓN, esta es la regla general, pues cada orden jurisdiccional conoce, aunque *incidenter tantum,* las cuestiones prejudiciales que ante él se planteen [50].

La *causa prejudicial* existirá cuando la relación o situación jurídica extra–penal sea determinante de la existencia o inexistencia del delito, de la culpabilidad o inocencia del imputado, esto último entendido como existencia de responsabilidad penal del mismo. ORTELLS RAMOS señala que, en definitiva, la cuestión ha de ser determinante de que se pueda afirmar o no la responsabilidad penal; no basta que condicione la gravedad de la pena a imponer [51].

El Supremo Tribunal, por ejemplo, en una decisión resolvió que si con anterioridad al proceso penal por delitos de estafa, apropiación ilícita y usurpación se han incoado acciones en el orden jurisdiccional civil en donde se ventilan cuestiones relacionadas con las que son materia de imputación penal, existe causa prejudicial que debe ser dilucidada en

[49] En: GIMENO SENDRA *et. al.*: *Derecho procesal penal,* cit., pp. 239–240.

[50] CORDÓN: *Introducción al Derecho procesal,* cit., p. 82.

[51] En: MONTERO AROCA *et. al.*: *Derecho Jurisdiccional,* cit., T. III *(Proceso penal),* ed. 1997, pp. 336–337.

sede extra–penal [52]. En igual sentido se ha pronunciado cuando se formulan cargos por delito de usurpación si con carácter previo se ventilan en la jurisdicción agraria procesos interdictales [53]. En consecuencia, procede la cuestión prejudicial cuando debe establecerse en otra vía el carácter delictuoso del hecho imputado, al punto que si se ampara la instrucción se suspende [54]. En otra decisión la Corte Suprema sancionó que si el hecho denunciado debe ser ventilado en la vía administrativa a fin de establecerse su posible carácter delictuoso, la cuestión prejudicial deducida es procedente [55].

Los arts. 4º *in fine* del Código de 1940 y 6º, primer párrafo, del Código de 1991 sólo reconocen expresamente la *causa prejudicial*. La regulan de modo genérico, sin referirse a casos específicos y obligatorios. La existencia de la causa prejudicial está condicionada, según destaca MIXÁN MASS, a que exista un hecho o acto jurídico preexistente, de carácter autónomo y eventual, especial a íntimamente vinculado en relación de antecedente lógico–jurídico al acto u omisión objeto del procedimiento penal en concreto, que sea capaz de generar duda razonable sobre el carácter delictuoso del acto [56]. Se debe tratar, en suma, de un dato extra–penal determinante de la existencia del delito –de un elemento del tipo penal–, cuya dilucidación deba derivarse al juez extra–penal; no procede, en cambio, cuando se introduce a través de ella una alegación de irresponsabilidad [57], o cuando el hecho o relación que se destaca constituya el fondo del asunto [58].

---

[52] Ejecutoria suprema de 31 de julio de 1964, Exp. Nº 36/64, Lima.

[53] Ejecutoria suprema de 20 de octubre de 1988, Exp. Nº 770–88, Ica (*Anales Judiciales*, T. LXXVI, Lima, 1988, pp. 289–291).

[54] Ejecutoria suprema de 16 de mayo de 1988, Exp. Nº 505–87, Ancash (*Anales Judiciales*, T. LXXVI, Lima, 1988, pp. 251–252).

[55] Ejecutoria suprema de 26 de setiembre de 1994, Exp. Nº 1586–93, Ayacucho (ROJJASI PELLA, Carmen: *Ejecutorias supremas penales. 1993–1996*, Legrima, Lima, 1997, pp. 259–261).

[56] MIXÁN MASS, Florencio: *Derecho procesal penal*, Ediciones Jurídicas, Lima, 1988, T. III, pp. 192–195.

[57] Ejecutoria suprema de 10 de noviembre de 1971 (*Normas Legales*, T. 62, 1972, p. 384).

[58] URTECHO BENITES: *La cuestión prejudicial en el proceso penal*, cit., p. 50.

Constituyen un claro ejemplo de esta concepción la Ejecutoria suprema de 29 de octubre de 1948, que estableció que no debe ampararse la cuestión prejudicial "si el contrato o convenio sirvió de medio para que se consumara el delito de estafa" [59]. Asimismo, cuando se trata de cheques que al momento de su presentación carecieron de fondos, en cuyo caso su determinación delictiva no requiere de esclarecimiento en otra vía ni en forma previa [60]. Desde esa base jurídica, en cambio, es de rechazar la decisión suprema que amparó una cuestión prejudicial deducida en un proceso por delito de concusión bajo el argumento que la Oficina de Control Interno de una institución pública viene investigando en la vía administrativa los hechos objeto del proceso penal [61].

Por otro lado, no se debe condicionar la procedencia de la cuestión prejudicial a la preexistencia de un procedimiento civil o administrativo en curso. Esta concepción, de carácter meramente formal, no tiene sustento alguno, toda vez que la cuestión prejudicial también resultará procedente cuando devicne nccesario dilucidar en una de aquellas vías "... si hubo efectivamente o no delito justiciable criminalmente, en cuyo caso y sólo como consecuencia afirmativa de tal solución, corresponderá el enjuiciamiento criminal" [62].

En una interesante decisión, el alto Tribunal ha considerado que en el delito de concentración crediticia (art. 244º del Código Penal), si bien contiene la *insolvencia* como elemento objetivo del tipo penal, tal exigencia no debe ser materia de un procedimiento previo en la vía administrativa, desde que la intervención de la Superintendencia de Banca y Seguros al decretar la intervención de la entidad financiera lo hace con el propósito de encontrar solución a la insuficiencia de capital y no para calificar el estado de insolvencia, como base previa de la tipificación penal [63].

En cuanto a los delitos contra los deberes de función en agravio del Estado, la Corte Suprema ha señalado que éstos no generan prejudicialidad

---

[59] *Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1949, p. 390.

[60] Exp. Nº 1893–72, Cuzco (*Anales Judiciales*, T. LXV, Lima, 1973, p. 187).

[61] Ejecutoria suprema de 16 de junio de 1988, Exp. Nº 505–87, Ancash (*Anales Judiciales*, T. LXXVI, Lima, 1988, pp. 251–252).

[62] Ejecutoria suprema de 14 de junio de 1945, Exp. Nº 357–45, Junín.

[63] Ejecutoria suprema de 29 de noviembre de 1993, Exp. Nº 2066–93, Lima (*Normas Legales*, T. 232, setiembre, 1995, pp. J25–J26).

alguna, aun cuando la Contraloría General de la República no hubiere culminado sus actuaciones [64]. Otra tesitura adoptó, en cambio, en el caso de cuestionamientos en sede penal y administrativa sobre apoderamiento indebido de productos no minerales, pues exigió que ante el "fuero administrativo minero" se establezca si la extracción minera de la denuncia corresponde al denuncio del agraviado [65]. En los delitos de defraudación tributaria –en una decisión anterior al Decreto Legislativo Nº 813, por el contrario, no consideró necesaria la previa investigación administrativa [66].

III. RÉGIMEN PROCESAL

Las cuestiones prejudiciales, en principio, no requieren formalidad alguna en orden a su planteamiento, puesto que surgen *per se* en función de la cuestión de fondo. Por consiguiente, como anota ESCUSOL BARRA, el Juez Penal no puede prescindir de la cuestión prejudicial que el hecho penal ponga de relieve; situación que no impide que el Fiscal y las demás partes, especialmente el imputado, puedan alegar su existencia en el curso del proceso penal [67]. El art. 9º del Código de 1991 expresamente permite que sean declaradas de oficio.

En el Código de 1940 se precisa que pueden deducirse después de prestada la instructiva (no hay motivo razonable para ello, toda vez que las cuestiones previas y excepciones pueden hacerse antes) y hasta que se remita la instrucción al Fiscal Provincial para dictamen final. En el Código de 1991 se plantean durante la investigación y si se deducen después se consideran argumentos de defensa.

En el caso del Código de 1940 la Corte Suprema ha dejado sentado que "...declarada la procedencia del juicio oral por un delito no tiene objeto resolver la cuestión prejudicial pendiente, dado que el auto de enjuiciamiento tácitamente importa declarar la improcedencia del me-

---

[64] Ejecutoria suprema de 6 de marzo de 1973, Exp. Nº 2302–72, Lambayeque (*Boletín Judicial*, Año II, Nº 8–10, Lima, 1973, pp. 371–374; TARAMONA, José R.: *Compendio de ejecutorias supremas*, Jamse Editores, Lima, 1983, T. III, pp. 52–53).

[65] Ejecutoria suprema de 18 de octubre de 1972, Exp. Nº 1271–72, Lima.

[66] Ejecutoria suprema de 25 de mayo de 1988, Exp. Nº 1102–86, Lima.

[67] ESCUSOL BARRA: *Manual de Derecho procesal penal*, cit., p. 69.

dio de defensa alegado [68]. Asimismo, el Supremo Tribunal ha precisado que la cuestión prejudicial sólo se puede hacer valer durante el período instruccional ya que tiene por objeto el esclarecimiento previo, en vía distinta a la penal, del hecho denunciado como delito [69].

Respecto al exacto entendimiento de lo estatuido en el art. 4º del Código de 1940, Manuel CATACORA GONZALES acota lo siguiente: "La expresión '*rendida la instructiva*' del art. 4º, sólo debe entenderse para la oportunidad en que puede ser planteado el recurso y no a que la diligencia de la instructiva sea pre requisito para su trámite. Esta condición podría valer para las causas con reo en cárcel, pero no en el caso de los ausentes y contumaces. Por lo mismo, pueden proponerse en el término ampliatorio o al concluirse la declaración instructiva" [70].

En ambos Códigos su tramitación es de carácter incidental. Su planteamiento al Juez Penal exige la formación de un cuaderno incidental, el traslado a las partes personadas, la vista fiscal y, finalmente, la resolución judicial. Todo ello debe producirse sin interrumpir el curso de lo principal y resolverse antes de la sentencia (art. 4º del Código de 1940 y 9º del Código de 1991). En igual sentido se ha pronunciado la Corte Suprema, sancionando con la nulidad la omisión del trámite indicado [71].

Si se declara fundada la causa prejudicial, produce dos efectos: *suspensivo* y *extensivo*. El primer efecto consiste en la suspensión del procedimiento penal, a la espera que el juez extra–penal resuelva. Así lo ha declarado el Supremo Tribunal en la Ejecutoria suprema de 21 de mayo de 1959 [72]; asimismo, ha sancionado que, en tanto la cuestión prejudicial procede cuando debe establecerse en otra vía el carácter delictivo del hecho imputado, de ampararse sólo suspende la instrucción, no la anula [73].

---

[68] Ejecutoria suprema de 6 de octubre de 1972, Exp. Nº 1311–72, Lima (TARAMONA: *Compendio de ejecutorias supremas*, cit., T. III, p. 108).

[69] Ejecutoria suprema de 18 de abril de 1972, Exp. Nº 22–72, Lambayeque (*Boletín Judicial*, Año I, Nº 1, Lima, 1972, pp. 46–47).

[70] CATACORA GONZALES, Manuel: *Manual de Derecho procesal penal*, Rodhas, Lima, 1996, p. 225.

[71] Ejecutoria suprema de 18 de setiembre de 1970 (*Revista Jurídica del Perú*, Nº III–IV, Lima, 1969, p. 104).

[72] *Revista Jurídica del Perú*, Nº II, Lima, 1959, pp. 141–142.

[73] Ejecutoria suprema de 16 de mayo de 1988 (*Anales Judiciales*, T. LXXVI, Lima, 1988, p. 251).

El Código de 1991 ha subsanado las omisiones del Código de 1940, puesto que si la acción extra–penal no se ha interpuesto, la persona legitimada para hacerlo tiene un plazo de 30 días, a cuyo vencimiento iniciará la acción el Fiscal Provincial en lo Civil, en tanto el procedimiento penal se refiera a un delito público. En aras de evitar la indefinida suspensión del proceso penal, el art. 6º de dicho Código autoriza al Fiscal a intervenir y continuar con el proceso extra penal hasta su terminación, así como a sustituir al titular de la acción si éste no lo prosigue.

La cuestión prejudicial tiene, asimismo, un efecto extensivo. En los casos de procesos complejos, seguidos contra varios imputados, si éstos se encuentran en la misma situación jurídica que su coimputado que ha deducido la cuestión prejudicial, los efectos favorables de ella, como la suspensión del procedimiento, también les alcanzan. Se entiende que dichos encausados están sometidos a los mismos cargos y delitos, por lo que si se ampara la cuestión prejudicial, sus efectos suspensivos obviamente debe favorecerles.

Es de precisar, finamente, como apunta Santos URTECHO BENITES, que la resolución dictada por el magistrado o autoridad extra penal, se concreta únicamente a declarar un estado o situación de hecho o de derecho, sin entrar a prejuzgar sobre si existe o no existe delito, lo cual sólo es de competencia del juez penal; el juez extra penal podrá establecer, por ejemplo, si tal o cual acto es nulo, o si tiene o no título para el ejercicio de un derecho, pero en forma alguna podría declarar si el hecho denunciado constituye o no delito [74].

IV. LA CUESTIÓN PREJUDICIAL PENAL EN SEDE EXTRAPENAL

La prejudicialidad puede surgir no sólo en el proceso penal a partir de relaciones jurídicas extra–penales, sino también en procedimientos civiles, laborales, agrarios, tutelares (regulados por el Código del Niño y del Adolescente) o contencioso–administrativos. Los arts. 3º del Código de 1940 y 7º del Código de 1991 establecen que, en este caso, la cuestión prejudicial que ha de declararse:

[74] Citado por CATACORA GONZALES: *Manual de Derecho procesal penal*, cit., p. 220.

1. Sólo puede surgir en el curso del procedimiento extra–penal, obviamente antes de que se resuelva el conflicto jurídico que ha dado lugar al procedimiento extra penal. En principio, debe entenderse que si el expediente extra–penal se encuentra en la etapa de ejecución no es del caso que en él se ventile la prejudicialidad [75].

2. Está vinculada a la existencia de un delito perseguible de oficio, relacionado o no, determinante o no, con el objeto procesal materia de la causa extra penal. En este sentido la Corte Suprema ha resuelto que "... es del caso amparar la cuestión prejudicial ... si se va a determinar la autenticidad o falsedad de la firma del agraviado que aparecen en las letras de cambio materia de la demanda civil, pues el hecho denunciado se encuentra sujeto a lo que se resuelva en la vía extra–penal" [76].

Por otro lado, la declaración de que existe una cuestión prejudicial penal ha de ser formalmente emitida por el Juez extra penal, sea de oficio o a petición de parte. Por consiguiente, quien se considere ofendido por un supuesto delito surgido en el curso del proceso extra–penal no puede acudir directamente al Ministerio Público. Debe solicitar que se expida la resolución correspondiente para que se cursen copias certificadas de lo actuado al Fiscal Penal y pueda éste, de conformidad con lo dispuesto en el art. 95º.1 de la LOMP, formalizar la denuncia penal si la considera procedente.

La suspensión del procedimiento extra–penal, como es lógico, procederá siempre y cuando el Juez considere que el ilícito penal denunciado pueda influir en la resolución de fondo que le corresponde dictar. Así lo dispone el Código de 1991, pero el Código de 1940 parece decir que el efecto suspensivo es automático a la declaración de existencia de un delito, interpretación que no es de recibo por cuanto precisamente es de analizar el vínculo causal entre delito prejudicial y objeto del proceso extra penal. Resultaría impropio suspender el proceso si no hay factor causal válido entre uno y otro. De otro lado, es de tener presente, igualmente, que la suspensión se hará efectiva una vez que el Juez Penal haya abierto instrucción o aprobado el auto de apertura de investigación del Fiscal.

---

[75] Ejecutoria suprema de 9 de noviembre de 1981, Exp. Nº 1922–80, Lima (TARAMONA: *Compendio de ejecutorias supremas*, cit., T. II, pp. 44–45).

[76] Ejecutoria suprema de 22 de diciembre de 1995, Exp. Nº 4833–95, Arequipa.

La jurisprudencia es unánime al respecto. Así tenemos que el Supremo Tribunal ha establecido: **1.** Que el art. 3º del Código de 1940 faculta al Juez Civil para remitir el expediente al Ministerio Público para los fines de ley, pero no al Juez Penal [77]. **2.** Que los litigantes no están facultados para uso de este artículo, cuya aplicación es de exclusiva competencia del Juez Civil [78]. **3.** Que sólo el representante del Ministerio Público puede denunciar los delitos perseguibles de oficio, cuando en un proceso civil hay indicios de haber sido cometidos [79]. La vulneración de estas normas, origina la nulidad de todo lo actuado y el archivo definitivo del proceso [80].

Finalmente, desde la perspectiva del juez extra–penal, el Supremo Tribunal sentó la siguiente doctrina, asumiendo lo expuesto líneas arriba: "los jueces no pueden dejar de aplicar el art. 3º del Código de Procedimientos Penales cuando en la sustanciación de un proceso civil aparecen indicios razonables de la comisión de un delito perseguible de oficio. La potestad de suspender el proceso civil mientras se ventila el penal, no está librada al arbitrio absoluto del juez, sino más bien a la recta apreciación de las probables consecuencias jurídicas del último" [81].

---

[77] *Revista de los Tribunales*, 1946, Lima, p. 449.

[78] Ejecutoria suprema de 27 de marzo de 1979, Exp. Nº 403–79, Arequipa (*Anales Judiciales*, T. LXXI, Lima, 1979–1981, p. 159).

[79] Ejecutoria suprema de 25 de diciembre de 1939 (*Anales Judiciales*, 1939, Lima, p. 319).

[80] Ejecutoria de 19 de octubre de 1979 (*Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1978, Lima, pp. 982–983).

[81] Ejecutoria suprema de 4 de mayo de 1970 (RONCALLA VALDIVIA, Lino: *Jurisprudencia en materia procesal penal*, Sesator, Lima, 1984, pp. 217–218).

CAPÍTULO XV
LA CUESTIÓN PREVIA

SUMARIO: I. Concepto. II. Requisito o condición de procedibilidad: 1. Concepto. 2. Manifestaciones de las condiciones de procedibilidad. 3. Diferencias con las condiciones objetivas de punibilidad. III. Efectos y Procedimiento: 1. Efectos. 2. Procedimiento.

I. CONCEPTO

Los arts. 4º del Código de 1940, modificado por el Decreto Legislativo Nº 126, y 5º del Código de 1991 han incorporado como un medio especial de defensa técnica la denominada *cuestión previa.* Proceden, según ambas normas, *cuando no concurre o se omite un requisito de procebilidad explícitamente previsto en la Ley.*

La denominación de esta institución eminentemente procesal responde a su naturaleza y, a juicio de Florencio MIXÁN MASS, refleja la función que se le ha asignado: es un requisito procesal que debe ser satisfecho a cabalidad, con toda regularidad, antes de pasar a ejercitar la acción penal [82]. La ley, en este caso, como precisó el Supremo Tribunal, establece determinada condición para la instauración de un proceso penal [83].

[82] MIXÁN MASS: *Derecho procesal penal*, cit., T. III, pp. 192–195.

[83] Ejecutoria suprema de 12 de mayo de 1994, Exp. Nº 2310–93, Ica (ROJJASI PELLA: *Ejecutorias supremas penales. 1993–1996*, cit., pp. 257–258).

Las cuestiones previas, por consiguiente, constituyen un obstáculo no a la prosecución del proceso penal, sino a su inicio –a su promoción–. Son condiciones para la iniciación de la acción penal [84]. De faltar estas condiciones, el proceso no puede continuar válidamente y, por tanto, debe anularse, pudiendo reiniciarse una vez se subsane la omisión incurrida, lo que constituye un reflejo de su calidad de presupuesto procesal.

La Corte Suprema ha establecido que el requisito de procedibilidad, para que opere como cuestión previa, debe encontrarse previsto en la ley de manera expresa [85].

II. REQUISITO O CONDICIÓN DE PROCEDIBILIDAD

1. CONCEPTO

La Ley procesal penal identifica el remedio procesal, esto es, cuestión previa, con una institución típicamente procesal, en rigor, un presupuesto procesal vinculado a la promoción de la acción penal: los requisitos o condiciones de procedibilidad. Ya se ha sostenido, en primer lugar, siguiendo a PETERS, que los *presupuestos procesales* son circunstancias que deben darse en el caso concreto, para que pueda llevarse a cabo un proceso penal; y, en segundo lugar, que los presupuestos procesales deben distinguirse, como apunta JESCHECK, tanto de los elementos del tipo como de las condiciones objetivas de punibilidad [86].

En Italia, donde surgió esta doctrina, se definió las *condiciones de procedibilidad* como condiciones de la acción penal, construcción teórica que es propia de un sistema procesal en donde ésta es absolutamente oficial y, en consecuencia, el Ministerio Público detenta al monopolio de la misma. Su construcción, sin embargo, condujo a reducir los presupuestos procesales a la esfera de los sujetos del proceso, empobreciendo la doctrina de los presupuestos procesales al excluir de la misma tanto

---

[84] VALLE RANDICH, Luis del: *Derecho procesal penal. Cuestiones prejudiciales, cuestiones previas y excepciones*, Imprenta Liurimsa, Lima, 1966, p. 105.

[85] Ejecutorias supremas de 23 de julio de 1991, Exp. Nº 492–91, Ancash; y de 12 de mayo de 1994, Exp. Nº 2310–94, Ica.

[86] JESCHECK, Hans–Heinrich: *Tratado de Derecho penal. Parte general*, Bosch, Barcelona, 1981, Vol. II, p. 1229.

los presupuestos "objetivos", tales como la cosa juzgada, la prescripción, la amnistía y la litispendencia, cuanto los presupuestos de la actividad, como por ejemplo la autorización para proceder y la certificación de haberse intentado la conciliación [87]. Por consiguiente, es del caso señalar que las condiciones de procedibilidad son, en verdad, presupuestos de iniciación del proceso o, utilizando la terminología de ROSENBERG, de la admisibilidad del procedimiento.

Por tanto, *se trata de causas que condicionan el ejercicio de la acción penal y sin cuya presencia no es posible promoverla.* Si se inicia el proceso penal obviando la presencia de las condiciones de procedibilidad, éste devendrá nulo de pleno derecho al imposibilitar al juez examinar el mérito de la causa, es decir, de la imputación, dado que ésta se habría iniciado con violación de la ley, que condiciona su ejercicio a la presencia de determinados actos o circunstancias extra típicas.

Desde esta perspectiva, siguiendo a Eberhard SCHMIDT [88], lo que se entiende por condiciones de procedibilidad son "*...presupuestos procesales que resultan, en parte, de las relaciones del objeto del proceso con el procedimiento concreto, cuya admisibilidad como camino para la sentencia se pone en cuestión*". A través de ellas se identifican determinados delitos que no pueden perseguirse, es decir, respecto de ellos no puede dictarse una resolución sobre el fondo por vía procesal viable, sin que el lesionado u otra persona haya manifestado, por sí, su voluntad de perseguirlos. Esto sucede: **a)** en los delitos perseguibles por querella; **b)** en los casos de autorización para proceder; y, **c)** en los supuestos en que la ley exige la intervención previa de una autoridad por medio de una resolución concerniente al objeto del proceso.

2. MANIFESTACIONES DE LAS CONDICIONES DE PROCEDIBILIDAD

A) Delitos de instancia privada

En estos delitos el propio Código Penal o Ley Penal Especial determina si se persigue al amparo de los principios de oficialidad y legalidad o si se requiere querella penal del ofendido, entendida como una petición

---

[87] GIMENO SENDRA: *La querella*, cit., p. 42.

[88] SCHMIDT, Eberhard: *Los fundamentos teóricos y constitucionales del Derecho procesal Penal*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1957, pp. 83 y 102–103.

suya, presentada en tiempo y forma, para que tenga lugar la persecución penal correspondiente a causa de un delito cometido en su agravio.

La querella funciona como un presupuesto procesal, que expresa al fin y al cabo la voluntad de la víctima de que se sancione penalmente a una persona que ha cometido un determinado delito en su contra. En estos delitos predomina un interés privado (por tanto, no es desacertado denominarlos *delitos privados*). Por ello, anota GIMENO SENDRA, es que el Ministerio Público está obligado a abstenerse de actuar, que la acción es privada y exclusiva, y que el particular ofendido tiene la disponibilidad tanto de la pretensión procesal penal cuanto, indirectamente, del *ius puniendi* a través del instituto de la remisión, etc. [89].

El Código Penal señala que están sujetos a acción privada los delitos contra el honor personal (art. 138º), los delitos contra la intimidad personal (art. 158º), determinadas figuras penales contra la libertad sexual (art. 178º, segundo párrafo) y el delito de perjuicio de reputación de empresa o descrédito de productos (art. 240º).

B) Autorización para proceder y consentimiento de la autoridad

Existen delitos en los que su persecución está sujeta a la autorización de la víctima, así como al consentimiento de la autoridad. Una vez que la víctima o la autoridad autorice o consiente la persecución, es el Ministerio Público el encargado de promover la acción penal y perseguir el delito introduciendo la pretensión procesal. La víctima o la autoridad tiene el control de la posibilidad del ejercicio de la acción penal, pero una vez expresada su voluntad de iniciación del proceso, corresponde al Fiscal continuar con el mismo.

Es posible identificar los siguientes supuestos. En primer lugar se encuentran los denominados *delitos semi–públicos*, tales como el delito de defraudación tributaria (art. 7º, Decreto Legislativo Nº 813) y, en la anterior legislación, los delitos de violación, seducción, rapto o abuso deshonesto de un menor de más de catorce años y menos de dieciocho (art. 313º del Código de 1940, modificado por el Decreto Ley Nº 20583). Un caso especial de delito semi–público es el de abuso de poder económi-

[89] GIMENO SENDRA: *La querella*, cit., p. 57.

co, previsto y sancionado en el art. 232º del Código Penal, pues en virtud del art. 19º del Decreto Legislativo Nº 701, de 7 de noviembre de 1991, el Fiscal sólo promoverá la acción penal por denuncia de la Comisión de Libre Competencia

En segundo lugar, están los delitos cometidos por Altos Dignatarios, sean funcionales o no. En ellos, en los supuestos que fija la ley, resulta necesario conseguir que la autoridad política emita la correspondiente resolución de acusación constitucional (delitos funcionales) o de desafuero (delitos no funcionales), tal como lo disponen los arts. 93º, 99º, 100º y 161º de la Constitución. Asimismo, es de incluir en este rubro los delitos funcionales cometidos por jueces y fiscales, con excepción de los Vocales y Fiscales Supremos que están sujetos al antejuicio constitucional, puesto que se requiere la resolución autoritativa del Órgano de Gobierno del Ministerio Público para poder procesarlos (Tercera Disposición Complementaria de la Ley Nº 26623).

Llama la atención que la Corte Suprema, en alguna ocasión, haya amparado una cuestión previa invocando las normas de la legislación de defensa judicial del Estado (Decretos Leyes Nº 17537 y 17667), que disponen que para formular denuncia a nombre del Estado es necesario la expedición previa de la Resolución Ministerial autoritativa al Procurador Público del Sector [90], puesto que se confunde lo que constituye una norma dirigida a la propia administración a fin de garantizar el orden interno estatal para decidir la formulación de denuncia por cuenta del Estado mismo, con la persecución penal del delitos públicos a cargo de la Fiscalía; por lo demás, la concepción claramente antiformalista que rige los presupuestos y requisitos de toda *notitia criminis*, determina que, inclusive, de no cumplirse este requisito por el propio Procurador, es posible subsanarlo en el curso del sumario judicial.

C) Pronunciamiento de la Autoridad sobre el objeto del proceso

En muchos delitos la ley exige que una determinada autoridad emita un pronunciamiento (resolución o informe) concerniente al objeto del proceso. Se encuentran en este rubro los *delitos ecológicos*, puesto que

[90] Ejecutorias supremas de 24 de enero de 1989, Exp. Nº 852–88, Huancavelica; y de 1 de febrero de 1989, Exp. Nº 712–88, Lima (*Anales Judiciales*, T. LXXVII, Lima, 1989, pp. 258–263).

la Ley Nº 26631, de 26 de junio de 1996, exige que para la formalización de los delitos ecológicos un informe fundamentado a las entidades sectoriales competentes sobre si se ha infringido la legislación ambiental. También se encuentran comprendidos los *delitos cometidos por funcionarios del sistema financiero en el ejercicio de su cargo*, en que se requiere informe de la Superintendencia de Banca y Seguros (Cuarta Disposición Final y Complementaria de la Ley Nº 26702, de 9 de diciembre de 1996), y los *delitos de contra los derechos de autor y demás que se encuentran dentro del ámbito del INDECOPI*, en los que se requiere el informe técnico de esta institución.

En el caso de los delitos sujetos al control administrativo del INDECOPI, las normas son las siguientes: 1) El art. 32º del Decreto Ley Nº 26122, modificado por la Primera Disposición Final del Decreto Legislativo Nº 822, de 24 de abril de 1996, referente a los delitos contemplados en los arts. 165º, 190º, 191º, 222º–225º y 238º–240º del Código Penal, vinculados a la competencia desleal; 2) La Primera Disposición Final del Decreto Legislativo Nº 822, de 24 de abril de 1996, referente a los delitos contra los derechos de autor y delitos conexos; 3) La Tercera Disposición Final del Decreto Legislativo Nº 823, de 24 de abril de 1996, referente a los delitos contemplados en los arts. 222º–225º y 240º del Código Penal, circunscritos a las vulneraciones a la Ley de Propiedad Industrial.

Otro supuesto incluido en este nivel es el supuesto del delito cometido por un testigo que incurre en falsedad en un juicio oral. En estos casos, reza el art. 257º del Código de 1940, en la sentencia debe resolverse si hay motivo para abrir instrucción contra él.

En cambio, no constituye un supuesto de cuestión previa lo dispuesto en el art. 22º de la Ley de Delitos Aduaneros, Ley Nº 24939, que establece que recibidas las mercancías y demás efectos decomisados se procederá al avalúo y aforo, cuyos resultados se comunicarán al Fiscal de Turno para que procederá a denunciar el hecho, en tanto que esta comunicación no condiciona la perseguibilidad del delito, sino que garantiza una más efectiva persecución penal [91].

[91] Ejecutoria suprema de 14 de febrero de 1992, Exp. Nº 566–91, Tacna (*Normas Legales*, T. 235, diciembre, 1995, pp. J33–J34).

3. DIFERENCIAS CON LAS CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD

Salvo contadas excepciones, anota Borja MAPELLI CAFFARENA, dentro de la doctrina existe una opinión generalizada que entiende las condiciones objetivas de punibilidad como parte del Derecho penal material. Enseña el citado autor que la no presencia de una condición objetiva de punibilidad importa la violación del deber de no punir, mientras que la no presencia de una condición de procedibilidad trae consigo la violación del deber de no proceder [92].

Las condiciones objetivas de punibilidad se fundamentan en consideraciones sustantivas que afectan a la existencia material del delito, mientras las condiciones de procedibilidad no inciden para nada en la punibilidad del delito y solamente conciernen a la admisibilidad de su persecución procesal [93].

Corresponde a GALLAS y SCHMIDHÄUSER el mérito de haber fijado un ámbito concreto de delimitación de ambas instituciones. Dice GALLAS que las circunstancias independientes de la culpabilidad se pueden considerar condiciones objetivas de punibilidad si "están en conexión con el hecho", es decir, si pertenece al "complejo del hecho" en su conjunto [94]. SCHMIDHÄUSER apunta, en igual sentido, que la condición objetiva de punibilidad contribuye a determinar directamente la situación del hecho y su materialización, así como que la circunstancia que debe ser calificada como condición objetiva de punibilidad tiene que concurrir en inmediata conexión con el hecho injusto. Esta conexión se produce no sólo cuando la circunstancia afecta a la propia acción delictiva, sino también cuando se trata de un elemento que tendría que ser caracterizado como resultado de la acción si la culpabilidad fuese referida a él. En tanto lo que permite individualizar la condición objetiva de punibilidad es una *vinculación al acontecer típico*, su ausencia determina la impunidad del autor [95].

---

[92] MAPELLI CAFFARENA, Borja: *Estudio jurídico–dogmático sobre las llamadas condiciones objetivas de punibilidad*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1990, pp. 103–104.

[93] MARTÍNEZ PÉREZ, Carlos: *Las condiciones objetivas de punibilidad*, EDERSA, Madrid, 1989, p. 96.

[94] Citado por ROXIN, Claus: *Derecho penal. Parte general*, Civitas, Madrid, 1997, T. I, p. 988.

[95] Citado por MARTÍNEZ PÉREZ: *Las condiciones objetivas de punibilidad*, cit., pp. 101–103.

Las condiciones de procedibilidad no están vinculadas al hecho injusto, su *ratio,* a diferencia de las condiciones objetivas de punibilidad, no conlleva una mayor dosis de contrariedad al orden jurídico según apunta STRATENWERTH, sino descansa en determinadas razones utilitarias [96]. La ausencia de una condición objetiva de punibilidad niega la existencia del delito, mientras que la no consideración del requisito procesal despliega puramente el efecto de dejar imprejuzgada la acción, ya que el hecho sigue siendo en rigor punible; así lo demuestra la circunstancia de que la condición para proceder puede cumplirse en un momento posterior y, en atención a ello, hacer factible la persecución del comportamiento punible [97].

Tomando como base esta última concepción, Claus ROXIN señala que la garantía de reciprocidad en los delitos contra la seguridad exterior del Estado o la declaratoria de quiebra (art. 209º CP) son condiciones objetivas de punibilidad, y que la indemnidad *–o inviolabilidad–* del parlamentario y magistrado constitucional (art. 93º, segundo párrafo, y 161º, tercer párrafo, Const.) es una causa de exclusión de la punibilidad: porque todas esas circunstancias pertenecen al complejo del hecho y a su enjuiciamiento desde el punto de vista jurídico–penal. Por el contrario, continúa ROXIN, la querella, prescripción, amnistía, indulto, etc., son presupuestos de procedibilidad, ya que se trata de sucesos situados totalmente fuera de lo que sucede en el hecho. Y también la inmunidad (arts. 99º y 93º *in fine* Const.), a diferencia de lo que se sucede en la indemnidad (art. 93º, segundo párrafo, Const.), es un presupuesto de procedibilidad, pues la punición depende de una posterior decisión del Parlamento [98].

III. EFECTOS Y PROCEDIMIENTO

1. EFECTOS

Como ya se anotó, detectada la omisión de una condición de procedibilidad sólo cabe anular lo actuado y tenerse por no presentada la denuncia formalizada del Fiscal. Así lo dispone los arts. 4º del Código de 1940 y 5º del Código de 1991. Se trata de un presupuesto procesal y, como

[96] Citado por MARTÍNEZ PÉREZ: *Las condiciones objetivas de punibilidad,* cit., pp. 101–103.

[97] MARTÍNEZ PÉREZ: *Las condiciones objetivas de punibilidad,* cit., p. 104.

[98] ROXIN: *Derecho penal. Parte general,* cit., T. I, pp. 988–989.

tal, su vulneración acarrea la anulación de un proceso al haberse constituido indebidamente al lesionarse normas de observancia obligatoria.

El art. 77º del Código de 1940, al igual que el numeral 113º, tercer párrafo, del Código de 1991, permite al Fiscal y, en su caso, al Juez rechazar la iniciación del proceso, por entender que no se ha promovido válidamente la acción penal al vulnerarse un requisito de procedibilidad. Si el Juez no se da cuenta de la exigencia legal de cumplir con una condición de procedibilidad y abre instrucción o aprueba la promoción de la acción penal, corresponde al imputado utilizar el remedio correspondiente, la cuestión previa, para conseguir la nulidad de lo actuado.

Dos son los efectos de la cuestión previa declarada fundada. El primero es de *carácter anulatorio*; declarada que la acción fue mal promovida, no cabe otra opción que anular lo actuado con posterioridad a ella. El segundo efecto es *carácter extensivo*, pues comprende a todos quienes resulten procesados por el mismo delito donde aparece acreditada el no cumplimiento de la condición de procedibilidad; es de entender que el presupuesto procesal incumplido no está en función a los sujetos procesales o al órgano jurisdiccional, sino al objeto o causa, de ahí que se extiende a todos quienes están indebidamente involucrados en ella, sin interesar si una o todas las partes acusadas la promovieron.

Un dato esencial de la anulación del procedimiento y, por tanto, que la acción queda imprejuzgada, estriba en que la omisión detectada puede ser subsanada. Ello significa que corregido el error puede volver intentarse en otro procedimiento. El auto que ampara la cuestión previa no se pronuncia sobre el mérito de la imputación, tiene un carácter eminentemente procesal; es un auto o sentencia de improcedibilidad, luego, es posible volver a intentar la acción.

2. PROCEDIMIENTO

La promoción de la cuestión previa origina necesariamente la formación de un cuaderno incidental, sin afectar el curso del principal; de ahí que DEL VALLE RANDICH, en una definición sólo aceptable desde una perspectiva formal, sostenga que las cuestiones previas son meros incidentes del asunto principal [99]. En el Código de 1940 se plantean en

[99] VALLE RANDICH: *Derecho procesal penal. Cuestiones prejudiciales, cuestiones previas y excepciones*, cit., p. 105.

cualquier estado de la causa (art. 4º), mientras que en el Código de 1991 durante la investigación y en la etapa intermedia (arts. 9º y 263º).

La Corte Suprema, en relación al Código de 1940, ha reiterado que la cuestión previa puede plantearse en cualquier estado de la causa y procederá cuando la denuncia haya sido amparada sin un requisito de procedibilidad [100].

La denuncia de la omisión de una condición de procedibilidad no sólo puede ser deducida por el propio imputado. También corresponde hacerlo al Fiscal, en cuanto parte sometida a los principios de legalidad e imparcialidad, y al tercero civil, cuyo entorno jurídico se perjudica con un proceso mal instaurado en el que se le reclama responsabilidad civil por el hecho del imputado. De igual manera, en tanto se cuestiona el incumplimiento de un requisito de procedibilidad vinculado a la causa o a la actividad, obviamente puede ser deducido de oficio por el Juez, no sólo al momento de calificar la denuncia o acto de promoción de la *acción* penal, sino en cualquier estado del procedimiento.

Rige para el trámite de la cuestión previa lo que en su oportunidad se expondrá en el capítulo referido a las excepciones.

IV. EL DELITO DE LIBRAMIENTO INDEBIDO

La jurisprudencia de la Corte Superior de Lima considera, de modo constante, que en los delitos de libramiento indebido (art. 215º del Código Penal) la ausencia del requerimiento de pago al librador constituye un requisito de procedibilidad que obliga a amparar la cuestión previa deducida al efecto [100 *bis*]. De igual manera, estima que la exigencia de que el che-

---

[100] Ejecutoria suprema de 24 de noviembre de 1987 (*Anales Judiciales*, T. LXXV, Lima, 1987, p. 162).

[100 *bis*] Ejecutorias superiores de 4 de julio de 1997, Exp. Nº 1112-97 (LA ROSA GÓMEZ DE LA TORRE: *Jurisprudencia del proceso penal sumario*, cit., p. 371): de 11 de diciembre de 1997, Exp. Nº 4197-97-A (LA ROSA GÓMEZ DE LA TORRE: *Jurisprudencia del proceso penal sumario*, cit., p. 375); de 22 de setiembre de 1997, Exp. Nº 4580-97-A (LA ROSA GÓMEZ DE LA TORRE: *Jurisprudencia del proceso penal sumario*, cit., p. 378); de 23 de setiembre de 1997, Exp. Nº 3728-97-A (LA ROSA GÓMEZ DE LA TORRE: *Jurisprudencia del proceso penal sumario*, cit., p. 383).

que tenga la anotación que exprese el motivo de la negativa del Banco para pagarlo también configura un requisito de procedibilidad [100 ter].

El último párrafo del art. 215º del Código Penal estatuye que: *"No procede la acción penal si el agente abona el importe del documento dentro del tercer día hábil a la fecha del requerimiento"*. La doctrina de modo prácticamente unánime ha calificado esta cláusula como una excusa absolutoria o causa personal de exclusión de pena. MUÑOZ CONDE señala que esta institución, en el presente caso, excluye la penalidad y que se concede por meras razones de utilidad y conveniencia político–criminal con la finalidad de conseguir a toda costa el pago [100 quater]. En rigor, siguiendo a JESCHECK, es una causa personal de levantamiento de pena, por tratarse de una circunstancia que no se produce hasta después de la comisión de la acción punible que elimina con carácter retroactivo la punibilidad ya surgida [100 quinquies].

En tal virtud, como corresponde al denunciante y al Fiscal establecer que se cursó el requerimiento y que el librador no pagó el monto del cheque exigido, se tiene que si se ha omitido tal emplazamiento o éste fue absolutamente defectuoso o ilegal es obvio que no puede afirmarse la posibilidad de pena en la acción antijurídica penal denunciada (¡no siempre hay pena frente a una conducta típicamente antijurídica y culpable!). Siendo así, la conducta imputada, en este caso, no puede calificarse de *justiciable penalmente.*

La circunstancia del requerimiento de pago y de su ulterior y necesario incumplimiento para estimar punible el libramiento indebido de un cheque, en consecuencia, está configurada como causa de exclusión de pena y no como un presupuesto procesal; no es un elemento ajeno al hecho, sino vinculado a él y condicionante de la penalidad de la conducta, por lo que el medio de defensa no es la cuestión previa, sino la excepción de naturaleza de acción.

[100 ter] Ejecutorias superiores de 4 de julio de 1997, Exp. Nº 2103-97 (LA ROSA GÓMEZ DE LA TORRE: *Jurisprudencia del proceso penal sumario,* cit., p. 376) ; y, de 29 de agosto de 1997, Exp. Nº 3464-97-A (LA ROSA GÓMEZ DE LA TORRE: *Jurisprudencia del proceso penal sumario,* cit., p. 381).

[100 quater] MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho penal. Parte especial,* 6ª ed., Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1985, p. 280.

[100 quinquies] JESCHECK: *Derecho penal. Parte general,* cit., Vol. II, pp. 758 y 762.

Por otro lado, la exigencia que el cheque tenga la anotación que exprese el motivo de la negativa de pago y la fecha de su presentación, de conformidad con el art. 170º de la Ley de Títulos-Valores, en tanto la ley penal busca proteger el tráfico lícito de los cheques, esto es, el cheque debe ser mercantilmente válido, constituye una exigencia que integra el tipo penal, que define la antijuridicidad penal de la conducta. En tal virtud, el medio de defensa que debe plantearse en estos casos es la excepción de naturaleza de acción y no la cuestión previa, puesto que la constancia del Banco librado no es un presupuesto procesal que funciona como condición de procedibilidad.

La Corte Suprema, tiempo atrás, señaló -siguiendo esta misma perspectiva- que si no se ha probado con el respectivo protesto que el cheque ha sido presentado oportunamente para el pago, no procede la acción penal fundada en que el giro se hizo a descubierto sin tener el girador fondos disponibles, es decir, no debe dictarse auto de apertura de instrucción [100 sixies], lo que implica que se está ante un elemento del tipo penal y no ante un requisito de procedibilidad.

[100 sixies] Ejecutoria suprema de 6 de octubre de 1932 (*Anales Judiciales*, 1932, Lima, p. 193).

CAPÍTULO XVI
LAS EXCEPCIONES PENALES

SUMARIO: **I.** Los presupuestos procesales. **II.** Regulación de las excepciones penales. **III.** La excepción de naturaleza de juicio. **IV.** La excepción de amnistía. **V.** La excepción de cosa juzgada. **VI.** La excepción de prescripción. **VII.** La excepción de naturaleza de acción: 1. Incorporación al ordenamiento procesal penal. 2. Alcances de la excepción. 3. Límites de la excepción. **VIII.** Procedimiento de las excepciones: 1. Titularidad. 2. Oportunidad. 3. Trámite. 4. Efectos.

I. LOS PRESUPUESTOS PROCESALES

En tanto la denuncia formalizada o el auto de apertura de investigación del fiscal o la querella del acusador privado es el vehículo formal a través del cual se ejercita o promueve la acción, en la doctrina procesalista moderna la *excepción* es vista como una de las posiciones jurídicas procesales que el imputado puede adoptar frente a ella [101]. Cuando el imputado interpone una excepción, lo que hace es sencillamente oponerse a la prosecución del proceso por entender que éste carece de alguno de los *presupuestos procesales* establecidos por el ordenamiento jurídico procesal.

Los presupuestos procesales, explica BAUMANN, condicionan que se pueda dictar en el proceso una decisión sobre el fondo del asunto, esto es, que se resuelva el conflicto jurídico material planteado [102]. La falta de un presupuesto procesal –referido al proceso en su conjunto– obliga

---

[101] CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín; GIMENO SENDRA, Vicente; MORENO CATENA, Víctor: *Derecho procesal civil*, Colex, Madrid, 1996, pp. 183–184.

[102] BAUMANN: *Derecho procesal penal*, cit., p. 264.

al juez a dictar una resolución de rechazo. En este mismo sentido, Eberhard SCHMIDT explica que el concepto de *presupuestos procesales* comprende la totalidad de las condiciones de las cuales depende que en un proceso pueda obtenerse una sentencia sobre el fondo respecto de un determinado objeto del proceso [103].

Para poder establecer los presupuestos procesales, resume Luis DEL VALLE RANDICH [104], debe atenderse: **1.** A las relaciones de derecho procesal, sin tener en cuenta las relaciones sustantivas o objetivas del proceso. Al hecho del presupuesto le interesa poco la existencia o no del delito, eso es materia de la investigación en el proceso. **2.** No debe atenderse a los requisitos que puedan hacer válido un acto individual o en el caso concreto, aunque la no existencia del llamado presupuesto procesal invalide el proceso. **3.** Sólo debe atenderse a los elementos esenciales, sin los cuales no es posible obtener una sentencia válida, es decir los elementos necesarios para la relación de forma del proceso.

Los presupuestos procesales, en cuanto circunstancias de las que depende la admisibilidad del proceso penal y posibilitan una resolución de mérito, pueden ser tomados en consideración tanto respecto del órgano jurisdiccional, del imputado y de la causa. Siguiendo a GÓMEZ COLOMER [105] anotamos los siguientes:

En cuanto al *órgano jurisdiccional,* se identifican cuatro: **1.** Atribución de la jurisdicción peruana, que importa determinar si la ley penal y procesal penal peruana son aplicables a un caso concreto donde existe un factor internacional de por medio. **2.** Cumplimiento de condiciones limitadas en caso de extradición, tales como la no imposición de pena de muerte, no juzgamiento por delitos que no fueron objeto de la extradición y otros. **3.** Admisibilidad de la vía jurídico–penal, que está vinculada a la competencia funcional de los órganos jurisdiccionales según su estructura orgánica. **4.** Competencia material y territorial de los órganos jurisdiccionales.

---

[103] SCHMIDT: *Los fundamentos teóricos y constitucionales del Derecho procesal Penal,* cit., p. 80.

[104] VALLE RANDICH, Luis del: *Derecho procesal penal. Parte general,* Imprenta Editora Pérez Pacussich, Lima, s/f, Volumen segundo, p. 48.

[105] GÓMEZ COLOMER: *El proceso penal alemán,* cit., pp. 86–88.

Respecto al *imputado*, se establecen cinco: **1.** Capacidad para ser parte. **2.** Ser mayor de 18 años, por ser el límite de la capacidad penal prevista en el art. 20º.2 del Código Penal. **3.** Presencia del imputado para la realización del oral, impuesta por los arts. 210º del Código de 1940 y 275º del Código de 1991, cuya base constitucional es el art. 139º.12 de la Ley Fundamental. **4.** Autorización del Congreso en los supuestos de antejuicio y desafuero, conforme a los arts. 93º *in fine*, 99º y 100º de la Constitución; y, resolución del órgano de gobierno del Ministerio Público que decida el ejercicio de la acción penal por la comisión de delitos funcionales de Magistrados y Fiscales de nivel inferior a Supremos (art. 66º LOMP). **5.** Comisión de un "delito provocado" por actuación ilegal de las Fuerzas del Orden.

En lo atinente a la *causa*, se reconocen cinco: **1.** Cosa juzgada. **2.** Prescripción de la acción penal y de la pena. **3.** Amnistía y derecho de gracia. **4.** Formulación, conforme a las disposiciones legales, de la acusación escrita y emisión del auto de enjuiciamiento. **5.** Autorización para proceder en delitos semipúblicos.

El tratamiento procesal de los presupuestos procesales es que se aprecian de oficio, lo que no obsta, desde luego, a que sea solicitado por el imputado y, en su caso, también por el Fiscal. Esto es así, explica BAUMANN, por la relación del proceso penal con el principio de oficialidad y también con el hecho de que no existe una disposición de las partes como en el derecho procesal civil [106]. La concepción pública del proceso obliga a una conclusión semejante. Su apreciación, por lo demás, precede al examen de los presupuestos de la punibilidad [107].

En nuestro sistema procesal, si bien las excepciones son el medio más utilizado para denunciar el incumplimiento de un presupuesto procesal, también se recurre a la cuestión previa, al incidente de corte de secuela del juicio por minoridad, a las cuestiones de competencia y a los artículos de nulidad de actuados.

[106] BAUMANN: *Derecho procesal penal*, cit., p. 257.

[107] SCHMIDT: *Los fundamentos teóricos y constitucionales del Derecho procesal penal*, cit., p. 120.

II. REGULACIÓN DE LAS EXCEPCIONES PENALES

Las disposiciones de las leyes rituarias penales nacionales no necesariamente encajan en un concepto estricto de *excepciones procesales*. Éstas –expresa MONTERO AROCA– consisten en la alegación de falta de presupuestos y/o requisitos procesales, que importan la denuncia de una defectuosa constitución de la relación jurídico procesal y tienden a conseguir una resolución en la que no se entre en el fondo del asunto [108].

Cuando el imputado deduce una excepción procesal, realiza sin duda un acto de defensa al amparo de una norma procesal, en cuya virtud denuncia la ausencia de algún presupuesto procesal. Con este medio de defensa técnico persigue impedir que el órgano judicial resuelva el conflicto mediante una resolución de fondo, que de prosperar, señala Javier VECINA CIFUENTES, lo absolvería de la instancia, dejando el objeto litigioso imprejuzgado, de modo tal que el actor –a menudo el Fiscal– podrá, una vez subsanado el defecto procesal, si es que resulta subsanable, incoar un segundo proceso a fin de conseguir una resolución judicial que ponga fin al conflicto [109].

Mediante este remedio procesal, anota DEL VALLE RANDICH, se evitan procesos innecesarios por falta de objeto o de finalidad, pues de nada serviría la tramitación de un proceso largo y moroso para terminar sabiendo que no es posible imponer sanción al procesado, ya sea porque ha sido juzgado por el mismo hecho, o porque existe ley de amnistía o porque el acusador no tiene derecho para hacerlo, etc. [110].

Desde la perspectiva inicialmente trazada podemos identificar como auténticas excepciones procesales penales, las siguientes: **1.** Excepción de naturaleza de juicio, que según MONTERO AROCA es de carácter procedimental y referida a la inadecuación del procedimiento. **2.** Excepción de cosa juzgada, referida al objeto procesal. **3.** Excepción de

---

[108] MONTERO AROCA, Juan; ORTELLS RAMOS, Manuel; GÓMEZ COLOMER, Juan–Luis; MONTÓN REDONDO, Alberto: *Derecho Jurisdiccional*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1991, T. II *(Proceso civil, 1ª)*, p. 179.

[109] VECINA CIFUENTES, Javier: «Las causas de oposición en el juicio ejecutivo ordinario», en: *Aranzadi Civil*, Nº 13, noviembre, Madrid, 1995, p.18.

[110] VALLE RANDICH: *Derecho procesal penal. Cuestiones prejudiciales, cuestiones previas y excepciones*, cit., p. 134.

amnistía, referida a la causa. **4.** Excepción de prescripción, referida igualmente a la causa.

Estas excepciones no se pronuncian sobre el fondo del asunto, es decir, si el hecho objeto del proceso penal es penalmente antijurídico y si su autor merece una pena o medida de seguridad. De ellas sólo la primera, la excepción de naturaleza de juicio, permite –una vez subsanado el defecto de procedimiento– la prosecución de la causa en los términos previstos por la ley procesal. Las demás excepciones detectan defectos insubsanables, por lo que el proceso no puede continuar o volver a incoarse.

En todos estos supuestos el Juez no decide si el hecho y la prueba acopiada en autos permite establecer que la conducta atribuida al imputado es o no penalmente antijurídica, si se ha cometido o no en condiciones normalidad motivacional y si es del caso sobreseer la causa, así como estimar o desestimar los cargos y, por tanto, condenarlo o absolverlo. En la excepción, es de insistir, "... se invocan ... razones estrictamente procesales, que nada tienen que ver con el objeto fundamental del proceso" [111].

Por otro lado, la Ley rituaria penal también reconoce la denominada "*excepción de naturaleza de acción o de improcedencia de acción*". Esta excepción procede cuando el hecho denunciado no constituye delito o no es justiciable penalmente. Sin duda alguna, determinar si el hecho penal, el objeto del proceso, tiene entidad o relevancia jurídico penal, más allá de sostener que sólo se debe analizar el contenido de la denuncia formalizada del Fiscal o el escrito de denuncia del querellante en los casos de delito privado, sin atender a los requisitos de prueba que pueden afirmarlos o negarlos en su caso (si se probó que, en efecto, se mató a una persona, por ejemplo), no es un problema de falta de un presupuesto procesal o de un requisito procesal, ni se refiere a la válida constitución de la relación jurídico procesal; luego, no es una excepción procesal.

Es posible discutir, desde otra perspectiva, si la excepción de naturaleza de acción es una *excepción material*, aunque por la naturaleza del proceso penal resulta descartable de plano la existencia de tal excep-

---

[111] BRAMONT ARIAS, Luis A.: «Significado de la excepción de naturaleza de acción en el proceso penal», en: *El Magistrado*, Año II, Nº 1, Lima, 1982, p. 19.

ción. La excepción material, como se sabe, se refiere al fondo del asunto. Con su interposición se aspira a que los cargos sean desestimados desde el inicio del proceso, aunque se mantiene dentro de la misma relación deducida por el actor y no suscita un objeto procesal nuevo. Empero, lo que diferencia una defensa de fondo de una excepción material, como aclara MONTERO AROCA, es que por ella se pide la desestimación de los cargos alegando hechos distintos. Las verdaderas excepciones materiales son hechos nuevos (impeditivos, extintivos o excluyentes), distintos a los alegados por el actor, y supuestos fácticos de normas también diferentes [112].

En el presente caso, el imputado no alega hechos nuevos, distintos de los que son objeto de imputación; se limita a sostener –por una u otra circunstancia jurídica– que el hecho objeto del proceso no es penalmente relevante. Como el imputado opone una diferente calificación jurídica de los hechos al margen del derecho penal, una perspectiva hermenéutica favorable a la no persecución penal del hecho determinante de la promoción de la acción penal, tal oposición, meramente jurídica y no fáctica, constituye en rigor una mera defensa de fondo.

A mayor abundamiento, es de entender que si se ampara la excepción de naturaleza de acción o de improcedencia de acción la resolución correspondiente genera los efectos de cosa juzgada material. El Juez ha decidido sobre el fondo del asunto y ya no será posible subsanar defecto alguno y proseguir o intentar un nuevo proceso penal.

Por tanto, no podemos sino calificar la indicada excepción como una defensa calificada de fondo constitutiva de una causal privilegiada de sobreseimiento anticipado de la causa. Dentro de una concepción objetiva de las causales de sobreseimiento, sobre la base del elemento *imputación* es posible afirmar que procederá esta causal, señala DEL VALLE RANDICH, cuando el hecho investigado no se encuentra expresamente señalado como acción delictuosa en el catálogo descriptivo de figuras establecidas por la ley penal: el hecho –se ha producido o no– pero en todo caso no se encuentra catalogado como acción delictuosa [113].

---

[112] MONTERO AROCA *et. al.*: *Derecho Jurisdiccional*, cit., T. II *(Proceso civil, 1°)*, p. 185.

[113] VALLE RANDICH: *Derecho procesal penal. Cuestiones prejudiciales, cuestiones previas y excepciones*, cit., p. 121.

III. LA EXCEPCIÓN DE NATURALEZA DE JUICIO

Según la ley rituaria esta excepción procede cuando se da a la causa una sustanciación distinta a la prevista en la ley. Se trata, sin duda, de un remedio procesal que no entra al fondo del asunto, sólo al procedimiento a seguir. Tiene lugar cuando al delito o delitos objeto del proceso penal se les asigna un procedimiento distinto del que por ley corresponde.

Se trata, en consecuencia, de un concepto exclusivamente procesal, que no pone en tela de juicio la naturaleza de la imputación penal (si el hecho denunciado es o no constitutivo de infracción penal), la calificación jurídico penal que ha merecido el hecho denunciado (si se está ante un hurto o un robo) o la existencia de requisitos de procedibilidad o perseguibilidad (si el delito es público, semi–público o privado).

La existencia de esta excepción presupone que la ley procesal prevé más de un procedimiento. En nuestro sistema tenemos tanto procedimientos ordinarios y especiales, cuanto especialidades procedimentales construidas sobre la base del procedimiento ordinario. Esta situación puede determinar, en casos concretos, errores del juez al asignar a un delito o delitos el procedimiento que corresponde seguir, de suerte que es del caso contar con un remedio procesal cuando esa situación se produce.

Si la excepción es amparada, tiene como efecto regularizar el procedimiento, esto es, asignar a la causa la vía procesal penal que corresponda. Además, como apunta ORÉ GUARDIA, los actos procesales efectuados con anterioridad a la regularización conservan validez en cuanto sean compatibles con el trámite correspondiente [114].

IV. LA EXCEPCIÓN DE AMNISTÍA

La amnistía es considerada por el Código Penal como una causal de extinción de la acción penal (art. 78º.1). Dicha norma, a su vez, estatuye que la amnistía elimina legalmente el hecho punible a que se refiere e implica el perpetuo silencio respecto a él (art. 89º). La amnistía se declara mediante una ley y constituye una atribución exclusiva del Congreso,

---

[114] ORÉ GUARDIA, Arsenio: *Manual de Derecho procesal penal*, Alternativas, Lima, 1996, p. 217.

a tenor de lo dispuesto en el art. 102º.6 de la Ley Fundamental, la cual por expresa disposición del numeral 139º.2, segundo párrafo, de la Constitución importa una excepción al principio de no interferencia en la función jurisdiccional, desde que su aplicación exige –según el caso– dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, cortar procedimientos en trámite o modificar sentencias.

La amnistía es un acto de la soberanía estatal, que da lugar a un impedimento del castigo del autor [115]. En rigor, lo que hace una ley de amnistía es suspender, con efectos temporales y retroactivos, la eficacia de las leyes penales en casos excepcionales; despliega su carácter abolitivo tanto sobre el delito como sobre la condena. Por lo general, de ahí su diferencia con el indulto –que es un atributo presidencial–, la amnistía tiene carácter de generalidad y de impersonalidad (es objetiva) –puede abarcar determinadas categorías de hecho o autores– y no opera sobre lo futuro, es una *abolitio im praeteritum* [abolición del pretérito]. Esto último es el motivo que en un sector de la doctrina se sostenga que la ley que declara la amnistía es una norma de naturaleza anómala [116].

La amnistía, acota Sebastián SOLER, está fundada en razones de interés común o de naturaleza política, y se refiere generalmente, a los hechos de esa clase; aunque nada impide constitucionalmente la amnistía de hechos de otra naturaleza [117].

En cuanto a su naturaleza jurídica es preferible optar por una consideración exclusivamente procesal. MAURACH señala que se trata de un impedimento a la persecución o (luego de la cosa juzgada) a la ejecución [118].

La amnistía extingue los efectos de derecho penal: suprime los antecedentes penales y todos los efectos penales del recuerdo del delito [119], pero no los efectos civiles, disciplinarios ni, en general, las sanciones

---

[115] MAURACH, Reinhart; GÖSSEL, Karl; ZIPF, Heinz: *Derecho penal. Parte general*, Astrea, Buenos Aires, 1995, T. II, p. 964.

[116] MAGGIORE, Giuseppe: *Derecho penal*, Temis, Bogotá, 1972, T. II, p. 361.

[117] SOLER, Sebastián: *Derecho penal argentino*, Tipográfica Editorial Argentina, Buenos Aires, 1983, T. II, p. 449.

[118] MAURACH *et. al.*: *Derecho penal. Parte general*, cit., T. II, p. 964.

[119] MIR PUIG, Santiago: *Derecho penal. Parte general*, PPU, Barcelona, 1996, p. 771.

administrativas que eventualmente se deriven del hecho. Además, como apunta MAGGIORE, no es renunciable (dadas las razones públicas y generales en que se funda), aunque el imputado tiene derecho a ser absuelto con plena fórmula liberatoria, cuando resulta en la causa que no ha cometido el hecho o cuando éste no está previsto en la ley como delito, siendo preciso que haya pruebas evidentes de su inculpabilidad, apreciables por el juez de la causa [120].

Resulta esencial tener muy en claro que la amnistía no afecta o extingue los efectos extrapenales de los hechos que lo originaron. Al respecto resulta ilustrativo la lúcida opinión fiscal de Juan José CALLE, en un dictamen de fecha 22 de noviembre de 1919 [120 *bis*]. Decía el ilustre Fiscal Supremo: *"Si el legislador, en opinión de los jurisconsultos, tiene poder para cancelar el carácter delictuoso de las acciones que regula, no lo tiene para despojar a las mismas de su carácter de actos perjudiciales; porque este carácter no depende de la ley; ni puede tampoco extingir las obligaciones que nacen de tales actos, por cuanto debe respetar los derechos de terceras personas. Estos derechos deben, pues, considerarse como reservados aun en el caso de que la ley de amnistía no dijese nada con relación a ellos. La amnistía deja, por tanto, subsistentes las acciones en reparación de daños y perjuicios y la responsabilidad que haya sido declarada, en el caso de que haya recaído sentencia al tiempo de concederse la amnistía".*

V. LA EXCEPCIÓN DE COSA JUZGADA

La cosa juzgada es considerada en el Código Penal como una causa de extinción de la acción penal (art. 78º.2). A su vez, el art. 90º de dicho Código prohibe que se pueda perseguir a una persona por segunda vez *"... en razón de un hecho punible sobre el cual se falló definitivamente"*. Sobre el particular el art. 5º del Código de 1940, modificado por el Decreto Legislativo Nº 126, señala que existe cosa juzgada cuando el hecho denunciado ha sido objeto de una resolución firme, nacional o extranjera, en el proceso penal seguido contra la misma persona. El art. 8º.3 del Código de 1991 incorpora un requisito al primer proceso: que se haya seguido con las garantías del debido proceso.

---

[120] MAGGIORE: *Derecho penal*, cit., T. II, pp. 362–363.

[120 *bis*] Ejecutoria Suprema de 4 de mayo de 1920 (*Anales Judiciales*, T. XVI, Lima, 1920, p. 43).

En principio, como acota Fernando GÓMEZ DE LIAÑO, la cosa juzgada es un efecto procesal de la sentencia firme, que por elementales razones de seguridad jurídica, impide que lo que en ella se ha resuelto sea atacado dentro del mismo proceso (cosa juzgada formal) o en otro diferente (cosa juzgada material). En este último aspecto, el efecto de la cosa juzgada material se manifiesta fuera del proceso penal, y hacia el futuro, impidiendo la existencia de un ulterior enjuiciamiento sobre los mismos hechos [121].

Para que se produzca cosa juzgada se requieren dos identidades: *unidad de imputado y unidad de hecho punible.* Así lo ha establecido el Supremo Tribunal al señalar: "Para que proceda la excepción de cosa juzgada se requiere que el delito y la persona del inculpado sean idénticos a los que fueron materia de la instrucción anterior a la que se puso término en mérito de una resolución ejecutoriada" [122]. La identidad de la persona, ha precisado la Corte Suprema, se refiere sólo a la del procesado y no a la parte acusadora [123].

En el primer extremo –o *límite subjetivo* de la cosa juzgada– no existe duda alguna que el sujeto pasivo de la sanción y del segundo proceso penal debe ser el mismo. La Corte Suprema tiene establecido que la identidad de la persona se refiere sólo a la del procesado y no a la del denunciante, para que proceda la excepción de cosa juzgada [124].

En el segundo extremo –o *límite objetivo* de la cosa juzgada–, los hechos objeto del proceso penal anterior deben ser los mismos que son base del nuevo proceso penal, con independencia de la calificación jurídico que han merecido en ambas causas. La Corte Suprema tiene declarado que si los hechos son los mismos y han culminado con una sentencia ejecutoriada, aun cuando sea del Fuero Militar y el *nomen juris* sea distinto, es procedente la excepción de cosa juzgada [125]; inclusive si la

---

[121] GÓMEZ DE LIAÑO, Fernando: *El proceso penal*, Fórum, Oviedo, 1996, p. 241.

[122] Ejecutoria suprema de 31 de agosto de 1970, Exp. Nº 812–70, Lima (TARAMONA: *Compendio de ejecutorias supremas*, cit., T. III, p. 61).

[123] Ejecutoria suprema de 24 de abril de 1975, Exp. Nº 4–75, Lima.

[124] *Revista del Foro*, 1975, Lima, p. 234.

[125] Ejecutoria suprema de 28 de diciembre de 1995, Exp. Nº 3283–95, Lima (ROJJASI PELLA: *Ejecutorias supremas penales. 1993–1996*, cit., pp. 286–287).

calificación en el primer proceso fue de una simple falta [126]. El *ne bis in idem*, expresa CORTÉS DOMÍNGUEZ, como exigencia de la libertad del individuo lo que impide es que unos mismos hechos sean enjuiciados repetidamente, siendo indiferente que éstos puedan ser contemplados desde distintos ángulos penales, formal y técnicamente distintos [127].

Para la identificación del hecho, en consecuencia, ha de tomarse en cuenta los criterios jurídicos de "objeto normativo", "identidad o diversidad del bien jurídico lesionado", etc. Por consiguiente, como afirma DE LA OLIVA SANTOS, hay cosa juzgada cuando en el segundo proceso aparecen unos hechos que fueron juzgados en el primero, aunque se presenten con el aspecto de un delito distinto, si el "objeto normativo" es el mismo: lesiones, en vez de homicidio; y, también, si el cambio de un proceso a otro, se refiere a la forma de la autoría o consiste en variar de ésta a la complicidad o al encubrimiento: entra el juego el criterio del "bien jurídico lesionado" o el de la conexión [128].

Las resoluciones judiciales que ponen fin definitivamente al proceso penal, producen efectos de cosa juzgada material. No sólo se trata de las sentencias, sino también de los autos de sobreseimiento, al ser considerados como negación anticipada del derecho de penar del Estado [129]. Al respecto la Constitución, en el art. 139º.13, sanciona como un principio de la función jurisdiccional la prohibición de revivir procesos fenecidos *con resolución ejecutoriada*, enumerando como supuestos que producen efectos de cosa juzgada, la amnistía, el indulto, el sobreseimiento definitivo y la prescripción. Téngase en cuenta que, como precisa el último párrafo del art. 8º del Código de 1991, los autos que amparan las excepciones, salvo la de naturaleza de juicio, importan el sobreseimiento definitivo del proceso y, por consiguiente, lo decidido en ellos constituye cosa juzgada. El Supremo Tribunal exhibe una concepción amplia para estimar las resoluciones que generan efectos de

[126] Ejecutoria suprema de 12 de julio de 1960 (RONCALLA VALDIVIA: *Jurisprudencia en materia procesal penal*, cit., pp. 310–311).

[127] En: GIMENO SENDRA *et. al.*: *Derecho procesal penal*, cit., ed. 1996, p. 626.

[128] DE LA OLIVA SANTOS *et. al.*: *Derecho procesal penal*, cit., pp. 530–531.

[129] Ejecutoria suprema de 30 de marzo de 1993, Exp. 1522–92, La Libertad.

cosa juzgada, considerando inclusive como tales las que cortan la secuela del juicio por minoridad penal del imputado [130].

La resolución que desestima la incoación del proceso penal por atipicidad de los hechos objeto de imputación, según la jurisprudencia nacional, no producen efectos de cosa juzgada [131]. GARCÍA RADA defiende esta postura sosteniendo que siempre existe la posibilidad de que, con nueva prueba, se presente nueva denuncia [132]. Tal tesitura, sin embargo, como se abordará en otro capítulo, no es de recibo por cuanto si la evaluación judicial no cuestiona la prueba del hecho –¡no puede hacerlo!– sino el contenido de la imputación y se limita a realizar un simple juicio de subsunción normativa, la presentación de ulterior prueba del hecho no variará en nada el razonamiento judicial declarado en una resolución ejecutoriada: la prueba de un hecho atípico no lo convierte en delictivo.

El art. 79º del Código Penal contempla un caso especial de cosa juzgada. Estipula dicha norma lo siguiente: "*Se extingue la acción penal si de la sentencia ejecutoriada dictada en la jurisdicción civil, resulte que el hecho imputado como delito es lícito*". En otro términos, como apunta BRAMONT ARIAS, la sentencia firme del juicio civil produce cosa juzgada en lo penal, tratándose del hecho declarado lícito en la referida sentencia civil [133].

Sobre este último supuesto, la Corte Suprema tiene establecido que: "Para que exista cosa juzgada es requisito indispensable que la sentencia ejecutoriada dictada en el proceso civil declare lícito el hecho que más tarde sirve de fundamento al proceso penal. No habiendo tal declaración, no se produce el hecho constitutivo de la excepción de cosa juzgada [134].

Por otro lado, la jurisprudencia aplica este artículo en los siguientes casos: **a)** cuando en un proceso penal por adulterio –ilícito penal ya derogado en el Código Penal vigente– se presentó la sentencia firme del juicio civil por divorcio por esa causal que declaró infundada la deman-

---

[130] Ejecutoria suprema de 26 de mayo de 1992, Exp. Nº 318–91, Huánuco (ROJJASI PELLA: *Ejecutorias supremas penales. 1993–1996*, cit., pp. 292–294).

[131] *Anales Judiciales*, 1943, Lima, p. 110.

[132] GARCÍA RADA, Domingo: *Manual de Derecho procesal penal*, EDDILI, Lima, 1984, p. 40.

[133] BRAMONT ARIAS, Luis A.: *Código penal comentado*, Editorial El Ferrocarril, Lima, 1966, p. 266.

[134] *Anales Judiciales*, 1959, Lima, p. 155.

da [135]; **b)** cuando en un proceso por apropiación ilícita se acompaña el fallo del juicio civil que resolvió definitivamente en favor del imputado sobre la propiedad del bien a que se refiere la demanda [136]; **c)** cuando en el juicio civil por pago de una deuda de dinero se ordena por sentencia que el demandado pague la cantidad reclamada, no procede que el deudor demandado y vencido en ese juicio denuncie por estafa a su acreedor, porque la sentencia dictada en la jurisdicción civil impide la acción penal respecto del hecho declarado lícito en la vía civil [137].

Recientemente el Supremo Tribunal ha resuelto que si el proceso civil es ejecutivo, "en el que sólo se valora si el título presentado para su ejecución cumple con los requisitos para tal efecto, a diferencia del proceso de conocimiento en el que sí se determina el derecho de una persona o la licitud del hecho", no tiene entidad para invocarse la cosa juzgada" [138]. No es de compartir, sin embargo, esta decisión porque el proceso ejecutivo importa un análisis de los efectos cambiarios y ejecutivos del título valor, más aún cuando el ejecutado interpone oposición y cuestiona el mérito del documento cartular; por consiguiente, si el juez desestima la oposición y, en cualquier caso, lleva adelante la ejecución, no es posible restar su valor de cosa juzgada para efectos penales.

VI. LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

La prescripción, igualmente, constituye un supuesto de extinción de la acción penal, tal como lo prevé el art. 78º.1 del Código Penal. Dicho Código también reconoce la prescripción de la ejecución de la pena (art. 85º.1). Por la primera prescripción, de la persecución penal, se prohíbe el inicio de un procedimiento penal; mientras que por la segunda, de la ejecución penal, se excluye la ejecución de una sanción penal si ha transcurrido determinado plazo.

DEL VALLE RANDICH, siguiendo a Máximo CASTRO, define la prescripción como un medio de liberarse de las consecuencias penales y civiles

---

[135] *Anales Judiciales*, 1933, Lima, p. 63.

[136] *Revista de los Tribunales*, 1944, Lima, p. 103.

[137] *Revista de los Tribunales*, 1943, Lima, p. 371.

[138] Ejecutoria suprema de 26 de setiembre de 1995, Exp. Nº 2235–94–B, Lima.

de una infracción penal o una condena penal por efecto del tiempo y en las condiciones exigidas por la ley [139]. Para que opere esta excepción, el factor predominante es el transcurso del tiempo [140].

Respecto a los plazos de prescripción, en el primer supuesto, se produce en un tiempo igual al máximo de la pena fijada por la ley para el delito, si es privativa de libertad, y de tres años para los delitos que merezcan otras penas (art. 80º). El alto Tribunal, correctamente, ha establecido que en este supuesto, el plazo se computa desde que se produce el hecho delictuoso, y no desde que se formula la denuncia [141]. La Ley Nº 26360 estableció que para los delitos conminados con cadena perpetua, la acción penal se extingue a los 30 años. En el segundo supuesto, el plazo es el mismo que alude o fija la ley para la prescripción de la acción penal (art. 86º).

Es de tener presente, como resalta el Supremo Tribunal, que transcurridos estos plazos, la prescripción produce "*ipso jure*" su efecto liberatorio, opera de pleno derecho y obliga a ser declarado aun de oficio [142].

El Código Penal fija las pautas en que opera la prescripción. No sólo establece los plazos, sino también los supuestos de reducción a la mitad de los mismos, que se da en los casos de autores o partícipes menores de 21 años o mayores de 65 años al tiempo de la comisión del delito (art. 81º). Igualmente determina la manera de computar los plazos en función a si se está ente un delito de imperfecta ejecución, instantáneo, continuado o permanente (art. 82º), así como prevé los supuestos de interrupción, incorporando la denominada "prescripción extraordinaria" (art. 83º), y de suspensión (art. 84º). Similares reglas existen para los supuestos de prescripción de la ejecución de la pena (arts. 85º–87º).

---

[139] VALLE RANDICH: *Derecho procesal penal. Cuestiones prejudiciales, cuestiones previas y excepciones*, cit., p. 214.

[140] Ejecutoria suprema de 23 de junio de 1993, Exp. Nº 3348–92, Huánuco (*Normas Legales*, T. 232, setiembre, 1995, pp. J22–J23).

[141] Ejecutoria suprema de 15 de marzo de 1994, Exp. Nº 1037–92–B, Lima (*Normas Legales*, T. 244, setiembre, 1996, p. J16).

[142] Ejecutoria suprema de 31 de mayo de 1994, Exp. Nº 903–93, Lima (*Normas Legales*, T. 233, octubre, 1995, pp. J49–J51).

Finalmente, la prescripción, tanto de la acción como de la pena, corre, se suspende o se interrumpe para cada uno de los partícipes del hecho punible. A estos efectos, no se toma en cuenta el status procesal del imputado, quien puede alcanzar sus efectos liberatorios así se encuentre en la condición de ausente [143].

La prescripción tiene diversos fundamentos, todos ellos de política legislativa. Al respecto, anota SOLER, son: el simple transcurso del tiempo, la desaparición de los rastros y efectos del delito, la presunción de buena conducta, el olvido social del hecho, etc. En nuestro derecho vemos funcionar como base del sistema, según el art. 83º, un doble motivo: el transcurso del tiempo y la conducta observada por el sujeto, pues de cometer un nuevo delito doloso interrumpirá (pérdida de todo el tiempo ganado por el autor o partícipe del delito) el plazo de prescripción, al igual que los actos procesales vinculados al delito [144].

Pese a esta doble justificación, radicada en razones tanto de derecho material cuanto procesal –falta de necesidad de pena y peligro de decisiones erradas como consecuencia de las dificultades probatorias–, desde la perspectiva de su naturaleza jurídica es del caso considerar que la prescripción está concebida como un *impedimento procesal*. MAURACH acota que "...tanto a la concepción material –*causa de anulación de la pena al borrarse la necesidad del castigo*– como la mixta –*causa personal de anulación de la pena, que, sin embargo, está considerada como un obstáculo procesal*– se opone que un hecho punible no pasa a ser tal por el hecho del inicio de una persecución concreta, sino por encontrarse conminado con pena de manera fundamental y general. Empero, un delito no pierde esta característica por el solo hecho del transcurso del tiempo, del mismo modo que un acto de gracia a su respecto tampoco lo despoja de su ilicitud. Por ello es correcta la concepción de la praxis, según la cual la prescripción de la persecución penal conduce al archivo del procedimiento, en tanto ante la prescripción de la ejecución penal deduce la prohibición de su ejecución" [145].

---

[143] Ejecutoria suprema de 23 de marzo de 1994, Exp. Nº 21–93–B, Lima (ROJJASI PELLA: *Ejecutorias supremas penales. 1993–1996*, cit., pp. 295–296).

[144] SOLER: *Derecho penal argentino*, cit., T. II, p. 451.

[145] MAURACH *et. al.*: *Derecho penal. Parte general*, cit., T. II, p. 969.

La importancia práctica de adscribirse a una u otra posición tiene su razón de ser en el hecho de la admisión de la retroactividad [146]. Un sector considera que si se considera la prescripción como una institución material, al concebirse como una cuestión perteneciente a los presupuestos de la penalidad (teorías material y mixta), no es posible aplicar retroactivamente una ley más perjudicial, lo que si se podría hacer si se asume la concepción procesal. Tal posición, empero, no es correcta, porque aun cuando se considere a la prescripción un impedimento procesal, vinculado a la persecución o al derecho de ejecución penal, en tanto la nueva ley más perjudicial altera el sentido político criminal del proceso al modificar las condiciones del derecho de penar del Estado y afectar, por ende, el status del imputado y las bases del debido proceso, no se puede aplicar retroactivamente. Rige en estos casos el brocardo *tempus comissi delicti* y no el *tempus regis actum.*

VII. LA EXCEPCIÓN DE NATURALEZA DE ACCIÓN

1. INCORPORACIÓN AL ORDENAMIENTO PROCESAL PENAL

El art. 5º del Código de 1940, modificado por el Decreto Legislativo Nº 126, incorporó esta excepción, que la jurisprudencia había venido configurando como un supuesto adicional de procedencia de la excepción de naturaleza de juicio. En efecto, una Ejecutoria suprema de 1940 expresamente consagró esa extensión [147], tesitura que fue avalada por la propia Exposición de Motivos del Código de 1940 que precisó que la excepción de naturaleza de juicio era el remedio procesal para resolver si el hecho denunciado constituía o no delito [148] y ratificada por la Ejecutoria suprema de 29 de setiembre de 1981 [149].

La Corte Suprema, pese a los reparos de un sector de la doctrina que afirmaba que se rebasaba el texto y sentido de la excepción de natu-

---

[146] MIR PUIG: *Derecho penal. Parte general,* cit., p. 771.

[147] *Revista de los Tribunales,* 1940, Lima, p. 238.

[148] VALLE RANDICH: *Derecho procesal penal. Cuestiones prejudiciales, cuestiones previas y excepciones,* cit., p. 166.

[149] Exp. Nº 1046–91, Arequipa (TARAMONA: *Compendio de ejecutorias supremas,* cit., T. II, pp. 365–368).

raleza de juicio, fijó definitivamente la doctrina jurisprudencial de que dicha excepción puede ser deducida no solamente por la equivocada tramitación procesal de la denuncia, si no también por considerar que los hechos imputados no tienen carácter penal [150].

La Ejecutoria suprema de 14 setiembre de 1981 [151] reiteró que la excepción de naturaleza de juicio no sólo era procedente cuando se daba a la denuncia una sustanciación distinta a la que legalmente le correspondía, sino, además, "cuando el hecho denunciado no constituía delito o no era penalmente justiciable...". En iguales términos se pronunció la Ejecutoria suprema de 29 de setiembre de 1991 [152].

2. ALCANCES DE LA EXCEPCIÓN

El Decreto Legislativo Nº 126 estableció los dos alcances de la excepción de naturaleza de acción, que el Código de 1991 denomina "improcedencia de acción". Esta excepción procede, en primer lugar, cuando el hecho denunciado no constituye delito; y, en segundo lugar, cuando el hecho denunciado no es justiciable penalmente. Esta excepción, en consecuencia, más allá de los reparos que nos merezca, se refiere a la materia del proceso y tiende a evitar que las causas se tramiten defectuosamente por habérselas asignado una naturaleza distinta de la que tienen o que les correspondan [153].

Como quiera que lo que se discute es la subsunción normativa, el contenido de cada supuesto variará según la opción dogmática utilizada por el operador jurídico. En todo caso, en la medida en que nos afiliamos a la teoría de los *elementos negativos del tipo*, consideramos que *el primer extremo* comprende todos aquellos supuestos que descartan la antijuricidad penal del hecho objeto de imputación, tal como ha sido detallado en la denuncia formalizada del Fiscal Provincial, aprobada o

---

[150] Ejecutorias supremas de 2 de marzo de 1977, Exp. Nº 299–76, Arequipa (*Anales Judiciales*, T. LXIX, Lima, 1977, p. 356); de 26 de julio de 1977, Exp. Nº 131–77, Lima (*Anales Judiciales*, T. LXIX, Lima, 1977, p. 312).

[151] Exp. Nº 2332–80, Arequipa (TARAMONA: *Compendio de ejecutorias supremas*, cit., T. II, pp. 16–17).

[152] Exp. Nº 1046–81, Arequipa.

[153] BRAMONT ARIAS: «Significado de la excepción de naturaleza de acción en el proceso penal», cit., p. 19.

aceptada por el Juez Penal al dictar el auto de apertura de instrucción; mientras que, en *el segundo extremo,* se encuentran la ausencia de una condición objetiva de punibilidad y la presencia de una causa personal de exclusión de pena o excusa absolutoria, tal como lo señaláramos en un estudio anterior [154].

La jurisprudencia suprema, en especial la Ejecutoria de 6 de junio de 1994, precisó que cuando la ley dice "*el hecho denunciado no constituye delito*", nos encontramos frente a un hecho atípico, es decir que la ley no lo ha previsto como delito; y, que cuando la ley señala "o no es justiciable penalmente", nos remite a un hecho que pudiendo estar claramente tipificado como delito, éste no es justiciable penalmente en razón de existir una causa de justificación prevista por la propia ley que elimina la antijuricidad del hecho [155]. Posteriormente, el Tribunal Supremo en la Ejecutoria de 29 de setiembre de 1995, rectificó parcialmente este criterio y señaló que lo "*no justiciable penalmente*" comprende, conjuntamente con la presencia de una causa justificativa, tanto la concurrencia de una excusa absolutoria cuanto la ausencia de una condición objetiva de punibilidad [156]. Es de recordar, sin embargo, que en fallos anteriores circunscribió el alcance de esta excepción al examen del elemento tipicidad [157].

El Alto Tribunal, en otras decisiones, aclaró que cuando la norma prescribe en su primer supuesto jurídico: 'que el hecho denunciado no constituya delito', comprende dos extremos, esto es, que la conducta incriminada no esté prevista como delito en el ordenamiento jurídico penal vigente o que el suceso no se adecúe a la hipótesis típica de la disposición penal preexistente invocada en la denuncia penal [158].

---

[154] SAN MARTÍN CASTRO, César: «Las condiciones objetivas de punibilidad y su tratamiento procesal en el Perú», en: *Derecho*, Nº 39, Lima, 1985, p. 366.

[155] Expediente Nº 573–93. Huánuco (ROJJASI PELLA: *Ejecutorias supremas penales. 1993–1996*, cit., pp. 276–278).

[156] Expediente Nº 3170–94–B. Lima (ROJJASI PELLA: *Ejecutorias supremas penales. 1993–1996*, cit., pp. 282–284).

[157] Ejecutoria suprema de 20 de noviembre de 1989, Exp. Nº 643–89, Lima (*Anales Judiciales*, T. LXXVII, Lima, 1989, pp. 228–229).

[158] Ejecutorias supremas de 5 de setiembre de 1996, Exp. Nº 4900–95; y de 12 de agosto de 1994, Exp. Nº 1688–94, Lima (*Normas Legales*, T. 248, enero, 1997, pp. A33–A34).

En consecuencia, es de concluir que el hecho denunciado no será penalmente relevante o la conducta que se imputa al procesado no constituirá un *injusto penal*, ya sea cuando tal conducta no concuerda con la descripción típica del delito materia de instrucción (atipicidad relativa) o cuando el hecho imputado no constituye un ilícito penal dentro de nuestro ordenamiento punitivo al momento de su comisión (atipicidad absoluta). Así se pronunció el Alto Tribunal en la Ejecutoria suprema de 31 de octubre de 1995 [159]. Básicamente, en este concepto, funciona la idea de que la conducta objeto de imputación no es antinormativa.

Un caso típico de atipicidad relativa resuelta por la Corte Suprema es "cuando en una obligación de naturaleza eminentemente civil, no se ha acreditado que en su concertación se haya producido acción fraudulenta del inculpado, capaz de inducir a error al agraviado [160].

Sin embargo, a nuestro juicio y sobre esa línea extensiva que tiende a fortalecer el derecho de defensa del imputado, consideramos que los supuestos pueden ser más numerosos. En efecto, tienen que ver: **a)** con la voluntariedad de la conducta, que se extiende a todos los tipos penales: la conducta penalmente relevante sólo puede ser una conducta voluntaria; **b)** si el delito es de resultado, con el juicio de imputación objetiva; **c)** si el delito es doloso, con la presencia de un error de tipo invencible –o vencible si es que no existe tipo culposo–; **d)** si el delito es culposo, con la ausencia de infracción de la norma de cuidado y la previsibilidad del resultado o el caso fortuito; **e)** si el delito es omisivo, con la ausencia de los requisitos que lo hacen exigible (situación típica, ausencia de una acción determinada y capacidad de realizar esa acción, a la que se agregan en los tipos de comisión por omisión la posición de garante, la producción de un resultado y la posibilidad de evitarlo); y, **f)** con los supuestos de atipicidad general , tal como precisa VILLAVICENCIO TERREROS, vinculados al cumplimiento de un deber de función o de profesión, al obrar por disposición de la ley, al acuerdo y a la insignificancia o conducta socialmente adecuada [161].

---

[159] Expediente Nº 2943–93–B. Lima.

[160] Ejecutoria suprema de 8 de noviembre de 1994, Exp. Nº 1026–74, Puno (*Anales Judiciales*, T. LXVI, Lima, 1974, p. 155).

[161] VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe: *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, Cultural Cuzco, Lima, 1990, pp. 157–161.

La Corte Suprema en una decisión, asumiendo una clara posición causalista, en desmedro de la posición asumida por la Corte Superior de Lima [162], consideró que el problema de la intención o dolo del agente no atañe a la tipicidad sino a la culpabilidad, por lo que rechazó la excepción de naturaleza de acción sustentada en una atipicidad subjetiva [163], aunque es de tener en cuenta que el Acuerdo Plenario Nº 6–97, de 14 de diciembre de 1997, de los Vocales Superiores de la República, que estableció que la ausencia de dolo o de otros elementos subjetivos distintos del dolo es una causa para amparar la excepción de naturaleza de acción.

Asimismo, como quiera que existe una relación inescindible entre tipicidad y antijuricidad y en la medida que las causas o tipos de justificación eliminan la prohibición penal del hecho o, mejor dicho "recorta el ámbito de lo prohibible", de suerte que eliminan la tipicidad [164], éstas se encuentran incluidas en el primer supuesto, es decir, en la atipicidad del hecho denunciado. Se incluyen en este supuesto, que la jurisprudencia suprema las deriva a la no justiciabilidad penal del hecho, la legítima defensa, el estado de necesidad justificante, la obediencia jerárquica, el consentimiento y el obrar en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo.

Por otra parte, es de reservar a la *no justiciabilidad penal del hecho* aquellos supuestos vinculados con el elemento sistemático "punibilidad" o "penalidad", el cual –como apunta BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE– se caracteriza por limitar la intervención penal sobre la base de perseguir determinados objetivos de política criminal, vinculados a la necesidad de pena [165]. Las *condiciones objetivas de punibilidad* y las *excusas absolutorias* son causas de restricción de la pena, que entran en funcionamiento cuando ya se han constatado todos los elementos del delito y de la culpabilidad del autor, de ahí que resulta plenamente satisfactorio incluirlos, procesalmente, dentro del supuesto de no justiciabilidad penal, dado que inclusive los supuestos vinculados a la antijuricidad penal del hecho están abarcados en el primer supuesto.

---

[162] Ejecutoria superior de 30 de setiembre de 1997, Exp. Nº 563–97.

[163] Ejecutoria suprema de 23 de abril de 1998, Exp. Nº 6500–97, Lima.

[164] MIR PUIG: *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 414.

[165] BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; ARROYO ZAPATERO, Luis; GARCÍA RIVAS, Nicolás; FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; SERRANO PIEDECASAS, José Ramón: *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, Praxis, Barcelona, 1996, p. 225.

3. LÍMITES DE LA EXCEPCIÓN

Si bien esta excepción tiene una amplitud cada vez más extendida, empero los límites de su procedencia deben encontrarse claramente expuestos. Un primer límite se ubica, necesariamente, en el ámbito de la *antijuricidad* y de la *penalidad.* Sólo es posible que mediante esta excepción se cuestione la antijuricidad penal del hecho o su justiciabilidad, que desde el derecho material traslada el análisis a la categoría antijuricidad y a la discutida 'categoría' penalidad o punibilidad, por lo que –en principio– no es posible cuestionar a través de este remedio procesal la presencia de la categoría culpabilidad o imputación personal y, por consiguiente, de sus elementos: capacidad penal, conocimiento del injusto y no exigibilidad de otra conducta.

El análisis de si el sujeto es responsable penalmente constituye un juicio propio del fondo del asunto, que no tiene que ver con la delictuosidad o punibilidad del hecho objeto del proceso penal y que, en todo caso, requiere de una actividad probatoria específica imposible de llevar a cabo en vía incidental. Nuestro ordenamiento procesal en un solo caso, vinculado al análisis de la categoría culpabilidad, permite que el proceso culmine anormalmente mediante un auto: se trata, por la evidente facilidad de la determinación de la edad del imputado, del supuesto de minoridad, en tanto se trata de un supuesto básico que integra el elemento *capacidad penal* y en cuya virtud se corta la secuela del procedimiento y se deriva lo actuado a la jurisdicción tutelar del niño y del adolescente (arts. 18º del Código de 1940 y 70º del Código de 1991).

Por otra parte, sólo procede esta excepción cuando la inexistencia del delito –y los demás supuestos ya abordados– surge con toda evidencia de los términos de la imputación (denuncia formalizada del Ministerio Público y auto de apertura de instrucción). La Corte Suprema ha establecido que la atipicidad (antinormatividad penal) y la no punibilidad deben surgir con toda evidencia: **a)** de los términos de la denuncia; **b)** de lo actuado; o **c)** cuando de los hechos denunciados aparece que no hay nada que pueda ventilarse en la vía penal [166]. Anteriormente, el Alto Tribunal había

[166] Ejecutoria suprema de 29 de marzo de 1993, Exp. Nº 3116–93, Junín (ROJJASI PELLA: *Ejecutorias supremas penales. 1993–1996*, cit., pp. 274–275).

estipulado que si la atipicidad surge de las conclusiones del Atestado Policial debe ampararse la excepción de naturaleza de acción [167].

Si la excepción se plantea basándose en cuestiones relativas al descargo de responsabilidad, señala Manuel CATACORA GONZALES, debe declararse infundada puesto que el mayor o menor grado de responsabilidad debe verse en el proceso mismo [168]; así lo tiene declarado la Corte Suprema en diversas decisiones [169]. Por consiguiente, no es posible a través de este remedio procesal, pese a la opinión en contrario de MIXÁN MASS [170], cuestionar la propia existencia del hecho objeto del proceso penal, es decir, que éste no ocurrió en la realidad o que uno de los elementos que integran el supuesto fáctico no existe o resulte de imposible probanza; igualmente, no cabe formular la excepción sobre la base de ajenidad del imputado respecto a la comisión delictiva que se le imputa, es decir, que no cometió el delito [171]; tampoco cabe hacerlo alegando falta o insuficiencia de prueba [172].

Diferente es el caso –respecto de la ajenidad– en los supuestos de delitos de sujetos determinados, en que el sujeto activo del delito sólo puede ser una determinada categoría de personas (prevaricato, peculado, libertad de trabajo, etc.). Aquí la excepción es perfectamente viable –y la jurisprudencia lo ha consagrado favorablemente–, pues el análisis es de mera tipicidad (recuérdese que uno de los elementos del tipo penal es el sujeto activo) y el juicio de la excepción se centrará en establecer a la luz de las exigencias típicas si el imputado tiene cualificación exigida por la ley, tal como lo ha sancionado el alto Tribunal en la Ejecutoria suprema de 12 de agosto de 1994 [173].

---

[167] Ejecutoria suprema de 8 de agosto de 1988, Exp. Nº 463–88, Callao (*Anales Judiciales*, T. LXXVI, Lima, 1988, pp. 273–274).

[168] CATACORA GONZALES, Manuel: *Lecciones de Derecho procesal penal*, Cultural Cuzco, Lima, 1990, p. 169.

[169] Ejecutorias supremas de 25 de setiembre de 1997, Exp. Nº 4067–96, Arequipa (*Normas Legales*, T. 265, junio, 1998, pp. A14–A15); y de 28 de diciembre de 1992, Exp. Nº 752–92–A, Lima (*Normas Legales*, T. 220, setiembre, 1994, pp. J21–J22).

[170] MIXÁN MASS: *Derecho procesal penal*, cit., T. III, p. 50.

[171] Ejecutoria suprema publicada en *El Peruano*, Lima, 5 de abril de 1943.

[172] Ejecutoria suprema de 2 de octubre de 1987, Exp. Nº 980–87, Puno (*Anales Judiciales*, T. LXXV, Lima, 1987, pp. 156–157).

[173] Exp. Nº 1688–94–Lima.

Igualmente, es perfectamente viable la procedencia de la excepción de naturaleza de acción en los casos de delitos cometidos tras personas jurídicas, cuando se imputa la comisión del delito a quien carece del dominio de la organización empresarial o administrativa. En estos casos no se cuestiona el fondo del asunto: si el hecho se produjo o pudo producirse en la forma descrita en la imputación; sencillamente se sostiene, desde el ángulo de las exigencias del derecho penal y de las normas que regulan la estructura empresarial o del ente público, que el imputado no tenía el dominio de la organización y, por tanto, que no podía cometer el delito imputado.

VIII. PROCEDIMIENTO DE LAS EXCEPCIONES

1. TITULARIDAD

Las normas vigentes y el Código de 1991 configuran las excepciones como una forma de defensa técnica del imputado. En consecuencia, establecen que pueden ser deducidas en primer lugar por el imputado, en tanto parte acusada, de lo que fluye que también puede hacerlo su abogado defensor. En este último extremo, el art. 80º.10 del Código de 1991 expresamente autoriza al defensor a proponer excepciones. El art. 290º del TUO de la LOPJ autoriza al abogado defensor, sin necesidad de la intervención de su cliente, presentar, suscribir y ofrecer todo tipo de escritos, con excepción de aquellos para los que se requiere poder especial con arreglo a ley. Sin duda alguna para deducir excepciones la ley rituria no exige poder alguno; por consiguiente, a partir de dicha norma (noviembre de 1991) los abogados presentan escritos de excepción sin necesidad de firma de su patrocinado, al haber evolucionado su patrocinio de una simple asistencia jurídica del imputado a una representación técnica de sus derechos e intereses legítimos. De ahí que no es aceptable hoy en día una decisión de hace muchos años del alto Tribunal que señaló que el defensor no puede plantear excepciones porque ello escapa a sus atribuciones [174].

Las excepciones, además, pueden ser deducidas de oficio y, obviamente, por el Ministerio Público, en cuanto *parte imparcial* que actúa en

[174] Ejecutoria suprema (*Anales Judiciales*, 1940, Lima, p. 243).

defensa de la legalidad. Esta posibilidad se explica en el hecho de que los presupuestos procesales, en cuanto condiciones necesarias para que se pueda emitir una resolución sobre el fondo del asunto, interesa a los órganos penales y, por tanto, son objeto de control de oficio.

2. OPORTUNIDAD

El art. 5º del Código de 1940, modificado por el Decreto Legislativo Nº 126, estatuye que las excepciones pueden deducirse en cualquier estado del proceso. Ello significa, como ha precisado el Supremo Tribunal, que su admisión no puede ser condicionada a trámite alguno, siendo su único requisito la existencia de un proceso [175].

Anteriormente se sostuvo que la oportunidad para deducir una excepción es a partir de la declaración instructiva del imputado e incluso al finalizar dicha diligencia, pues en el procedimiento generado por juicio público de la acción penal, en el acto de la declaración instructiva conoce el imputado legal y formalmente en qué consiste la imputación [176]. Sin embargo, este criterio es inaceptable toda vez que si la instructiva esencialmente constituye un acto de defensa material, resulta inadmisible que se acuda a dicha diligencia sin conocer los cargos. Una concepción tal lo que hace es vulnerar el derecho de defensa, uno de cuyos elementos esenciales consiste precisamente en la comunicación previa y detallada de la imputación formulada y, luego, en la concesión de un tiempo y medios adecuados para la preparación de su defensa (art. 8º.2.'b' y 'c' de la CADH). No se puede confundir la necesaria *intimación* como parte de la instructiva o indagatoria con el hecho de considerar un requisito de admisibilidad el que esta diligencia se produzca para poder interponer un medio de defensa técnico.

El Código de 1940 no fija límite al momento procesal para interponer una excepción. Sólo lo hace el nuevo Código de 1991, que la delimita a la etapa de investigación y a la fase intermedia (arts. 9º y 263º). No obstante ello, si bien en el Código de 1940 no se fija un límite puntual a su deducción, lo cierto es que las excepciones deben plantearse antes

[175] Ejecutoria suprema de 16 de marzo de 1994, Exp. Nº 945-93, Lima.

[176] MIXÁN MASS: *Derecho procesal penal*, cit., T. III, p. 25; *Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1953, Lima, p. 642.

que la causa se decida en primera instancia. Si se deducen declarada la procedencia del juicio oral, la Corte Suprema, en un primer momento, señaló que deben resolverse en el curso del juicio oral, de conformidad con el art. 271º del Código de 1940 [177], aunque en un fallo posterior autorizó resolverlas antes de iniciarse el juicio oral [178].

Si las excepciones se plantean en el curso del juicio oral, deben hacerse en forma verbal, dado que son propiamente cuestiones incidentales y, por tanto, resulta de aplicación el art. 271º del Código, pero las conclusiones deben presentarse por escrito, en cuyo caso el Tribunal las resolverá inmediatamente o las aplazará para resolverlas en la sentencia [179]. El objetivo de esta opción, enseña GARCÍA RADA, es evitar que estas articulaciones impidan la realización del juicio oral [180]. Es de entender que, en este supuesto, se resuelven mediante un auto [181].

La Corte Suprema, en otra decisión, sin embargo, estableció que si la excepción se deduce ya iniciado el juicio oral, el Colegiado debe reservarla para pronunciarse sobre ella, concluida que fuera la audiencia, siendo nulo el auto que la ampara [182]. Esta posición, repetida en varias decisiones [183] es, a no dudarlo, totalmente incorrecta toda vez que importa –como expresamente lo hace la Ejecutoria suprema de 29 de noviembre de 1996 [184]– una lectura asistemática de los arts. 234º y 276º del

---

[177] Ejecutoria suprema de 12 de agosto de 1977, Exp. Nº 873–77, Amazonas (*Anales Judiciales*, T. LXIX, Lima, 1977, p. 315).

[178] Ejecutoria suprema de 14 de enero de 1993, Exp. Nº 873–77, Amazonas (*Anales Judiciales*, T. LXIX, Lima, 1977, p. 315).

[179] Ejecutoria suprema de 15 de octubre de 1993, Exp. Nº 985–92–B, Lambayeque (ROJJASI PELLA: *Ejecutorias supremas penales. 1993–1996*, cit., p. 268).

[180] GARCÍA RADA: *Manual de Derecho procesal penal*, cit., p. 44.

[181] Ejecutoria suprema de 14 de julio de 1975, Exp. Nº 370–75, Ancash (*Anales Judiciales*, T. LXVIII, Lima, 1976, p. 456).

[182] Ejecutoria suprema de 14 de agosto de 1961 (*Revista Jurídica del Perú*, Nº III, Lima, 1961, pp. 215–216).

[183] Ejecutorias supremas de 13 de diciembre de 1996, Exp. Nº 4012–95, Tacna (GÓMEZ MENDOZA, Gonzalo: *Jurisprudencia penal*, IDEMSA, Lima, 1997, T. III, p. 133); de 24 de diciembre de 1996, Exp. Nº 1393–95–B, La Libertad (GÓMEZ MENDOZA: *Jurisprudencia penal*, cit., T. III, p. 151); y de 30 de diciembre de 1996, Exp. Nº 3230–95–B, Lima (GÓMEZ MENDOZA: *Jurisprudencia penal*, cit., T. III, pp. 171–172).

[184] Exp. Nº 2194–95–B, Ayacucho (GÓMEZ MENDOZA: *Jurisprudencia penal*, cit., T. III, pp. 182–183).

Código de 1940 que disponen que iniciado el juicio éste continuará durante las sesiones consecutivas que sean necesarias hasta su conclusión, pues desconoce que el propio Código expresamente permite en el art. 271º que las cuestiones incidentales –¡y las excepciones lo son!– se resuelven inmediatamente por resolución fundada o en la sentencia.

Finalmente, la Corte Suprema en una decisión de 21 de diciembre de 1992, relativa a la oportunidad para deducir una excepción, señaló que puede hacerse después de expedido el auto de apertura de instrucción, que es donde se da inicio al proceso penal, *e inclusive hasta en la Corte Suprema*, y puede ser resuelta de oficio [185]. Si bien es de aceptar la amplitud inicial de la oportunidad para deducir una excepción, en cambio no creemos que ésta pueda deducirse, con lo que ello implica respecto a su ulterior tramitación, durante la etapa recursal. Es de aceptar, en cambio, que se considere tal deducción como un mero argumento de defensa, siempre que haya sido objeto de la impugnación deducida, y que necesariamente deba ser apreciada por el Tribunal Revisor –Superior o Supremo– y resuelta en el fallo que absuelva el grado; sin embargo, no es permisible que la interposición de una excepción en sede recursal obligue a un trámite incidental durante el propio procedimiento impugnatorio, desde que ello desnaturalizaría su tramitación al introducir un tema que no integra propiamente la pretensión impugnatoria.

En atención a este último punto, si la excepción se deduce en el curso del procedimiento recursal, el Supremo Tribunal ha sentado la doctrina jurisprudencial en el sentido que ello no obliga a un pronunciamiento aislado, lo que constituiría en sí mismo una irregularidad, sino simplemente a reservar el pronunciamiento sobre la excepción hasta la resolución que absuelva el grado [186].

3. Trámite

En el caso del Código de 1940 la excepción se tramita como un incidente, en cuerda separada, sin interrumpir el curso del proceso prin-

[185] Exp. Nº 1641–92–A, Ayacucho (*Normas Legales*, T. 227, abril, 1995, pp. J46–J47).

[186] Ejecutoria suprema de 5 de diciembre de 1995, Exp. Nº 4620–95, Cuzco (*Normas Legales*, T. 250, marzo, 1997, pp. A27–A28).

cipal [187]. Por consiguiente, interpuesta la excepción se ordenará formar el cuaderno incidental correspondiente y, en cumplimiento del principio de bilateralidad, se correrá traslado a las partes personadas. La apertura de la excepción a prueba, si ello corresponde, será de ocho días. A su término el Juez Penal, previa vista fiscal –impuesta por lo dispuesto en la concordancia de los arts. 91º.4 y 94º.5 de la LOMP–, dictará la resolución que corresponda, amparándola o denegándola. Se entiende que si el momento procesal es emitir sentencia, la deducción de una excepción no puede paralizar el trámite y, por tanto, considerándola un argumento de defensa, se resolverá con la sentencia (Acuerdo Plenario Nº 6–97, de 14 de diciembre de 1997, de los Vocales Superiores de la República). La Corte Suprema tiene establecido que no se debe poner fin a una instrucción sobreseyendo la causa, si se encuentran pendientes de resolución en la Corte Suprema tanto cuestiones prejudiciales cuanto excepciones [188].

Contra la resolución que se pronuncia sobre las excepciones, procede recurso de apelación en todos los casos. La Sala Penal Superior absolverá el grado, previa vista fiscal (art. 91º.4 de la LOMP). El art. 292º.3 del Código de 1940, modificado por el Decreto Legislativo Nº 126, permite el recurso de nulidad contra el auto de vista que se pronuncia en apelación sobre las excepciones (se refiere a procesos ordinarios, pues los sumarios están excluidos en todos los casos de dicho recurso (art. 9º del Decreto Legislativo Nº 124). No obstante ellos consideramos que esta norma preconstitucional está derogada por lo dispuesto en el art. 141º de la Constitución, en la medida en que sólo permite al Supremo Tribunal el conocimiento en vía instancial cuando la acción se inicia en la Corte Superior, que no es el caso de los procedimientos ordinarios que se inician en el Juzgado Penal y, menos, de las resoluciones contra las que se ha cumplido el principio del doble grado de jurisdicción.

En el caso del Código de 1991 las excepciones corren, asimismo, en cuadernos separados y se resolverán necesariamente antes de la sentencia. Si se interponen con posterioridad a la investigación se considerarán

---

[187] Ejecutoria suprema publicada en el *Boletín del Colegio de Abogados de Lima*, enero–abril, Lima, 1971, p. 211.

[188] Ejecutoria suprema de 4 de noviembre de 1948, Exp. Nº 734–47, Cuzco (RONCALLA VALDIVIA: *Jurisprudencia en materia procesal penal*, cit., pp. 80–81).

argumento de defensa (art. 9º). Las excepciones se interponen, no ante el Fiscal investigador, sino ante el Juez Penal que previene (art. 10º), quien dispondrá que el Fiscal: **a)** forme el cuaderno respectivo; **b)** corra traslado a las partes; **c)** actúe las pruebas que correspondan en un término de cinco días hábiles ; **d)** emita dictamen dentro de los tres días posteriores; y, **e)** le devuelva todo lo actuado para que resuelva. Una vez llegado el cuaderno al Juzgado, se pondrá a disposición de las partes y se le notificará el dictamen fiscal y petición que es objeto de resolución, para posteriormente emitir la resolución que corresponda (art. 314º). Contra dicha resolución procede recurso de apelación superior (art. 340º.2). El recurso de casación procederá siempre que el delito objeto de imputación tenga señalado en la ley una pena privativa de libertad mayor de cuatro años (art. 350º.1).

Un problema trascendente en las excepciones consiste en los márgenes de decisión del órgano jurisdiccional cuando considere que se ha interpuesto un remedio procesal equivocado. La pregunta que se ha formulado en estos casos es si el órgano jurisdiccional puede variarla de oficio y pronunciarse atendiendo a su verdadera naturaleza. El pronunciamiento del Tribunal Supremo, sin embargo, no ha sido uniforme, aunque inicialmente su respuesta fue negativa [189]. Así tenemos que en una decisión de 16 de noviembre de 1976 [190], por mayoría, resolvió que "... tratándose de medios de defensa no es posible sustituirlos de oficio, porque su concepción, oportunidad y ventajas que mediante su ejercicio se espera alcanzar pertenecen al contexto del derecho de defensa, cuya planificación integral está reservada a la parte...". Empero, en otra decisión, de 14 de enero de 1977 [191], falló en sentido inverso, sosteniendo que "... si del contenido del recurso de defensa se desprende con claridad su verdadero carácter, el error en la denominación no debe constreñir al Juzgador, quien en provecho de una mejor administración de justicia tiene el deber de pronunciarse atendiendo a la naturaleza del recurso...". Final-

[189] Ejecutoria suprema de 26 de setiembre de 1972, Exp. Nº 117972, Junín (TARAMONA: *Compendio de ejecutorias supremas*, cit., T. III, pp. 70–71).

[190] Exp. Nº 87–76, Lima (*Revista de Jurisprudencia Peruana*, Nº 398, marzo, Lima, 1977, pp. 345–349).

[191] Exp. Nº 333–76, Arequipa (*Revista de Jurisprudencia Peruana*, Nº 398, marzo, Lima, 1977, pp. 349–351).

mente, en una decisión de 6 de marzo de 1981, volvió al anterior criterio, precisando que "... planteada una determinada excepción, no puede el Tribunal fallar por otra que no ha sido deducida. El Tribunal debe absolver el grado respecto de la excepción planteada y sobre la cual se han pronunciado antes que él las demás autoridades judiciales..." [192]. En igual sentido resolvió la Corte Superior de Lima, al declarar infundada la excepción de naturaleza de juicio si es que se fundamenta en la delictuosidad de la conducta incriminada al inculpado [193].

Nosotros consideramos que sólo será posible que el juzgador cambie de denominación al medio de defensa cuando el error de la parte resulta manifiesto y fluye del tenor del propio escrito, pues de lo contrario se fallaría por un medio de defensa no alegado y se vulneraría el derecho a la tutela judicial de las partes. Además, tiene que haber necesaria congruencia entre el petitorio, los fundamentos de hecho invocados y la actividad probatoria. Ello ha permitido sostener al Supremo Tribunal en oportunidad anterior que "... planteada una determinada excepción, no puede el Tribunal fallar por otra que no ha sido deducida. El Tribunal debe absolver el grado respecto de la excepción planteada y sobre la cual se han pronunciado antes que él las demás autoridades judiciales" [194].

4. EFECTOS

Dos son los efectos que produce la resolución que ampara una excepción: uno inmediato y el otro extensivo. En el primer caso, de declararse fundada la excepción de naturaleza de juicio, se regularizará el procedimiento de acuerdo al trámite que corresponda, pero si se trata de las demás excepciones, no cabe subsanación alguna de suerte que el proceso se dará por fenecido y se archivará definitivamente la causa, no pudiendo intentarse otro proceso por los mismos hechos que el fenecido. En el primer caso el efecto es de mera regularización del trámite, mientras que en el segundo el efecto es extintivo de la relación jurídico procesal penal.

---

[192] *Anales Judiciales*, T. LXXI, Lima, 1988, p. 590.

[193] Ejecutoria Superior de 8 de agosto de 1988, Exp. Nº 60–88, 10º Sala Penal Superior (CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA, *Jurisprudencia Penal. Procesos Sumarios*, Cultural Cuzco, Lima, 1990, T. III, p. 191).

[194] Ejecutoria suprema de 6 de marzo de 1981, Exp. Nº 63–80, Piura (TARAMONA: *Compendio de ejecutorias supremas*, cit., T. I, pp. 37–38).

La fundabilidad de una excepción puede tener efectos extensivos en atención a otros imputados en la causa. Este efecto sólo será viable: a) en la medida en que los demás imputados se encuentren en la misma situación jurídica que el que dedujo la excepción; y, b) siempre y cuando de los actuados resulte categóricamente probada que la causal abarca también a algunos más o a todos los procesados pese a que uno solo de ellos o sólo unos cuantos de ellos hayan deducido la excepción [195]. En este mismo sentido se ha pronunciado la Corte Suprema, por lo que, "si los demás encausados se encuentran comprendidos por el mismo delito y están en igual situación, la excepción debe extenderse en su favor aun cuando no fue deducida por ellos" [196].

[195] MIXÁN MASS: *Derecho procesal penal*, cit., T. III, p. 29.

[196] Ejecutorias supremas de 4 de marzo de 1981, Exp. Nº 473–81, Lima (*Anales Judiciales*, T. LXXI, Lima, 1979–1981, p. 587); y de 3 de febrero de 1989, Exp. Nº 442–87, Lima (*Normas Legales*, T. 206, julio, 1993, pp. 328–330).

CAPÍTULO XVII
EL OBJETO DEL PROCESO PENAL

SUMARIO: **I.** Aspectos generales. **II.** El objeto penal: 1. Concepto. 2. Requisitos subjetivos. 3. Requisitos objetivos. 4. Requisitos formales. **III.** El objeto civil: 1. Aspectos generales. 2. Concepto. 3. Elementos esenciales. 4. La congruencia civil de la sentencia penal.

I. ASPECTOS GENERALES

La noción "objeto del proceso penal" es, sin duda alguna, un tema controvertido por antonomasia [197], que por lo demás no aparece definido ni indicado en las leyes procesales nacionales. Intentar definir o precisar el alcance de esta institución, parte sin duda alguna de tener presente lo que significa y persigue el derecho penal material y de asumir la naturaleza de derecho de realización del derecho procesal penal. Siendo así, el consenso teórico sobre la materia parte de reconocer que *frente a la sospecha de comisión de un delito, surge la necesidad de su represión y de la reparación de la persona que ha sufrido un daño como consecuencia del ilícito penal.*

Desde la perspectiva arriba indicada es de entender que de la sospecha de la comisión del delito surgen dos pretensiones, que en nuestro sistema se acumulan *obligatoria e independientemente* del interés de la víctima: la *pretensión penal* y la *pretensión civil.*

Por tanto, la noción objeto del proceso lo constituye –puntualiza ALMAGRO NOSETE– el *hecho penal*; es decir, las acciones u omisiones delictivas sometidas a juicio o lo que es lo mismo los hechos enjuiciados en cuanto

---

[197] RAMOS MÉNDEZ, Francisco: *El proceso penal. Tercera lectura constitucional*, 3a. ed., José María Bosch Editor, Barcelona, 1993, p. 61.

son decisivos y sobre las consecuencias penales –y civiles, diríamos nosotros– que de éstos derivan para los sujetos inculpados [198].

La noción "hecho penal", sin embargo, se define a partir de un concepto jurídico–procesal y no jurídico–material. A estos efectos se toma en consideración todos los sucesos y las circunstancias de hecho conexas y relativas a ellos, que son idóneas para tornar factible la obra del acusado como punible. BAUMANN precisa que la situación de hecho o situación unitaria de hecho concreta se define como todo aquello que forma, según la consideración natural, un suceso unitario, un complejo [199].

Cuatro son las características centrales del objeto procesal, siguiendo al efecto parcialmente a GÓMEZ COLOMER [200]:

1. La incoación del proceso penal requiere la determinación de un hecho concreto que *prima facie* tenga los caracteres de un delito. Por ello es que, inicialmente y en vía de preparación de la pretensión, se pide al Fiscal que precise la conducta incriminada (art. 94º.2 LOMP) y, luego, al Juez que detalle los contornos fácticos de la imputación y su calificación jurídico penal (arts. 77º del Código de 1940 y 114º–115º del Código de 1991). A partir de la resolución judicial se va formando la pretensión que se definirá en la acusación, donde la precisión fáctica y jurídica es más rigurosa (arts. 225º del Código de 1940 y 260º del Código de 1991), que se coronará en el auto de enjuiciamiento (el art. 294º del Proyecto de 1995 exige que en dicha resolución se detalle el delito con indicación del texto legal correspondiente). Es de reiterar que el objeto del proceso se va conformando progresivamente.

Ello significa, apunta DE LA OLIVA SANTOS, que el proceso penal no puede incoarse con una finalidad genérica y no puede, en principio, tener como objeto la vida entera de una persona física, la posible criminalidad al amparo de una persona jurídica o los posibles comportamientos criminales en el seno de un grupo social o de un sector de actividad económica [201]. Está, pues, prohibida la *inquisitio generalis*, la iniciación de una pesquisa o investigación general.

---

[198] ALMAGRO NOSETE, José: *Instituciones de Derecho procesal*, T. III (*Proceso penal*, 1), Trivium, Madrid, 1993, p. 111.

[199] BAUMANN: *Derecho procesal penal*, cit., p. 272.

[200] En: MONTERO AROCA *et. al.*: *Derecho Jurisdiccional*, cit., T. III (*Proceso penal*), ed. 1991, pp. 98–100.

[201] DE LA OLIVA SANTOS *et. al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 195.

2. En principio, el objeto del proceso penal es *inmutable*. Ello significa que definido el objeto del proceso no puede cambiarse ni eliminarse, pues tiene que desarrollarse hasta el final, lo que no significa que pueda ampliarse (incluyendo otro tipo penal o nuevos hechos).

3. El objeto del proceso es también *indisponible*. En los delitos públicos no cabe desistimiento o transacción de la víctima. Las partes, en concreto el Fiscal, no pueden dejar de perseguir un delito ni evitar la acusación si existen fundamentos materiales para ello. Un supuesto de excepción se da no sólo en los delitos privados sino también en los casos de terminación anticipada, oportunidad y colaboración eficaz, que en su momento se analizarán.

4. El objeto del proceso es *indivisible*. Lo es tanto desde un punto de vista *fáctico*, pues el hecho comprende todos los actos preparatorios, accesorios, particulares o posteriores, como el *jurídico*, pues el proceso considera el hecho desde todos los puntos de vista posibles.

II. EL OBJETO PENAL

1. Concepto

El objeto penal está constituido, como ya se ha precisado, por la pretensión penal. Gimeno Sendra define la pretensión penal como "la declaración de voluntad, dirigida contra el acusado, en la que se solicita al Juzgado o Tribunal de lo Penal una sentencia de condena al cumplimiento de una pena o medida de seguridad fundada en la comisión por aquél de un hecho punible" [202].

2. Requisitos subjetivos

Sin perjuicio de entender que, desde el punto de vista subjetivo, los requisitos de la pretensión comprenden los relativos **(1)** al órgano jurisdiccional –jurisdicción y competencia–, **(2)** a las partes acusadoras –capacidad procesal y legitimación activa (los acusadores privados deben actuar por intermedio de un letrado)– y **(3)** al acusado, es de considerar

[202] Gimeno Sendra *et. al.*: *Derecho procesal penal*, cit., ed. 1997, p. 208.

que el elemento objetivo determinante es, sin duda, este último: la persona del acusado [203].

La individualización del imputado y la determinación de los cargos debe realizarse necesariamente en la etapa de instrucción o investigación. Por consiguiente, no es de extrañar, en primer lugar, que para el procesamiento judicial de una persona se requiera su debida identificación (art. 77º del Código de 1940 y 114º del Código de 1991), siendo precisamente el objeto de dicha etapa procesal determinar la debida "...identidad del autor o partícipe..." (art. 91º, primer párrafo del Código de 1991), esto es, "establecer la distinta participación que hayan tenido los autores y cómplices, en la ejecución o después de su realización, sea para borrar las huellas que sirven para su descubrimiento, para dar auxilio a los responsables o para aprovecharse en alguna forma de sus resultados" (art. 72º, primer párrafo, del Código de 1940).

De esto expuesto precedentemente fluye, en segundo lugar, que la acusación fiscal, donde se hace constar la culpabilidad del imputado, se lleva a cabo sobre la base de una previa instrucción, por lo que constituye un principio esencial del proceso que nadie puede ser acusado sin haber sido, con anterioridad, en la instrucción, declarado formalmente procesado. Un vez culminada la etapa de investigación y emitida acusación fiscal "no puede existir ningún cambio respecto de la persona del acusado" [204].

En tanto se requiere la identidad del imputado para integrar el objeto procesal, es de entender que existirán tantas pretensiones cuantas personas se les haya de dirigir contra ellas la acusación, aun cuando la misma se funde en la comisión de un solo delito. Esta situación explica la necesidad de acumulación obligatoria del procedimiento en los supuestos de "delitos conexos" (arts. 21º.2 del Código de 1940 y 42º.2 del Código de 1991).

3. Requisitos objetivos

Tres son los requisitos objetivos que es de mencionar para establecer, luego, cuál de ellos integra su contenido esencial. Se trata de: **a)** la fundamentación fáctica: el hecho punible; **b)** la fundamentación jurídica: el título de condena; y, **c)** la petición.

---

[203] Gimeno Sendra *et. al.*: *Derecho procesal penal*, cit., ed. 1997, p. 208.

[204] Gómez Colomer: *El proceso penal alemán*, cit., p. 42.

A) La fundamentación fáctica

La fundamentación fáctica de la pretensión está determinada por la atribución al acusado de la comisión de una acción u omisión punibles, tal como rezan los arts. 225º.2 del Código de 1940 y 260º.2 del Código de 1991. Ésta, según GIMENO SENDRA, se determina **(a)** como un hecho histórico, y **(b)** subsumible en un tipo penal de carácter homogéneo [205].

A.1) El hecho natural

El objeto del proceso penal está conformado por un hecho (acción u omisión). La necesidad que se afirme un hecho, debidamente definido –indicación de sus circunstancias precedentes, concomitantes y posteriores– es una exigencia del derecho de defensa, de la cosa juzgada y, en general, del principio de seguridad jurídica.

Esto último es lo que explica, en *primer lugar,* que los arts. 298º.3 del Código de 1940 y 325º.2 del Código de 1991 sancionan con la nulidad el condenarse por un hecho que no ha sido materia de la acusación fiscal; en *segundo lugar,* que si en el acto oral surge la evidencia de la comisión de un delito más grave o de un nuevo delito, es del caso ampliar la acusación o disponer en la sentencia el correspondiente procesamiento penal (arts. 263º y 255º del Código de 1940 y 291º y 309º del Código de 1991); y, en *tercer lugar,* que se prohíba que un mismo hecho pueda ser objeto de una doble condena, aun cuando el Tribunal no hubiera agotado todas las posibilidades de subsunción jurídica (arts. 139º.13 Const., 90º CP y IV del Título Preliminar del Código de 1991).

Es de tener presente que la acusación escrita delimita el hecho a enjuiciar. La acusación fiscal sólo puede formularse teniendo a la vista el auto de apertura de instrucción o de aprobación judicial de la promoción de la acción penal y la actividad realizada por las partes en la etapa de instrucción, a quienes se le reconoce un cierto poder de determinación subjetiva y objetiva del objeto procesal. Formulada acusación escrita no es posible variarla, ni siquiera en la acusación oral. Sus términos, explica GÓMEZ COLOMER, deben ser respetados inclusive por el propio órgano jurisdiccional al emitir sentencia [206].

---

[205] GIMENO SENDRA *et. al.*: *Derecho procesal penal,* cit., ed. 1997, p. 210.

[206] En: MONTERO AROCA *et. al.*: *Derecho Jurisdiccional,* cit., T. III (*Proceso penal*), ed. 1991, p. 107.

Por consiguiente, la identificación de la fundamentación fáctica sólo comprende el *hecho natural*. Éste no viene dado por una calificación jurídica ni por la entidad o cuantía de la pena pedida, sino –como enfatiza GÓMEZ ORBANEJA– por un acaecer histórico, individualizado en su unidad natural y no en la jurídico penal, de que se pretende sacar una consecuencia jurídico penal, cualquiera que ella sea [207].

A.2) El hecho típico y la homogeneidad del bien jurídico

El art. 11º del Código Penal y las demás normas procesales penales anteriormente citadas no sólo hacen referencia a una acción u omisión realizada por una persona física, exigen: **a)** que se trate de hechos dolosos o culposos; y, **b)** que se encuentren penados por la ley.

Sin embargo, como acota GIMENO SENDRA, "... a los efectos de la determinación de la pretensión, la calificación jurídica del hecho enjuiciado no constituye, en principio, un elemento esencial alguno. También rige en el proceso penal la máxima *iura novit curia*, por lo que el órgano jurisdiccional es dueño de la individualización y aplicación al hecho de las pertinentes normas del Código Penal ..." [208]. Lo expuesto, como llama la atención GÓMEZ COLOMER, no niega que la calificación jurídico penal tiene una incidencia inicial: sólo puede formar el objeto procesal aquellos hechos o actos que el Derecho penal toma en consideración como delito o falta; por eso, en otro caso, no habrá lugar al proceso que carezca "desde el principio" de objeto, archivándose la denuncia [209].

La exigencia de que el juez se base en una misma situación fáctica es absoluta. Sin embargo, la potestad que se le reconoce de poder subsumir el hecho objeto de acusación en una norma jurídico penal distinta a la propuesta por las partes, está severamente limitada. Existen dos requisitos que deben cumplirse para la desvinculación normativa:

1. El Juez debe respetar, en los cambios que formula, la homogeneidad del bien jurídico protegido por la ley penal. Entre el delito obje-

---

[207] GÓMEZ ORBANEJA, Emilio: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Bosch, Barcelona, 1947, T. I, p. 52.

[208] GIMENO SENDRA *et. al.*: *Derecho procesal penal*, cit., ed. 1997, p. 212.

[209] En: MONTERO AROCA *et. al.*: *Derecho Jurisdiccional*, cit., T. III (*Proceso penal*), ed. 1991, p. 103.

to de calificación fiscal y el delito precisado en la sentencia debe haber, como elemento común o identificador, la homogeneidad del bien jurídico tutelado por la norma jurídico penal. Por tanto, no puede condenarse por un delito distinto cuando éste conlleve una diversidad del bien jurídico protegido.

2. El Juez, asimismo, está autorizado a cambiar la calificación jurídica propuesta por el fiscal, agrega GIMENO SENDRA sustentándose en el fallo recaído en el *"Caso Gea Catalán"* de 10 de febrero de 1995 expedido por el TEDH, cuando obedece a un simple error de la acusación fácilmente constatable por la defensa [210].

B) La fundamentación jurídica

Los arts. 225º.3 del Código de 1940 y 260º.4 del Código de 1991 exigen que la acusación fiscal haga referencia al delito cometido, citando las normas pertinentes del Código Penal. La LOMP (art. 92º, tercer párrafo) impone al Fiscal que en la acusación califique el delito. La norma del Código de 1991, al ser más detallada, estatuye que la acusación fiscal debe contener "el artículo de la Ley Penal que tipifique el hecho investigado ...".

El problema que plantea este elemento estriba en determinar si, además de que exista homogeneidad del bien jurídico lesionado, resulta necesario considerar que la calificación penal, esto es, el *título de condena*, integra el objeto del proceso penal.

La respuesta, por lo dicho anteriormente, es negativa. En efecto, la acusación no tiene un poder de disposición sobre la calificación jurídica de la pretensión. El órgano jurisdiccional puede, sin alterar los hechos aducidos en el proceso, modificar el título de condena, inclusive por uno más grave del que fue objeto de la acusación fiscal (art. 353º, tercer párrafo, del Proyecto de 1995), siempre claro está que respete la homogeneidad del bien jurídico y que la pena se encuentre dentro de los márgenes correspondientes al tipo penal que resulta de la calificación jurídica de los hechos formulada en la acusación y debatida en el proceso. Es de entender que si la nueva calificación introduce situaciones fácticas de modo sorpresivo, violaría el derecho constitucional de defensa; el contradictorio no cabe sólo en los hechos, sino también en la calificación jurídica.

---

[210] GIMENO SENDRA *et. al.*: *Derecho procesal penal*, cit., ed. 1997, p. 213.

En el Proyecto de 1995, precisamente para garantizar el derecho de defensa, se establece que: "*Empero, el acusado no puede ser condenado en virtud de un tipo penal distinto ... , si previamente no fue advertido sobre la posible modificación de la calificación jurídica.– ... la advertencia .. se hará en el curso del debate o hasta antes de que el Fiscal inicie su exposición oral...*". Esta "advertencia" resulta necesaria para evitar sorpresas y afectación al contradictorio, no obstante lo cual es de enfatizar que existe otro límite esencial a la posibilidad de desvincular la calificación jurídica: la pena que se imponga, en todo caso, no puede ser superior a la del delito que fue objeto de acusación [211].

C) La petición

La petición de la pretensión penal es siempre de condena. Los arts. 225º.3 del Código de 1940 y 260º.4 del Código de 1991 exigen que el Fiscal en la acusación escrita precise "... la duración de las penas principal y accesoria o la medida de seguridad que sustituya a la pena..." o "...la cuantía de la pena que se solicite". No obstante lo cual tampoco constituye un elemento esencial de la pretensión. Esta posición, puntualiza GIMENO SENDRA, se justifica en que en el proceso penal rige el principio de la indisponibilidad de la pretensión que, junto con el de la indivisibilidad del hecho punible, se erigen en las principales notas definitorias de la pretensión penal [212].

Para estos efectos, la correlación entre la acusación y la sentencia tiene como base el *título de condena* y no el *cuantum* de la pena solicitada en la acusación. El límite de la desvinculación, como ya se ha dicho, es que la pena que se imponga no puede ser superior a la del delito que fue objeto de acusación.

4. REQUISITOS FORMALES

Asumiendo la concepción de FAIRÉN GUILLÉN líneas arriba se ha precisado que la promoción de la acción penal y la interposición de la pretensión no se producen simultáneamente, sino se realizan por medio de actos procesales distanciados procedimentalmente. La acción penal se promueve con la denuncia formalizada por el Fiscal para los delitos públicos y por el querellante en los delitos privados. La pretensión, en

[211] GÓMEZ DE LIAÑO: *El proceso penal*, cit., p. 239.

[212] GIMENO SENDRA *et. al.*: *Derecho procesal penal*, cit., ed. 1997, p. 216.

cambio, sigue un proceso escalonado que empieza en la instrucción, pasa por la acusación escrita y culmina con la acusación oral [213].

En la etapa de *instrucción o investigación*, que tiende –de un lado– a la recolección del material necesario para demostrar la delictuosidad del hecho investigado y –de otro– a la determinación de la legitimación pasiva en el proceso penal, al acopiar elementos de convicción para establecer la autoría o participación del imputado, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 72º del Código de 1940 y 91º del Código de 1991, se posibilita la afirmación fáctica de la pretensión por el Fiscal.

La referida etapa procesal, como aclara GIMENO SENDRA, en primer lugar, no fija definitivamente el hecho punible, pues las partes sólo se sustentan en sus actuaciones tanto para formular acusación cuanto para defenderse; y, en segundo lugar, determina definitivamente la identidad subjetiva, pues nadie puede ser acusado sin ser previamente procesado [214].

En la etapa *intermedia*, el Fiscal al formular acusación formaliza la pretensión penal. La acusación, según lo especifican los arts. 225º del Código de 1940 y 260º del Código de 1991, debe describir la acción u omisión punibles y sus circunstancias precedentes, concomitantes y posteriores, así como la individualización del acusado –incluyendo sus generales de ley y todos los datos que fueren necesarios al efecto–, el título de condena –la calificación jurídico penal del hecho– y la pena o medida de seguridad solicitada –calidad y cuantía de la pena o medida de seguridad–.

Es de destacar que la acusación fiscal, en primer lugar, delimita inicialmente el objeto procesal; y, en segundo lugar, precisa el tema de la prueba en el acto oral.

En la etapa de *enjuiciamiento*, corresponde al Fiscal formular acusación oral, que es el momento en que queda definitivamente fijado el objeto procesal. Según el art. 296º, primer párrafo, del Código de 1991, el Fiscal debe expresar "...razonadamente los hechos que considera probados en el proceso y la calificación legal que corresponda, así como los fundamentos en los que sustenta la responsabilidad penal del acusado...". A su vez, el art. 273º del Código de 1940, en su extremo final, dispone que el Fiscal "... Concluirá ... pidiendo la pena que juzgue legal ...".

---

[213] GIMENO SENDRA *et. al.*: *Derecho procesal penal*, cit., ed. 1997, p. 219.

[214] GIMENO SENDRA *et. al.*: *Derecho procesal penal*, cit., ed. 1997, p. 220.

En el curso del juicio oral, sin embargo, pueden presentarse diversas situaciones como consecuencia de la actividad probatoria realizada por las partes, que importan determinadas variantes en función al contenido del objeto procesal. En *primer lugar*, el Fiscal puede pedir una prórroga para pedir una acusación ampliatoria, cuando "... resultara que el delito reviste un carácter más grave que el indicado en el escrito de acusación ..." (arts. 263º del Código de 1940 y 293º del Código de 1991). En *segundo lugar*, puede –sin necesidad de prórroga alguna– pedir un aumento o disminución de la pena, en tanto se mantenga dentro de los límites de la acusación escrita (art. 296º, segundo párrafo, del Código de 1991).

III. EL OBJETO CIVIL

1. ASPECTOS GENERALES

El objeto civil del proceso penal está contemplado: **a)** en los Capítulos IV y V del Libro I del Código de 1991; **b)** en los arts. 91º, 260º.5, 296º–298º del Código de 1991; **c)** en los arts. 1º y 92º, tercer párrafo, de la LOMP; y, **d)** en los arts. 92º–101º del Código Penal. De dichas normas se desprende, esencialmente, que la pretensión civil se acumula obligatoriamente al procedimiento penal (art. 92º CP) y que, sin perjuicio que pueda instarla el agraviado (derecho potestativo), corresponde obligatoriamente al Fiscal perseguirla conjuntamente con la sanción penal (art. 1º LOMP).

El fundamento de esta acumulación es la conveniencia o la economía procesal, pues de ser decidida la cuestión civil en proceso independiente del penal produciría mayores gastos y dilaciones al agraviado [215]. Tal acumulación de acciones, conexas al fin y al cabo, permite una absorción de competencia para conocer de la acción civil, es decir, una competencia por adhesión.

2. CONCEPTO

Del delito, en cuanto acto ilícito que produce un daño a terceros, nace una pretensión civil, debidamente circunscrita por el art. 93º del Código Penal. Como tal, *es una declaración de voluntad interpuesta ante el órgano*

[215] FONT SERRA: *La acción civil en el proceso penal*, cit., p. 18.

jurisdiccional penal, dirigida contra el autor o partícipe del delito y, en su caso, el tercero civil, y sustentada en la comisión de un acto penalmente antijurídico que ha producido daños en el patrimonio del perjudicado o actor civil, por la cual solicita la condena tanto de los primeros cuanto del segundo, a la restitución del bien o, si no es posible, el pago de su valor; y, a la indemnización de los daños y perjuicios.

3. ELEMENTOS ESENCIALES

A. Requisitos subjetivos

Desde el punto de vista del órgano jurisdiccional, al tratarse de una persecución conjunta con la penal, la jurisdicción y competencia son exactamente las mismas que las vinculadas a la primera. El mismo juez que conoce del delito, también conoce de la reparación civil.

En cuanto a las partes, se entiende que tienen responsabilidad civil directa los imputados, sean autores o partícipes, mientras que también pueden ser emplazados los denominados "terceros civiles", que son aquellos que por ministerio de la ley están obligados a responder civilmente por los daños causados otros (*legitimación pasiva*). Por el contrario, tienen *legitimación activa* los agraviados y demás personas señaladas en los arts. 54º del Código de 1940 y 82º del Código de 1991, en tanto se constituyan en parte o actor civil.

En ambas partes, deben concurrir, como señala GIMENO SENDRA, la capacidad para ser parte y de actuación procesal, así como la legitimación y la postulación procesal [216]. En cuanto esto último se entiende que las partes, a diferencia del Fiscal, deben intervenir obligatoriamente con asistencia letrada. Todas las peticiones que formulen y sus intervenciones en las diligencias procesales deben contar con el concurso de sus abogados defensores.

B. Requisitos objetivos

Los requisitos objetivos de la pretensión civil son: **1.** La fundamentación o *causa petendi.* **2.** La petición o *petitum.*

En lo que respecta a la fundamentación, la pretensión civil se apoya en la existencia de una infracción penal que ha producido concretamente un

[216] GIMENO SENDRA *et. al.*: *Derecho procesal penal,* cit., ed. 1997, p. 229.

daño patrimonial al agraviado. Por consiguiente, lo decisivo es la perpetración de conductas que según el Código Civil generan responsabilidad civil.

Desde la perspectiva anterior, siempre siguiendo a GIMENO SENDRA, es indiferente que haya operado las causas de extinción de la acción penal del art. 78º del Código Penal, pues éstas no impiden que la acción típicamente antijurídica y culpable haya existido; lo mismo acontece con las causas de exención de la responsabilidad penal del art. 20º del Código Penal, que no obstante eximir de culpabilidad, no impiden que el hecho penalmente antijurídico y causante de un daño se haya producido (nos referimos a los supuestos de falta de capacidad penal, error de prohibición –art. 14º, segundo párrafo–, estado de necesidad exculpante y miedo insuperable). En tal virtud, aun cuando se sobresea la causa o se absuelva al imputado por los motivos arriba indicados, es posible –siempre que quede probada la existencia del acto antijurídico que ocasione la obligación de indemnizar– la condena por responsabilidad civil [217].

En cuanto a la *petición* en la pretensión civil, ésta se encuentra sometida a dos características centrales: **a)** está sometida, desde la perspectiva de la víctima, al principio dispositivo (en el caso del Ministerio Público se trata de una pretensión de interposición obligatoria); y, **b)** es una pretensión de condena y, dentro de ella, "de dar", tal como lo define claramente el art. 93º del Código Penal: el responsable civil ha de restituir o reparar los bienes afectados e indemnizar una cantidad dineraria.

C. Requisitos formales

La pretensión civil se deduce, en principio, en el escrito de acusación fiscal, según lo dispuesto en los arts. 227º del Código de 1940 y 262º del Código de 1991. Si el agraviado decide instar el pago de la reparación civil, constituido en parte o actor civil, tiene la oportunidad de solicitar el monto respectivo, en forma concreta, luego de la acusación fiscal y en el alegato oral al finalizar el enjuiciamiento, tal como lo prescriben los arts. 276º del Código de 1940 y 297º del Código de 1991.

4. LA CONGRUENCIA CIVIL DE LA SENTENCIA PENAL

Finalmente, otro tema central, absolutamente descuidado por doctrina nacional, es el de la congruencia civil de la sentencia penal. Sobre

[217] GIMENO SENDRA *et. al.*: *Derecho procesal penal*, cit., ed. 1997, p. 230.

el particular, en la línea argumental de Font Serra [218], es del caso apuntar lo siguiente:

a) que la sentencia penal, en lo que es materia de pretensión civil, está sometida al cumplimiento de dos principios procesales civiles: el dispositivo y el de audiencia contradictoria.

b) que, en tanto se trata de un pronunciamiento civil, la sentencia penal debe ser acorde con las cuestiones que las partes haya sometido a la decisión judicial.

c) que la congruencia en orden a la reparación civil importa adecuación y correlación de la sentencia con los pronunciamientos civiles oportunamente deducidos por las partes.

d) que la sentencia penal será incongruente civilmente, cuando deje de pronunciarse sobre cuestiones relativas a la responsabilidad civil oportunamente deducidas por las partes (*incongruencia omisiva*), cuando se pronuncie sobre cuestiones que no hayan sido deducidas (*incongruencia extra petita*) y cuando otorgue más de lo pedido (*incongruencia ultra petita*).

[218] Font Serra: *La acción civil en el proceso penal*, cit., p. 120.

Parte V

ESTRUCTURA DEL PROCESO PENAL

CAPÍTULO XVIII
ASPECTOS GENERALES DE LA ESTRUCTURA DEL PROCESO PENAL

SUMARIO: **I.** Introducción. **II.** La etapa de instrucción. **III.** La etapa intermedia. **IV.** La etapa de enjuiciamiento.

I. INTRODUCCIÓN

El proceso penal tiene una particularidad: a través de él se persiguen intereses públicos, dimanantes de la imposición de sanciones penales. Tal característica, que exige una exclusiva titularidad estatal, a su vez determina –en virtud del principio de necesariedad del proceso penal (art. 139º.10 Const.)– que sólo el juez puede imponer penas y medidas de seguridad, tal como reza el art. V del Título Preliminar del Código Penal. Desde esta perspectiva, las partes, y en especial el Ministerio Público en los delitos objeto de persecución pública, sólo son titulares del derecho de persecución, esto es, de promover la acción penal y de acusar, que en el caso del Ministerio Público es una obligación (art. 159º, incs. 1, 4 y 5, Const.).

Como en el proceso penal, acota CORTÉS DOMÍNGUEZ, coexisten estos dos derechos, el de penar y el de acusar, con distinta titularidad, ello ha determinado una estructura típica y exclusiva informada por el principio acusatorio, el cual impide juzgar a persona alguna sin que previamente exista acusación, impide al órgano judicial juzgar sobre hechos distintos y a personas distintas de las acusadas, e impide, lógicamente, condenar por hechos distintos de los que han sido acusados [1].

---

[1] En: GIMENO SENDRA, Vicente; MORENO CATENA, Víctor; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín: *Derecho procesal penal*, Colex, Madrid, 1996, p. 250.

El proceso penal, por consiguiente, en su nivel declarativo, consta de tres fases o etapas: la *instrucción* o *investigación*, la *intermedia* y el *enjuiciamiento* o *juicio oral*. En la primera etapa se reúne el material fáctico necesario que, en su momento, merecerá ser juzgado en la segunda etapa, determinándose –por un lado– si existen bases suficientes para calificar la antijuricidad penal del hecho y –por otro lado– si pueden ser imputados o acusados a una persona individualizada. En la segunda etapa o fase, la intermedia, de naturaleza eminentemente crítica, que es la que se concentra en el análisis del material recopilado en la instrucción a fin de determinar el archivo o sobreseimiento de la causa o la procedencia del juicio oral. En la etapa o fase de enjuiciamiento, una vez que se ha decidido que existen bases para acusar y juzgar a una persona, se procede al juicio oral y público que termina con la expedición de una sentencia.

Precisa Alberto BINDER que en el proceso penal existen otras dos fases o etapas más, una vez que el órgano jurisdiccional dictó sentencia. Se trata de las fases *impugnativa* y *ejecutiva*. La *primera* está dedicada a controlar el resultado del juicio, la sentencia, a través de distintos medios de impugnación o recursos. La *segunda*, una vez que la sentencia quedó firme, consentida o ejecutoriada, está dedicada a ejecutar a sentencia [2].

II. LA ETAPA DE INSTRUCCIÓN

La función de la instrucción, en nuestro sistema procesal, ha ido variando progresivamente. En el Código del siglo pasado, de base mayormente inquisitiva, tenía por objeto *descubrir la existencia del delito y la persona del delincuente* (art. 29º). En el Código de 1920, su objeto se tornó más limitado, puesto que el art. 48º estatuyó que dicha etapa perseguía "*... reunir los datos necesarios sobre el delito cometido, y sobre sus autores, cómplices y encubridores, para que pueda realizarse el juzgamiento por el Tribunal Correccional o por el jurado*".

El Código de 1940, en su art. 72º, retomando concepciones con mayores sesgos inquisitivos y dotándola de una desmesurada amplitud y contenido autónomo, más en la impronta del Código del siglo pasado –en

[2] BINDER, Alberto: *Introducción al Derecho procesal penal*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1993, p. 208.

el que pareciera que la prueba a practicarse se agotaba en ella– que en el modelo francés, precisa que el objeto de la instrucción "... *es reunir la prueba de la realización del delito, las circunstancias en que se ha perpetrado, sus móviles y descubrir a los autores y cómplices del mismo, estableciendo la distinta participación que hayan tenido en los actos preparatorios, en la ejecución o después de su realización, sea para borrar las huellas que sirvan para su descubrimiento, para prestar auxilio a los responsables, o para aprovecharse en alguna forma de sus resultados*".

La Corte Suprema concibe esta etapa como fundamental. No sólo insiste en que: **a)** que "... tiene por objeto reunir la prueba de la realización del delito para descubrir a los autores y cómplices del mismo" [3]; **b)** que "... las circunstancias en que se perpetró el evento criminoso y el grado de participación de los sujetos activos del delito" [4]; y, **c)** que esta etapa debe establecer la participación de los imputados "... en los actos preparatorios, de ejecución y posteriores a la comisión del delito [5]. También considera que el órgano judicial superior debe fiscalizar si el Instructor ha cumplido con los fines que le acuerda y anular lo actuado en su caso ordenando un plazo ampliatorio en caso de incumplimiento [6].

En cambio, el Código de 1991, afiliándose a las tendencias modernas del derecho comparado, precisa que la investigación "... *persigue reunir la prueba necesaria que permita al Fiscal decidir si formula o no acusación. Tiene por finalidad determinar: si la conducta incriminada es delictuosa, las circunstancias o móviles de su perpetración, la identidad del autor o partícipe y de la víctima así como la existencia del daño causado*".

Como quiera que desde el punto de vista del Estado de Derecho toda sanción penal debe estar precedida de un proceso público (art. 139º.4 Const.), iniciado tras la investigación a cargo del Ministerio Pú-

---

[3] Ejecutoria suprema de 17 de febrero de 1989, Exp. Nº 1078–88, Lima (*Anales Judiciales*, T. LXXVII, Lima, 1989, pp. 245–247).

[4] Ejecutoria suprema de 20 de agosto de 1990, Exp. Nº 888–90, Huánuco (*Anales Judiciales*, T. LXXVIII, Lima, 1990, pp. 183–184).

[5] Ejecutoria suprema de 18 de diciembre de 1987, Exp. Nº 1166–87–ISP, Lima (*Jurisprudencia Penal, 1984–1992*, Editora Normas Legales, Trujillo, 1996, pp. 166–167).

[6] Ejecutorias Supremas de 30 de enero de 1992, Exp. Nº 983–91, Huánuco (*Normas Legales*, T. 224, enero, 1995, pp. J29–J30); y de 21 de setiembre de 1993, Exp. Nº 2260–93, Ancash (*Normas Legales*, T. 227, abril, 1995, pp. 547–548).

blico (art. 159º.4 Const.), no es posible confundir el papel de ambas etapas. Tampoco resulta adecuado asignar a la instrucción el rol totalizador de determinación del material de hecho en orden a la *notitia criminis*, confundiendo lo que debe entenderse por actos de investigación y actos de prueba, así como oscureciendo el papel del juez en el acto oral al desconocer las garantías que configuran la actividad probatoria: inmediación, contradicción, publicidad y oralidad, que hacen viable dos principios estructurales del proceso: el acusatorio y el de igualdad de armas.

Sin embargo, es de precisar que en la instrucción no sólo se realizan actos de investigación en orden a la determinación de la antijuricidad penal de los hechos objeto de imputación por el Ministerio Público y a la individualización de quienes aparecen vinculados a él como autores o partícipes. También se llevan a cabo, de modo preponderante, un conjunto de actividades de aseguramiento de las personas, de las fuentes de prueba y de las responsabilidades económicas derivadas del delito, tales como detenciones, impedimentos de salida, allanamientos, intervenciones telefónicas, incautaciones y embargos, entre otros. Estas medidas, dice Cortés Domínguez, que necesariamente se adoptan por el juez, aun cuando algunas de ellas por razones excepcionales derivadas del peligro por la demora pueden realizarse por la policía judicial o por el Fiscal con cargo a una confirmación judicial (detención por flagrancia delictiva, incautación, allanamiento por flagrancia), están destinadas a posibilitar en la mejor de las condiciones el enjuiciamiento de las personas que aparecen como autoras o partícipes de hechos que racionalmente pueden considerarse constitutivos de delitos [7].

Nuestro sistema procesal tiene un modelo de instrucción única para el procesamiento de todos los delitos. Desde una perspectiva de competencia objetiva, como ya se explicó en el capítulo pertinente, existen dos procedimientos, según el delito sea grave o menos grave. Desde el punto de vista de la instrucción la única diferencia estriba en el plazo acordado a ambos: cuatro meses, prorrogables hasta 60 días (art. 202º del Código de 1940), para el denominado "proceso ordinario", y dos meses, prorrogables por no más de 30 días (art. 3º, D. Leg. Nº 124), para el llamado "juicio sumario". En el viejo Código la competencia radica en el

[7] En: Gimeno Sendra *et. at.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 253.

Juez Instructor, hoy denominado Juez Penal (art. 46º.2 del TUO de la LOPJ). De igual manera, en el Código de 1991 la investigación, a cargo del Fiscal Provincial, dura hasta ciento veinte días naturales, prorrogable extraordinariamente por única vez hasta un máximo de quince días naturales (art. 98º), ello con independencia que se trate de un proceso ordinario (delitos menos graves) o especial por razón de delitos (delitos graves).

III. LA ETAPA INTERMEDIA

Esta etapa o fase, en todo sistema procesal, es de competencia exclusivamente jurisdiccional, a diferencia de la instrucción que en algunos modelos está a cargo de un Juez Instructor, tal como lo previó el Código de 1940 y los Códigos anteriores. Su principal rasgo característico, aparte de ser predominantemente escrita –aunque en su momento culminante es posible la realización de una audiencia de "vista de la causa" con la intervención de la defensa–, es su carácter crítico, pues bajo control judicial se determina si procede enjuiciar a una persona que previamente ha sido investigada, es decir, considerada inculpada en un auto apertorio o ampliatorio de instrucción.

En esta etapa el Fiscal, analizando el mérito de las actuaciones de la instrucción, solicita el sobreseimiento del proceso o, por el contrario, formula acusación escrita. A su vez, corresponde al órgano jurisdiccional dictar el auto de sobreseimiento o de no haber lugar a juicio oral, en la medida en que el material de hecho incorporado en el sumario carece de mérito suficiente, o, por el contrario, emitir el auto de enjuiciamiento, siempre que la acusación cumpla con los requisitos formales que la ley establece o, según algunos sistemas (como el incorporado en el Proyecto de Código de 1995), los cargos presenten determinados niveles de verosimilitud delictiva.

La etapa intermedia procura, además, que la relación jurídica procesal penal no presente defectos que impida una decisión sobre el fondo. En tal virtud, en los Códigos modernos, como el de 1991, es en la etapa intermedia donde las partes pueden hacer valer cuestiones de competencia, deducir excepciones, cuestiones previas y cuestiones prejudiciales, así como proponer pruebas anticipadas o de urgencia y, en orden al principio de concentración que informa el juicio oral, decidir la prueba que debe actuarse en el plenario.

La contradicción en esta etapa es limitada. Nuestros Códigos no prevén, en primer lugar, el traslado obligatorio de la opinión fiscal a las demás partes personadas; y, en segundo lugar, una audiencia preliminar obligatoria para decidir la procedencia del juicio oral. Tal limitación del contradictorio, además, refuerza la escrituralidad de esta etapa.

La competencia funcional en esta etapa procesal varía según se trate de un delito grave o menos grave. En el primer caso, su conocimiento corresponde a la Sala Penal Superior y al Fiscal Superior (arts. 219º del Código de 1940 y 373º y 374º del Código de 1991); en el segundo, en cambio, su conocimiento está limitado al Fiscal Provincial y al Juez Penal (arts. 4º y 6º del D. Leg. Nº 124 y 252º del Código de 1991).

IV. LA ETAPA DE ENJUICIAMIENTO

El Juicio oral es la etapa o fase más importante del proceso penal. En esta se enjuicia la conducta atribuida por el Fiscal al acusado y, a través de la actividad probatoria de las partes, se emite sentencia condenando o absolviéndolo. Es una etapa dirigida por el órgano jurisdiccional y actuada bajo los principios de concentración, oralidad, publicidad, inmediación, igualdad y aportación de las partes. En ella rige del modo más pleno el principio acusatorio, lo que significa un modo de organización del proceso, al que se incorporan necesariamente máximas tales como: **a)** juez ordinario, objetivo, independiente e imparcial; **b)** legalidad y oficialidad del ejercicio de la acción penal; **c)** autonomía del Ministerio Público; **d)** intangibilidad de la defensa en juicio y presunción de inocencia; y, **e)** igualdad procesal. Sin tales principios y garantías no es posible configurar un modelo de proceso que responda a un Estado Democrático de Derecho y que permita un juicio justo y equitativo.

Señala al respecto Juan Luis GÓMEZ COLOMER que esta etapa –denominada "*procedimiento principal*" en la literatura especializada alemana– es la más decisiva por tener lugar en ella la cognición judicial, el enjuiciamiento del acusado [8].

[8] GÓMEZ COLOMER, Juan Luis: *El proceso penal alemán*, Bosch, Barcelona, 1985, p. 162.

El juicio está destinado, en principio, a la práctica de las pruebas, pertinentes y necesarias, para la dilucidación de los cargos formulados por el Ministerio Público. El Juez o Tribunal las valora con criterio de conciencia (principio de libre valoración, arts. 283º del Código de 1940 y 193º del Código de 1991), máxima procesal que, superando el sistema de prueba tasada propia del modelo inquisitivo, trasunta una confianza colectiva en la autoridad judicial, la cual sólo es posible porque su comprensión del caso fue directa o inmediata: asistió a la actividad probatoria y escuchó y compulsó los alegatos de las partes.

Se trata, siguiendo a Alberto BOVINO, de la etapa más importante del proceso penal, insustituible, porque es aquí donde se construye la verdad jurídica sobre el caso, a través del cual dos partes enfrentadas (el fiscal y el acusado y su defensor) pretenden, ateniéndose a ciertas reglas de procedimiento, llegar a una decisión respecto al conflicto suscitado como consecuencia de la imputación por la comisión de un delito [9]. La idea de contradicción explica no sólo la posición supra–partes del juez, limitada a decidir sobre la pretensión penal planteada por el Fiscal, sino también la instauración de un juicio o proceso imparcial, cuyo presupuesto es hacer respetar el principio de igualdad de armas entre acusador y acusado. Esta igualdad de armas, de imposible configuración en la instrucción, permite al acusado controlar la actividad probatoria e intervenir en ella, así como tener una intervención efectiva a lo largo del juicio, con las mismas posibilidades, derechos y deberes que el Fiscal. De este modo se cumplen a cabalidad todos los principios procesales que informan las nociones del debido proceso y del derecho a tutela judicial efectiva, en cuanto garantías genéricas básicas del enjuiciamiento.

Winfried HASSEMER destaca los principios de inmediación y oralidad en el juicio oral, en tanto que ellos permiten establecer la comprensión escénica del caso. La instrucción, precisa el profesor de Frankfurt, puede (y debe) haber producido sobradamente el caso, los autos pueden abarrotar los despachos, de las declaraciones de los testigos pueden haberse levantado las oportunas actas, y la integridad del material probatorio puede haber sido convenientemente asegurada, pero el caso, que ha de servir como fundamento a la sentencia, tiene que ser producido en el

---

[9] BOVINO, Alberto: «El debate», en: AA.VV.: *El nuevo Código Procesal Penal de la Nación*, Editores Del Puerto, Buenos Aires, 1993, p. 173.

juicio oral y con la intervención directa de todos los protagonistas del mismo. Estos principios, insiste HASSEMER, se deben a las ideas de la Ilustración, que son expresión de la aspiración por excluir la comprensión textual de la fase de producción del caso y ordenar la comprensión escénica; un hecho no puede ser plasmado en un texto, de modo tal que pueda llegar a permanecer en él de un modo vivo y real, que fue precisamente el error histórico del sistema inquisitivo [10].

El juicio oral para los delitos graves es de competencia de la Sala Penal Superior (arts. 207º del Código de 1940 y 373º del Código de 1991). En el caso de los delitos menos graves, el art. 373º a *contrario sensu* del Código de 1991 lo radica en el Juzgado Penal. Es de destacar que el Decreto Legislativo Nº 124 que regula el procedimiento para delitos menos graves eliminó la etapa del juicio oral, con todo que ello importa de inconstitucional e irracional.

[10] HASSEMER, Winfried: *Fundamentos del Derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1984, pp. 192 y 194.

CAPÍTULO XIX
LA ETAPA DE INSTRUCCIÓN O INVESTIGACIÓN (I)

SUMARIO: **I.** Conceptos generales: 1. La investigación oficial. 2. Fines de la investigación. 3. Contenido de la investigación. 4. Naturaleza jurídica. 5. Régimen jurídico. **II.** El Ministerio Público en el Código de 1991: 1. Fiscalía e investigación del delito. 2. Ministerio Público y facultades coercitivas. 3. Control judicial. **III.** Valor de la investigación: 1. Actos de investigación. 2. Excepciones. **IV.** Dinámica de la investigación: 1. Períodos de la investigación. 2. Procedimiento de iniciación. 3. Régimen general de la denuncia. 4. Intervención de Organizaciones de Derechos Humanos. 5. Iniciación de oficio. 6. El procedimiento preliminar. 7. La actuación policial. 8. Control jurídico de la detención preliminar policial. 9. Procedimiento de investigación formal. 10. Abstención del Fiscal y denegación del procesamiento penal. 11. Promoción de la acción penal y auto de apertura de instrucción.

I. CONCEPTOS GENERALES

1. LA INVESTIGACIÓN OFICIAL

El Código de 1991 emplea el término *investigación*, a diferencia del de *instrucción*, utilizado por el Código de 1940, para referirse a la *actividad consistente en la recopilación de elementos de convicción necesarios para el desarrollo del juicio.* Esta actividad, en rigor, es un procedimiento instructivo o informativo, en el que se averigua la existencia del delito y de la persona o personas involucradas en su comisión.

Estas actividades de esclarecimiento de los hechos presuntamente delictivos y de búsqueda de los posibles autores y partícipes, se realiza, como apunta ALMAGRO NOSETE, conforme a una *investigación oficial*, es decir, una investigación intervenida y dirigida por órganos estatales [11].

---

[11] En: GIMENO SENDRA, Vicente; MORENO CATENA, Víctor; ALMAGRO NOSETE, José, CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín: *Derecho procesal*, 4a. ed., Tirant lo blanch, Valencia, 1992, T. II (*Proceso penal*), p. 236.

El carácter oficial de la investigación se justifica por el deber que incumbe al Estado de salvaguardar la estabilidad social y amparar a los ciudadanos frente a las acciones delictivas (art. 44º Const.) y, en su consecuencia, de imponer las sanciones correspondientes a los infractores del orden jurídico. Como el *ius puniendi* es de atribución exclusiva del Estado y se ejerce previo proceso (art. 139º.10 Const.), no cabe dejar a la iniciativa de los particulares el descubrimiento de las fuentes de información sobre lo que ha de ser materia de enjuiciamiento. La investigación exige, además, la adopción de medidas de aseguramiento que sólo se explican como actos de autoridad. Por otro lado, los medios desiguales de los particulares no son aptos para luchar contra el delito y las prevenciones que han de adoptarse no son adecuadas para que dispongan de ellas los particulares.

2. FINES DE LA INVESTIGACIÓN

Es de insistir que el conjunto de actuaciones que se realizan desde que se descubre el hecho delictuoso hasta que el Fiscal decide si formula o no acusación, se denomina *investigación*. Esta etapa es meramente preparatoria del juicio oral y sirve, como apunta Ricardo LEVENE (h), tanto para obtener los elementos de juicio necesarios para acusar durante el juicio a la persona individualizada como autor de un delito, cuanto para desempeñar fundamentalmente funciones asegurativas con respecto a las personas, los bienes y las pruebas, permitiendo con todo ello eliminar rápidamente a los acusados que resultan inocentes, evitándoles un largo e inútil proceso [12].

La investigación, analizada desde el punto de vista de su *objeto*, consiste en reunir los elementos de juicio necesarios para acusar durante el juicio oral a la persona sindicada como autor o partícipe de un hecho delictuoso, pues en caso contrario termina por sobreseimiento (arts. 91º, 252º, 253º y 260º del Código de 1991).

Al final de la instrucción, su titular, como expresa Gilberto MARTÍNEZ RAVE [13], debe dejar claramente establecidas las siguientes circunstan-

[12] LEVENE (h), Ricardo: *Manual de Derecho procesal penal*, Depalma, Buenos Aires, 1993, T. II, p. 509.

[13] MARTÍNEZ RAVE, Gilberto: *Procedimiento penal colombiano*, Temis, Bogotá, 1994, p. 234.

cias: **a)** el cuerpo del delito o tipicidad de la conducta, o si se ha infringido la ley penal; **b)** quién o quiénes son los autores o partícipes del hecho; **c)** la responsabilidad del autor o partícipes; **d)** la personalidad de los mismos; **e)** los daños ocasionados y los perjuicios correspondientes; y, **f)** circunstancias de tiempo, lugar y modo en que se cometió el delito.

3. Contenido de la investigación

Las diligencias de investigación tienen un carácter instrumental y previa al procedimiento principal: el juicio oral. Están encaminadas a posibilitar una eventual celebración del juicio, precisamente cuando de su resultado se desprenda la comisión de un hecho delictivo y se ha podido obtener los elementos de convicción suficientes para basar la acusación y, en su caso, posibilitar la eventual celebración del juicio oral [14].

Los actos de que se compone se van formando progresivamente, no de modo lineal, sino en la medida que se avanza en la recolección de elementos que servirán de prueba en el juicio. Ello no es sino la ratificación del carácter eminentemente creativo de esta etapa procesal.

Las diligencias que se realizan durante la investigación pueden ser, según Tomé García [15], de tres órdenes: **a)** *actos de investigación*, que se caracterizan por pretender el conocimiento de la delictuosidad de una conducta, determinar las circunstancias y móviles de su perpetración, la identidad del delincuente y de la víctima y establecer la existencia del daño causado; **b)** *medidas instrumentales restrictivas de derechos*, que se caracterizan por estar orientados a la aprehensión para el proceso de ciertos elementos que pudieran servir como medios de prueba y que, de ordinario, suponen una limitación de los derechos fundamentales de las personas (allanamientos, intervención de correspondencia, inmovilización); y, **c)** *medidas cautelares*, que tienden a garantizar el eficaz desarrollo de la fase de declaración y/o ejecución, tales como la detención, la incautación, el secuestro o incautación y el embargo.

---

[14] Moreno Catena, Víctor: «Garantía de los derechos fundamentales en la investigación penal», en: *Poder Judicial*, Nº 2 (Especial), Madrid, 1987, p. 132.

[15] En: De la Oliva Santos, Andrés; Aragoneses Martínez, Sara; Hinojosa Segovia, Rafael; Muerza Esparza, Julio; Tomé García, José Antonio: *Derecho procesal penal*, Centro de Estudios Universitarios Ramón Areces, Madrid, 1993, p. 292.

Los actos de investigación comprenden lo que se denomina la *inquisitio generalis*, esto es, las medidas de averiguación de hechos considerados como penalmente punibles; y, la *inquisitio specialis*, es decir, el descubrimiento (identidad) y aprehensión (sometimiento al proceso) de los autores o partícipes del delito [16].

El titular de la investigación en el Código de 1940, como en todos los anteriores, es el Juez Instructor. En cambio, en el Código de 1991, consolidado por lo dispuesto en el art. 159º.4 de la Constitución de 1993, es el Ministerio Público. Lo interesante del cambio de titular de la instrucción, de su transferencia al Fiscal, es que las medidas limitativas de derechos en general, esto es, las propiamente cautelares y las instrumentales restrictivas de derechos, en cuanto restringen derechos fundamentales y por virtud del principio de proporcionalidad que dimana de la noción del Estado de Derecho, están reservadas al órgano judicial (arts. V y VII del Título Preliminar), es decir, son propiamente jurisdiccionales, lo que requiere que el órgano de la persecución cuando necesita asegurar una fuente de prueba de modo definitivo o cuando considera imprescindible una disposición cautelar, debe instar la decisión judicial correspondiente.

4. NATURALEZA JURÍDICA

La naturaleza jurídica de la investigación viene dada por el conjunto de notas que la caracterizan. Así tenemos que son tres las características centrales de esta etapa procesal: **a)** Titularidad Fiscal; **b)** Obligatoriedad; y, **c)** Sumariedad.

Sin embargo, antes de estudiar sus características, cabe precisar si la actividad de la instrucción es estrictamente procesal o puramente administrativa. Pese a que un sector de la doctrina (VIADA–ARAGONESES) sostenga que el sumario aun cuando puede encomendarse a un Juez tiene un carácter predominantemente administrativo, y otro sector (FENECH) postule su carácter jurisdiccional o procesal, al ser un presupuesto necesario para entrar en el proceso decisorio, nosotros –siguiendo a GÓMEZ ORBANEJA [17]– somos del parecer que tiene un carácter mixto o comple-

[16] PRIETO–CASTRO Y FERRÁNDIZ, Leonardo y GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Eduardo: *Derecho procesal penal*, Tecnos, Madrid, 1982, p. 286.

[17] GÉMEZ ORBANEJA, Emilio y HERCE QUEMADA, Vicente: *Derecho procesal penal*, 10a. ed., Artes Gráficas y Ediciones, Madrid, 1987, p. 142.

jo, pues si bien los actos propios de investigación –tanto los realizados por la policía judicial, como por el Fiscal e inclusive por el Juez en el Código de 1940– no son jurisdiccionales vista su provisionalidad y su calidad de preparatorios del juicio oral, en cambio sí hay un conjunto de actividades propiamente jurisdiccionales, tales como el auto de apertura de instrucción en el Código de 1940 o el de aprobación de la apertura de investigación fiscal en el Código de 1991, las medidas cautelares, las medidas instrumentales restrictivas de derechos y las resoluciones que constituyen a las partes en el proceso, así como –en los Códigos modernos– las decisiones de control de la actividad del Ministerio Público y las diligencias de prueba anticipada o de urgencia.

A. Titularidad Fiscal

La Constitución de 1993 consagró, de modo definitivo, la titularidad del Ministerio Público en el adelantamiento de la investigación (art. 159º.4). El art. V del Título Preliminar del Código de 1991 señala que el Fiscal asume la dirección de la investigación y la ejercita con plenitud de iniciativa y autonomía, a la vez que precisa que sus actos no constituyen actos jurisdiccionales. En línea de comparación con el Juez, es de afirmar que el que investiga no juzga, sino más bien «prejuzga»; que de encargarse al juez la investigación del delito, como se hace en el art. 49º del Código de 1940, no podría prescindir de hipótesis y conjeturas, que necesariamente empañan la imparcialidad del juicio; y que la idea de una investigación judicial permite otorgarle un valor que no le corresponde: los actos de investigación se «transforman» en actos de prueba, en pruebas definitivas o preconstituidas, que restarían fundamento y racionalidad al juicio oral. En este esquema, señala el alto Tribunal, el papel del fiscal es de mero colaborador del juez penal, correspondiéndole instar al juez dinamice la actuación de la instrucción y se realicen las diligencias que considere necesarias [18].

Cafferata Nores ha señalado al respecto que la función de perseguir y acusar, que en todo caso acuerda la Constitución al Ministerio Público (art. 159º.4 y 5), es diferente e independiente de la de juzgar y punir; que la función de juzgar no puede, sin riesgo para su imparcialidad ni para la

[18] Ejecutoria suprema de 11 de setiembre de 1987, Exp. Nº 1090-75, Huánuco (*Anales Judiciales*, T. LXVIII, Lima, 1976, p. 484).

igualdad de partes, sumar atribuciones de persecución como son –entre otras– las facultades propias de investigación de los jueces de instrucción o los tribunales de juicio; y que negárseles, centrando la responsabilidad probatoria en el Ministerio Público, no tiene por qué poner en riesgo el descubrimiento de la verdad sobre la culpabilidad del acusado [19].

Esta opción constitucional, además, tiene varias ventajas: **1.** Consolida el principio acusatorio formal, que procura un diseño procesal a semejanza de los procesos acusatorios puros, sobre todo al exigir un impulso o iniciativa externa que el tribunal debe aguardar para proceder: *judex ne procedat ex officio.* **2.** Garantiza un adecuado desenvolvimiento de la defensa, al desvincular al juez de la investigación, puesto que quien afirma y construye la hipótesis incriminatoria –que en el modelo anterior era el propio órgano jurisdiccional al tener el «señorío» de la instrucción– ya no decide sobre ella. **3.** Afirma la compatibilidad institucional de un Estado Democrático con la parte dogmática de la Constitución, pues, conforme anota Maximiliano Rusconi, quien ejerce un determinado poder no puede autocontrolarse, por consiguiente, tratándose del sistema de enjuiciamiento no es posible que en una sola persona (Juez Instructor) recaiga el ejercicio del poder de persecución penal y el control de ese ejercicio, por cuanto de esa forma no se produciría una debida solución del antagonismo, ínsito en el proceso penal: respeto a las garantías individuales vs. eficiencia de la persecución Penal [20].

Por lo demás, desde una perspectiva política general, como puntualiza Vives Antón, el Juez ha de responder, ante todo, de la justicia, que administra, esto es, de cómo dirige los procesos y de las resoluciones que dicta en ellos, pero no puede responder de que se administre justicia, que existan medios de investigación suficientes, que los casos que se planteen ante él se recauden con las pruebas necesarias, etc. [21].

---

[19] Cafferata Nores, José Ignacio: «Imparcialidad del Juez», en: *Cuestiones actuales sobre el proceso penal,* Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, p. 36.

[20] Rusconi, Maximiliano: «División de poderes en el proceso penal e investigación a cargo del Ministerio Público», en: AA.VV.: *El Ministerio Público en el proceso penal,* Ad Hoc, Buenos Aires, 1993, p. 108.

[21] Vives Antón, T.: «Doctrina constitucional y reforma del proceso penal», en: *Poder Judicial,* Nº 2 (Especial), Madrid, 1987, p. 101.

Ello no obsta a considerar la realización judicial de los actos de instrucción que puedan afectar los derechos fundamentales de las personas o que les sean debidamente solicitados. Se justifica tal opción, asumida por el art. VII del Título Preliminar del Código de 1991, por el hecho de que el Juez es el garante de los derechos fundamentales y la Constitución le reserva su restricción en base al principio de proporcionalidad.

Finalmente, el peligro que sea el Fiscal el que instruya y acuse (art. 58º del Código de 1991) y, por ende, que pueda posibilitar la preponderancia de la acusación, enfatiza RUIZ VADILLO, se obvia con un control judicial, que se da no sólo con la exclusividad judicial para dictar medidas limitativas de derechos en general y cuestiones que afectan la acción penal (art. 55º, incs. 2 y 3, del Código de 1991), sino también con la posibilidad, prevista en el art. 56º del indicado Código, de instar al Fiscal el debido cumplimiento de sus funciones [22]. Otro argumento central para superar esa crítica estriba en reconocer que los actos de investigación no constituyen actos de prueba y que por tanto sólo a través del contradictorio efectivo y sobre la preeminencia del juicio oral es posible sostener una sentencia.

B. Obligatoriedad

Ambos Códigos consideran a la investigación como una fase necesaria del proceso penal. Fundamenta su existencia, al decir de TOMÉ GARCÍA: la averiguación del hecho delictivo, la delimitación de sus perfiles, evitar la desaparición de las pruebas, preparar la defensa, impedir persecuciones arbitrarias o infundadas y asegurar la presencia del encausado en el proceso [23]. En este orden de ideas, siguiendo a Giovanni LEONE [24], es de precisar que el fundamento de la investigación debe hallarse en su misma característica de la reserva (art. 99º CPP), que tiende a *dos finalidades*: **1.** Asegurar la máxima genuinidad de las pruebas; y, **2.** Evitar al imputado inocente el juicio oral, que con su publicidad, aunque concluya favorablemente a él, constituye una causa de grave descrédito, de emoción y humillación.

---

[22] RUIZ VADILLO, Enrique: «La actuación del Ministerio Fiscal en el proceso penal», en: *Poder Judicial*, Nº 2 (Especial), Madrid, 1987, p. 84.

[23] En: DE LA OLIVA SANTOS *et. al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 296.

[24] LEONE, Giovanni: *Tratado de Derecho procesal penal*, EJEA, Buenos Aires, 1963, T. II, p. 341.

La investigación es, pues, necesaria. Pero está presidida de notas de flexibilidad y antiformalismo. El sumario se va formando conforme las exigencias y circunstancias de cada hecho delictuoso en concreto y no está sujeta a pautas rígidas para su conformación, lo que importa aceptar que en general, salvo los supuestos excepcionales de prueba anticipada y preconstituida, el valor que pueda asignarse a los actos de investigación debe ser mínimo, solamente preparatorio del juicio.

La ley procesal considera ineludible la etapa de investigación. Un proceso penal sólo debe realizarse frente a alguien si hay suficiente fundamento para ello. Esto último debe determinarse previamente y hay que reunir los datos necesarios para hacerlo. La obligatoriedad, en palabras de ORTELLS RAMOS, se conecta con un interés en evitar –salvo suficiente justificación– las consecuencias sociales desfavorables del proceso penal en sí [25].

Aun cuando la instrucción está concebida como una actividad bajo la conducción del Ministerio Público, cuyo desarrollo le incumbe al Fiscal, empero bajo la garantía del derecho a la tutela jurisdiccional se justifica, en primer lugar, la intervención del Juez cuando se trata de imponer medidas limitativas de derechos fundamentales; y, en segundo lugar –como apunta RAMOS MÉNDEZ [26]– que esta etapa se realice a través de los procedimientos legalmente establecidos y sin extender éstos a otros usos no permitidos por la ley. Es de tener presente que el derecho a la instrucción –sin ella no puede haber juicio oral y, menos, acusación– comprende el derecho a que se siga el procedimiento marcado por la ley. Sobre este punto la Corte Suprema ha establecido que "Sólo puede formularse acusación contra quien o quienes han sido comprendidos en el auto apertorio de instrucción" [27]: sin investigación no puede haber acusación y, menos, enjuiciamiento.

---

[25] En: MONTERO AROCA, Juan; ORTELLS RAMOS, Manuel; GÓMEZ COLOMER, Juan–Luis; MONTÓN REDONDO, Alberto: *Derecho Jurisdiccional,* Bosch, Barcelona, 1991, T. III *(Proceso penal),* p. 121.

[26] RAMOS MÉNDEZ, Francisco: *El proceso penal. Tercera lectura constitucional,* 3a. ed., José María Bosch Editor, Barcelona, 1993, p. 171.

[27] Ejecutoria suprema de 4 de junio de 1955 (*Revista de Derecho Penal,* Nº 1, Lima, 1955, p. 56).

C. Sumariedad

El carácter sumario de la investigación es sinónimo de brevedad. Por ello, el art. 98º del Código de 1991, al igual que el art. 202º del Código de 1940, modificado por el Decreto Legislativo Nº 126, fijan un término máximo: 120 días naturales, que sólo podrá prorrogarse por única vez hasta un máximo de 15 días naturales, para el caso del Código de 1991; mientras que el Código de 1940 impone similar plazo (cuatro meses), aunque permite un plazo complementario de sesenta días. El art. 196º del Código de 1940 prescribe que, en principio, la conclusión de la instrucción se producirá cuando el Juez haya acumulado los elementos suficientes para llenar su objeto. La base de estas disposiciones no sólo es de orden técnico, sino que expresa un derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas, en cuya virtud el imputado tiene derecho a que se resuelva su causa lo más rápidamente posible para salir de la situación de interinidad o de duda que representa su situación.

El art. 251º del Código de 1991 reitera que la investigación no puede durar más del plazo impuesto por el art. 98º. Indica, igualmente, que la investigación se dará por concluida cuando se hayan acumulado los medios de prueba suficientes para lograr su objeto (art. 91º). En este orden de ideas, el art. 128º del Código de 1991, siendo más enfático que el Código anterior, autoriza al Fiscal a prescindir de las diligencias de averiguación adicionales cuando el procesado ha prestado confesión y su contenido no deje duda alguna.

La fijación de un plazo máximo a la investigación no es otra cosa que reafirmar, pese al modelo impuesto en el Código de 1940, la nota de simple fase preparatoria de la etapa instructoria; de consiguiente, las diligencias que deben actuarse deben ser las esenciales. Esta afirmación conduce a sostener que las diligencias sumariales no son, salvo determinadas excepciones vinculadas a los supuestos de pruebas anticipadas y preconstituidas, «pruebas» en el sentido técnico–procesal de este término y, por tanto, no son aptas para desvirtuar la presunción de inocencia, a que se refiere el art. 2º.24. e' de la Constitución [28].

[28] San Martín Castro, César: «Algunos aspectos de la prueba en el nuevo Código Procesal Penal: Una interpretación acusatoria», en: *Revista del Foro*, Año LXXXI, Nº 2, Lima, 1993, p. 16.

5. RÉGIMEN JURÍDICO

El régimen jurídico de los actos procesales presenta una singularidad. En principio, se actúan en el local, territorio y sede del Juzgado –Código de 1940– o de la Fiscalía –Código de 1991– y durante las horas que rigen en el despacho judicial. Sin embargo, las propias necesidades de la investigación pueden determinar no sólo el traslado del Juez o del Fiscal a donde se encuentre la fuente de investigación o de prueba, sino también que las diligencias se realicen en horas y días distintos a los fijados regularmente (arts. 92º del Código de 1940 y 93º del Código de 1991).

La forma que revisten los actos procesales es la escrita. El art. 92º del Código de 1991 prescribe que de toda diligencia se extiende la correspondiente acta en papel común, en idioma castellano y suscrita por todos los asistentes, dejándose constancia en caso de negativa. La firma del Fiscal y del Secretario –en su caso, del Juez y del Secretario– es obligatoria, bajo sanción de nulidad. En caso que los participantes procesales (imputado, agraviado, testigo o perito) desconozcan el idioma castellano, se utilizará un intérprete, pero el acta sólo se extenderá en castellano. La escrituralidad de las actas sumariales tiene como fundamento la necesidad de dejar constancia de los actos de investigación para su debida apreciación por el órgano jurisdiccional al momento de decidir el sobreseimiento o la procedencia del juicio oral.

Los actos de investigación son *reservados*, lo que no significa que las diligencias sean secretas, ni muchos menos clandestinas. La reserva se entiende para terceros ajenos al proceso. En cambio, el imputado, el actor civil y el tercero civil, directamente o a través de sus abogados, tienen pleno acceso al material sumarial. El fundamento de esta disposición (arts. 73º del Código de 1940 y 99º del Código de 1991) se halla en la intención de proteger el honor y la intimidad del inculpado y de impedir que su conocimiento perturbe el debido esclarecimiento de los hechos. Se perdería –anota GARCÍA RADA– espontaneidad en las declaraciones y los testigos serían advertidos y preparados, con grave desmedro de la verdad [29].

Ambos Códigos permiten el secreto de las actuaciones de la instrucción o investigación. Tal decisión puede adoptarse cuando el Juez o el Fiscal –según la autoridad que tenga el señorío de esta etapa procesal–

[29] GARCÍA RADA, Domingo: *Manual de Derecho procesal penal*, EDDILI, Lima, 1984, p. 135.

considere que el conocimiento de las actas pueda dificultar o entorpecer el éxito de la investigación. El Código de 1991 fija un término, en aras de garantizar el derecho de defensa y proscribir la indefensión del imputado: el secreto no puede durar más de diez días; en cambio el Código de 1940 adopta una opción menos garantista: el Juez no está sujeto a un plazo máximo del secreto de una concreta diligencia sumarial, aunque en la resolución que lo acuerde debe precisar el mismo. La resolución en referencia no sólo debe ser fundada, sino que debe precisar las diligencias objeto del secreto, ya realizadas; nunca puede acordarse un secreto a futuro ni con un plazo indeterminado. El plazo de duración del secreto fijado en el Código de 1940, en todo caso, cesa al culminar el plazo instructorio.

Los actos sumariales son realizados por el Juez o el Fiscal según los considere convenientes a los objetivos de la investigación. El art. 49º del Código de 1940 prescribe que el Juez Instructor es el director de la instrucción, correspondiéndole la iniciativa en su organización y desarrollo. Bajo similares perspectivas, el Código de 1991 encarga al Fiscal la dirección de la investigación; la asume, reza el art. V del Título Preliminar, «con plenitud de autonomía e iniciativa», a la vez que con arreglo a la LOMP está obligado a actuar objetivamente y según el principio de legalidad; por tanto, como custodio de la ley ocupa una oposición que lo obliga tanto a la protección del imputado como a actuar contra él.

La actuación de los actos de investigación, conducidas por quien tiene el deber de esclarecimiento, no significa que se obvien los requisitos centrales del derecho de defensa. Las partes están autorizados para proponer los medios de prueba que consideren adecuados a sus intereses legítimos. Sobre este punto, el art. 191º del Código de 1991 estipula que los medios de prueba admisibles son aquellos pertinentes, conducentes, legítimos y útiles, y que sólo se acepta una limitación cuando resulten manifiestamente excesivos. Además, debe citárseles a toda diligencia y pueden intervenir en resguardo de sus derechos (arts. 80º.4, 86º y 90º).

II. EL MINISTERIO PUBLICO EN EL CÓDIGO DE 1991

1. Fiscalía e investigación del delito

La Constitución vigente, en su artículo 159º, establece que el Ministerio Público tiene como una de sus funciones la de «Conducir desde su

inicio la investigación del delito». Esta norma constitucional clausuró una discusión que venía produciéndose al amparo de la Constitución anterior acerca de la legitimidad del Código Procesal Penal de 1991, en cuanto encargaba la investigación al Fiscal, creando en buena cuenta la figura del «fiscal instructor».

La actual Constitución, además, atribuyó al Fiscal el ejercicio de la acción penal y la promoción de la acción judicial en defensa de la legalidad (incs. 5 y 1 del art. 159º), funciones que interpretadas sistemáticamente habilitaban, sin necesidad de una norma expresa, la necesidad de que el Fiscal sea el investigador, desechando la figura del Juez Instructor. En suma, el nuevo Código Político ha encargado al Ministerio Público la función persecutoria del Estado, la cual –como explica Arsenio ORÉ GUARDIA– consiste en buscar, analizar y presentar las pruebas que acrediten responsabilidad o irresponsabilidad de los imputado, y consecuentemente, de ser ello justificado, solicitar la aplicación de las penas consiguientes [30].

Al optar por este modelo de organización de la instrucción, la Constitución sencillamente ha hecho del Fiscal una institución idónea a un sistema procesal penal acusatorio, a la vez que –por la propia naturaleza del mismo– impone que la investigación sea una fase preparatoria de la acusación, desformalizándola por completo [31]. Para la estructura del proceso penal es significativa esta división funcional entre Fiscalía, incluida la policía como órgano auxiliar, y Tribunal, pues evita ampliamente el peligro de prejuicio en la obtención de la sentencia y conduce al principio acusatorio, según el cual, el juez actúa no espontáneamente, sino sólo en base a una acusación [32].

Más allá de esta opción sistemática asumida por la Ley Fundamental, lo importante, desde una perspectiva garantista, no es tanto quién realiza la investigación sino qué controles se instauran para evitar abusos. El Código de 1991 en este punto es bastante generoso, por cuanto: **a)** estipula que la investigación culmina en manifestaciones de mero ca-

---

[30] ORÉ GUARDIA, Arsenio: *Estudios de Derecho procesal penal*, Alternativas, Lima, 1993, p. 62.

[31] BINDER: *Introducción al Derecho procesal penal*, cit., p. 81.

[32] TIEDEMANN en: ROXIN, Claus; ARTZ, Günther; TIEDEMANN, Klaus: *Introducción al Derecho penal y al Derecho procesal penal*, Ariel, Barcelona, 1989, p. 178.

rácter requiriente; **b)** sanciona que el Juez es quien dicta medidas coercitivas, se pronuncia sobre la acción penal y –aunque tímidamente– interviene en los actos definitivos con la denominada instrucción suplementaria o prueba anticipada; y, **c)** reconoce que el defensor tiene un amplio acceso a las diligencias de investigación y puede invocar la protección judicial cuando el Fiscal demora las diligencias o no cumple sus funciones de modo objetivo e imparcial.

Un tema fundamental, sin embargo, no es sólo desestimar la figura del Juez Instructor sino, en rigor, eliminar la fatal rigidez del *sistema judicialista de instrucción* de modo que rompa la mentalidad formalista y burocrática que caracteriza el 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 enjuiciamiento [33].

Es de considerar, por consiguiente, que la investigación fiscal no debe tener mayores ribetes de formalización sacramental, debe ser dinámica y flexible, así como organizarse según las características del delito y la complejidad de las actuaciones que demande su esclarecimiento inmediato, lo que es imposible tratándose de un órgano jurisdiccional sometido a reglas rígidas de competencia y a normas estrictas de actuación funcional. En este orden de ideas, las informaciones policiales, en su caso, deben contener datos básicos y actas de las diligencias objetivamente irreproducibles, descartándose la figura del "Atestado Policial", que en la práctica expresa la posición "autonomista" de las averiguaciones policiales; los testimonios de los testigos y las informaciones aclaratorias de los peritos deben recogerse sucintamente en una *hoja–resumen* y no en actas formalizadas. Como se puede ver, y lo muestra con nitidez el Código italiano, no debe tratarse de un simple traslado de funciones del Juez Instructor al Fiscal Investigador, de una actividad rutinaria o de una simple acumulación de actas o diligencias, sino de una nueva concepción de la fase de averiguación del delito, más dinámica y limitada a su objeto esencial: esclarecer la realidad del delito y de sus autores y partícipes, así como asegurar las fuentes de prueba y a la persona del imputado.

---

[33] Cfr.: Maier, Julio: «Delincuencia socio económica y reforma procesal penal», en: *Doctrina Penal*, Año 12, Buenos Aires, 1989, pp. 524–525.

2. Ministerio Público y facultades coercitivas

La Constitución no autoriza al Ministerio Público a dictar medidas coercitivas. Por regla general la restricción de derechos fundamentales está reservada al Poder Judicial. Las medidas que se dictan al respecto integran, propiamente, la función jurisdiccional. Empero, la Ley Fundamental reconoce excepciones muy puntuales a esta reserva jurisdiccional. Por razones de urgencia admite la detención –reservada a la Policía– y el allanamiento administrativo (art. 2º, incs. 9 y 20 'f'); y, en atención a la naturaleza de determinados órganos de averiguación y de los hechos objeto de esclarecimiento, permite a las Comisiones Investigadoras del Congreso y al Fiscal de la Nación, máximo jerarca del Ministerio Público, el levantamiento del secreto bancario y la reserva tributaria (art. 2º, inc. 5).

Los arts. VII del Título Preliminar y 133º del Código de 1991 señalan que la detención y las demás medidas coercitivas que afecten de modo grave los demás derechos fundamentales, sólo pueden disponerse por orden judicial debidamente motivada. El Código de 1991, en sus artículos 67º y 97º, únicamente reconoce a la Fiscalía la posibilidad de dictar la medida de *conducción compulsiva* para todo aquel que, en su calidad de procesado, testigo o perito, sea citado por su Despacho e injustificadamente omite concurrir a la diligencia para la que es convocado. Esta medida no puede durar más de veinticuatro horas; transcurrido en ese término debe levantarse, bajo responsabilidad. Tal facultad se justifica, *primero*, porque la Constitución y la ley imponen a los ciudadanos el deber de colaborar con la justicia (arts. 38º Const. y 97º del Código de 1991); y, *segundo*, porque la conducción compulsiva o mandato de acompañamiento no representa una seria merma a la libertad de tránsito ni afecta sensiblemente el entorno jurídico del emplazado.

Iniciada la investigación formal del delito, el Ministerio Público es la única autoridad que puede solicitar medidas coercitivas personales y reales, salvo el actor civil en el supuesto de los embargos (art. 174º del Código de 1991). Así tenemos, que la prolongación de la detención, la revocación del mandato de comparecencia, el arraigo, el secuestro, incautación y exhibición de cosas, el allanamiento, la clausura o vigilancia de locales y la inmovilización de cosas muebles, son medidas coercitivas que el juez dicta a expresa petición del Fiscal (arts. 137º, 144º, 146º, 156º, 136º y 167º del Código de 1991). Es obvio, por lo demás, que la incomunicación, en tanto agravación específica de la detención, y el secuestro, apertura e intervención de

comunicaciones y documentos privados, por la particularidad del derecho fundamental afectado, aun cuando el Código no lo señale expresamente, también siguen la perspectiva anterior.

Si bien las medidas coercitivas graves o limitativas de derechos fundamentales están sujetas a reserva jurisdiccional, el Código de 1991 permite que por razones de urgencia y peligro por la demora, es decir, cuando existan circunstancias apremiantes que impidan hacer efectiva la obtención inmediata del material probatorio y no sea posible conseguir oportunamente la orden judicial, poniendo en serio riesgo el esclarecimiento de los hechos, el Fiscal pueda ordenar y ejecutar determinadas medidas coercitivas. Éstas son: el secuestro de correspondencia y documentos privados (art. 155º), el secuestro o la exhibición forzosa de cosas (art. 160º) y la clausura o vigilancia del local o la inmovilización de cosas muebles (art. 171º). Estas medidas, sin embargo, requieren una *resolución confirmatoria* del Juez Penal. La confirmación significa la prevalencia de la jurisdicción y la necesidad de una tutela judicial cuando se trata de limitar derechos fundamentales e implica que el Juez se pronuncie no sólo sobre la razonabilidad y amparo jurídico de la propia medida coercitiva sino también si en el caso concreto medió urgencia y peligro por la demora. Si el Juez considera que alguno de los dos extremos no se cumplió, denegará la confirmación solicitada por el Fiscal y, consecuentemente, a tenor de lo prescrito por el art. 195º del Código de 1991, las pruebas obtenidas de ese modo se consideraran ilegales, carecerán de valor conviccional y no podrán ser ameritadas en modo alguno.

3. Control judicial

Lo fundamental, como se señaló anteriormente, no tanto es quién asume la titularidad de la investigación, sino qué controles se instauran para evitar la utilización arbitraria del poder público, consistente en el avasallamiento de la persona y de sus derechos fundamentales. El Código de 1991, siguiendo parcialmente propuestas legislativas italianas y alemanas, encarga a los jueces el control del ejercicio del poder de investigación de los Fiscales, en cuanto ese ejercicio interesa a las seguridades individuales básicas [34].

---

[34] «Exposición de Motivos del Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica», en: Maier, Julio B. J.: *Derecho procesal penal argentino,* Hammurabi, Buenos Aires, 1989, T. I-a, p. 303.

Existen tres tipos de actividades de control: **a)** las *autorizaciones*, vinculadas a las medidas coercitivas, ya tratadas, y a las contracautelares (libertad provisional, libertad incondicional, libertades por exceso de plazo (arts. 182º, 189º, 137º, 335º y 397º.3 del Código de 1991); **b)** las *decisiones*, que extinguen o imposibilitan el ejercicio de la acción penal (arts. 5º–8º, 55º.2, etc. del Código de 1991); y, **c)** las *recomendaciones y quejas* sobre la actividad funcional del Fiscal (art. 56º del Código de 1991).

Sobre la acción penal y la propia persecución penal, la decisión final corresponde al Juez: *Primero*, aprueba la promoción de la acción penal (art. 115º). *Segundo*, resuelve lo relativo a las cuestiones previas, prejudiciales y excepciones, que en buena cuenta son medios de defensa que garantizan la corrección y viabilidad del procesamiento penal (arts. 5º, 6º, 7º, 8º y 263º). *Tercero*, decide sobre el sobreseimiento del proceso, de acuerdo con el dictamen fiscal, e inicia el procedimiento para forzar la acusación (arts. 253º y 254º). *Cuarto*, se pronuncia sobre el cumplimiento de los requisitos formales de la acusación para la expedición del auto de enjuiciamiento (art. 261º).

El Juez no es por completo ajeno a los actos de investigación y a la conducta del Fiscal. Por sí mismo, cuando deba resolver si dicta una medida cautelar o contracautelar o pronunciarse sobre una cuestión previa o prejudicial o sobre una excepción, o por indicación de algún sujeto procesal, puede requerir al Fiscal para que subsane una irregularidad u omisión de su parte. Son tres los supuestos que habilitan la intervención judicial: **a)** postergación inmotivada de la realización de una diligencia de investigación; **b)** falta de celeridad en la emisión del dictamen; y, **c)** cualquiera otra irregularidad, v. gr.: limitación indebida del derecho de defensa, falta de citaciones o deficiencias en el emplazamiento, impedimento de participación en las diligencias de investigación, falta de pronunciamiento respecto a una solicitud probatoria, etc. En estos casos, acreditada la causal, lo que significa que el juez previamente debe determinar su fundabilidad solicitando en su caso los actuados o realizando alguna diligencia instructoria, expedirá la resolución correspondiente requiriendo al fiscal la subsanación o corrección respectiva. A su vez, el fiscal *debe* pronunciarse expresamente y comunicar su decisión al Juez. Si el fiscal omite la subsanación exigida judicialmente, el Juez la pondrá en conocimiento del Fiscal Superior para que en aplicación al principio de jerarquía resuelva definitivamente lo conveniente.

III. VALOR DE LA INVESTIGACIÓN

1. Actos de investigación

Los actos de investigación al ser realizados por el Ministerio Público, y aun cuando lo fueran por el Juez Instructor, y ser concebidos con mayor énfasis en el nuevo Código de 1991 como preparatorios al juicio, limitados para que sirvan al Fiscal como material suficiente determinante del sobreseimiento o del enjuiciamiento, deben distinguirse –en principio– de los actos de prueba. Ello ha permitido a Herce Quemada sostener que el material recogido en el sumario tiene un *carácter provisional*, no definitivo, y preparatorio del ulterior y eventual juicio oral, el que ofrece a las partes, con igualdad de armas, la ocasión de desplegar sin restricciones sus medios de ataque y de defensa, y al tribunal juzgador la posibilidad de adquirir un conocimiento pleno y completo de los hechos que ha de valorar y sobre los que ha de recaer su fallo [35].

Esta concepción es propia de un modelo acusatorio y permite concebir el sumario, no en el mismo nivel del juicio oral, sino como una etapa preparatoria, en la que el juicio adquiere su dimensión de etapa principal, donde se materializan los principios del contradictorio, inmediación, igualdad, publicidad y oralidad. Por consiguiente, como apunta Cafferata Nores, los actos del Fiscal sólo tienen valor para dar fundamento a la acusación y si se pretendiera utilizar esos actos para fundar la sentencia, habrá de reproducirlos durante el juicio bajo el régimen del contradictorio pleno, salvo que hubiesen sido complementados por el juez con arreglo al régimen de los actos definitivos e irreproducibles [36].

En este orden de ideas, Eladio Escusol Barra, insiste en que las diligencias sumariales no son pruebas en sentido propio, si bien están encaminadas a la fijación de los hechos penales con todas sus circunstancias y a la fijación de los elementos de culpabilidad de los partícipes en los hechos. Sólo sirven y fundamentan en un momento determinado el auto de procesamiento y la adopción de medidas limitativas de derechos; pero no son pruebas en la que el juez debe basar sin más una sentencia. Ésta ha de

---

[35] Gómez Orbaneja – Herce Quemada: *Derecho procesal penal*, cit., p. 142.

[36] Cafferata Nores, José Ignacio: «La investigación fiscal preparatoria», en: *Doctrina Penal*, Año 11, Buenos Aires, 1988, p. 686.

dictarse tras el juicio oral, en el que han de practicarse las pruebas de cargo y de defensa, y en el que se han de producir los argumentos jurídicos sustentatorios de la acusación y los argumentos jurídicos de defensa [37].

El art. 91º del Código de 1991, a diferencia de lo dispuesto en el art. 280º del Código de 1940, respeta este punto básico del sistema acusatorio. La etapa procesal de la investigación –señala– persigue reunir la prueba necesaria que permita al Fiscal decir si formula o no acusación. Por tanto, si lo sumarial sólo sirve al Fiscal no puede otorgársele un valor adicional de tal magnitud que sustente *per se* el contenido de la sentencia, vulnerando de este modo el principio de oralidad. Al respecto, puntualiza ROXIN que lo decisivo para la calificación de un proceso como oral es su fase probatoria. Un proceso es oral si la fundamentación del fallo se realiza exclusivamente mediante el material de hecho, introducido verbalmente en el juicio [38].

2. EXCEPCIONES

Pese a esta posición de principio, conforme lo recordáramos en un trabajo anterior [39], el artículo 264º del Código de 1991 sólo permite la actuación probatoria en el juicio oral de aquellas «pruebas» practicadas en la investigación, en la medida que se hubiesen actuado deficientemente limitando el debido esclarecimiento de los hechos. Con ello, lamentablemente, se quiebra el principio arriba enunciado y, lo que es más grave , se sitúa la investigación –que no tiene carácter jurisdiccional– en el mismo nivel que el juicio oral pese a que el art. 91º del Código acotado la concibe como preparatoria del mismo.

Sin perjuicio de interpretar restrictivamente lo que debe entenderse por *prueba deficiente*, incardinándola con el principio de contradicción y el derecho de defensa, de suerte que la diligencia sumarial, amén de agotar su objeto, debe –en todos los casos– haber sido actuada con la activa intervención de la defensa, pues de otro modo carecería de los

---

[37] ESCUSOL BARRA, Eladio: *Manual de Derecho procesal penal*, Colex, Madrid, 1993, p. 343.

[38] Citado por GIMENO SENDRA, en: GIMENO SENDRA *et. al.*: *Derecho procesal*, cit., T. II (*Proceso penal*), p. 86.

[39] SAN MARTÍN CASTRO: «Algunos aspectos de la prueba en el nuevo Código Procesal Penal», cit., pp. 13–23.

requisitos mínimos de eficacia y seguridad, la doctrina y el derecho comparado reconocen excepciones vinculadas a las diligencias de imposible reproducción en el juicio oral.

Dichas excepciones son las siguientes: **a)** *prueba anticipada* (art. 266º del Código de 1991), vale decir, de la practicada en un momento anterior al propio juicio y que se acuerde porque es razonablemente previsible la imposibilidad de tal práctica en el acto oral; **b)** *prueba preconstituida*, esto es, aquellas diligencias objetivas y de resultado incontestable cumplidas con las formalidades constitucionales y procesales correspondientes, tales como inspecciones oculares, allanamientos, registros, secuestros o incautación, y aprehensión; y, **c)** *pruebas de imposible o muy difícil reproducción*, tales como testigo fallecido, en paradero desconocido o residente en el extranjero, reconocimiento judicial o pericial de imposible reproducción posterior.

IV. DINÁMICA DE LA INVESTIGACIÓN

1. Períodos de la investigación

Una primera visión general de nuestro sistema procesal penal nos permite advertir tres períodos en la investigación: **a)** procedimiento de iniciación, relativo a la denuncia; **b)** procedimiento preliminar; y, **c)** procedimiento de investigación formal, que es el momento propiamente de desarrollo.

Es de recordar, no obstante ello, que desde la perspectiva procedimental, la investigación no se construye a partir de una secuencia lineal de actos procesales. Al contrario, explica Aragoneses Martínez, está conformada por actuaciones heterogéneas; no obedece a una predeterminación legal, sino a las necesidades y resultados que cada acto provoca y produce [40].

2. Procedimiento de iniciación

En principio, y comúnmente, se entiende que el acto de iniciación de la investigación o instrucción es el auto de apertura de investigación,

[40] En: De la Oliva Santos *et. al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 332.

siempre que sea aprobado judicialmente, según lo dispuesto en los arts. 77º del Código de 1940 ó 114º y 115º del Código de 1991. Sin embargo, debe distinguírsele de los actos a través de los cuales llega a conocimiento del Fiscal la comisión de un hecho presuntamente delictivo. La transmisión de este conocimiento al Fiscal, que es la *«notitia criminis»*, crea una obligación al Ministerio Público: ordenar indagación policial previa (arts. 94º.2 de la LOMP y 104º del Código de 1991), realizar una comprobación preliminar o calificar inmediatamente la denuncia (arts. 94º.2 de la LOMP y 112º y 113º del Código de 1991).

Sabemos que en virtud de los principios de legalidad y de oficialidad, si el Fiscal omite realizar las indagaciones correspondientes comete delito de omisión de denuncia, previsto y sancionado por el art. 407º del Código Penal. Se trata –como es claro– de un control o limitación impuesto al monopolio de un agente de autoridad sobre la persecución penal. Los citados artículos de la LOMP y del Código de 1991 no hacen sino atribuir al Fiscal un deber procesal de instrucción.

No obstante ello, la posible iniciación del procedimiento penal puede verificarse de oficio (arts. 11º de la LOMP y 112º del Código de 1991), en la medida –claro está– que se trate de delitos de ejercicio público de la acción penal. La posibilidad que el Juez inicie de oficio la instrucción, reconocida por el art. 74º del Código de 1940, se ha visto eliminada por imperio del art. 159º.5 de la Constitución, que limita la comunicación de hechos delictivos por cualquier persona a su puesta en conocimiento del Ministerio Público. La referencia contenida en el art. 107º de la LOMP, en el sentido que la instrucción sólo puede iniciarse de oficio o por denuncia del Ministerio Público, que impide que el agraviado se dirija directamente al Juez, tal como fue interpretado por el Alto Tribunal [41], obviando además el art. 250º.5 de la Constitución de 1979, ya no puede tener sustento frente a una norma constitucional que delimita el rol del Fiscal a ser la fuente única para perseguir delitos de ejercicio público de la acción penal.

El ejercicio de la acción penal compete al Ministerio Público (arts. 11º de la LOMP y 1º del Código de 1991). En tal condición, actúa de

[41] Ejecutoria suprema de 26 de enero de 1982, Exp. Nº 2551–80 (*El Magistrado*, Año II, Nº 1, Lima, 1982, p. 244).

oficio, a instancia del interesado, por acción popular o por noticia policial (art. 58º del Código de 1991). Este deber del Ministerio Público, empero, no puede conducirnos a pensar que el perjudicado o agraviado carece de todo derecho sobre la iniciación del procedimiento. La no incoación del sumario genera a los denunciantes la posibilidad de impugnar (arts. 12º de la LOMP y 113º *in fine* del Código de 1991). Por lo demás, en los delitos de instancia privada el poder de iniciación del procedimiento se acentúa, cuya perseguibilidad radica con exclusividad en el agraviado (arts. 302º del Código de 1940 y 376º del Código de 1991).

3. Régimen general de la denuncia

Del art. 100º del Código de 1991 se desprenden tres características principales que definen primariamente el régimen general de las denuncias. Una primera nota esencial es que la denuncia es concebida como un derecho ciudadano o facultad de toda persona de poner en conocimiento de la autoridad pública el conocimiento de la comisión de un hecho presuntamente delictivo. Esto es lo que se denomina *acción popular,* que en el art. 75º del Código de 1940, según puntualiza García Rada, está limitada a los delitos de comisión inmediata, es decir, que su comisión sea inmediatamente anterior a la denuncia y que se haga por escrito, para fijar sus caracteres [42]. En este caso, como ha dejado sentado el Tribunal Supremo, "... la acción popular se cumple con la denuncia ante el fiscal y allí concluye la función ciudadana. Quien ejercitó tal acción carece de personería para intervenir en la secuela del proceso" [43]. Dicha decisión entiende por "comisión inmediata" el delito flagrante o cuasi flagrante, que consiste en sorprender al delincuente en plena ejecución de los hechos o cuando realizado éstos se da a la fuga sin traspasar los límites jurisdiccionales.

Otra característica del régimen general de la denuncia es que al perjudicado le está reservada la denuncia de determinados hechos cometidos en su agravio. Cualquiera del pueblo no podrá formular la *«notitia criminis»* si se está ante los denominados *delitos privados* (arts. 74º y 302º del Código de 1940 y 376º del Código de 1991).

---

[42] García Rada: *Manual de Derecho procesal penal,* cit., p. 136.

[43] Ejecutoria suprema de 25 de noviembre de 1964, Junín (Roncalla Valdivia, Lino: *Jurisprudencia en materia procesal penal,* Sesator, Lima, 1984, pp. 36–37).

La tercera característica es que esta facultad se convierte en deber jurídico en quienes están obligados a hacerlo por expreso mandato de la ley y en los funcionarios que en el ejercicio de sus atribuciones o por razón del cargo, tengan conocimiento de la realización de algún hecho punible (arts. 75º, segundo párrafo, del Código de 1940 y 100º, incs. 1 y 2, del Código de 1991).

La denuncia puede ser definida, siguiendo a GIMENO SENDRA, como una declaración de conocimiento por la que se transmite al Fiscal o a la Policía la noticia de un hecho que constituye delito [44].

Desde el punto de vista objetivo, la denuncia es el acto de transmisión de la *notitia criminis* cumplido por el denunciante, que éste puede realizar verbalmente bajo su firma en el acta correspondiente, o efectuar directamente por un escrito complementado por la identificación del denunciante o, en su caso, de quien lo represente [45].

Desde el punto de vista de los sujetos, la denuncia constituye –de un lado– una facultad para cualquier ciudadano, que es lo que define la acción popular, no requiriendo en el caso del nuevo modelo que se trate de delito de comisión inmediata, o sea de delito flagrante, como es en el Código de Procedimientos Penales de 1940 [46]. Es el supuesto de *denuncia–derecho.* Por otro lado, el Código de 1991 obliga a denunciar a dos categorías de personas: **a)** quienes tienen obligación legal de hacerlo, como sería el caso de médicos o personal sanitario; y, **b)** los funcionarios públicos que en el ejercicio del cargo o por razón de él tengan conocimiento de un delito: jueces, fiscales, policías, parlamentarios, etc. Es el caso de *denuncia–obligación.* En ambos supuestos, para que funcione la norma, será necesario que la *notitia criminis* se haya producido a causa del ejercicio de la función o del ejercicio profesional, luego, si ésta se conoce al margen del ejercicio funcional o profesional, es decir, fuera de estas circunstancias de relación situacional, no está obligado a denunciar [47].

---

[44] GIMENO SENDRA *et. al.*: *Derecho procesal*, cit., T. II (*Proceso penal*), p. 254.

[45] CLARIÁ OLMEDO, Jorge: *El proceso penal*, Depalma, Buenos Aires, 1985, pp. 72–73.

[46] OLIVERA DÍAZ, Guillermo: *Derecho procesal penal*, Lima, 1984, p. 60.

[47] CAFETZÓGLUS, Alberto: *Derecho procesal penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 1978, T. I, p. 65.

Sin embargo, desde una perspectiva subjetiva en relación a determinadas categorías de personas, están exentos de denunciar: **a)** Las personas vinculadas por razones de parentesco, la cual (art. 102º del Código de 1991) es reiterada en cuanto excepción también de testificar (art. 203º.1 del Código de 1991), excluyéndose solamente al conviviente. Esta excepción significa que dichas personas pueden denunciar, pero no están obligadas a ello. En todo caso, la ley no crea inhabilidades para denunciar. **b)** Las personas obligadas al secreto profesional, los ministros de algún culto religioso, abogados, médicos, periodistas, notarios, obstetrices y otros profesionales dispensados por ley expresa, en cuanto los hechos se les hubiesen confiado en razón del ejercicio de su profesión. El secreto profesional ha sido garantizado por la Constitución (art. 2º.18) de un modo más amplio, pues no lo limita a los casos previstos por la ley. El fiscal y el Juez, en su caso, definirán las profesiones y las circunstancias que hagan operativo este derecho fundamental.

El destinatario de la denuncia es el Ministerio Público, que es la lógica consecuencia de su condición de titular del ejercicio de la acción penal (arts. 11º de la LOMP y 1º y 58º de Código de 1991). La Policía también está facultada expresamente para recibir denuncias, de lo que debe dar cuenta inmediata al Fiscal (arts. 10º de la LOMP 105º y 106º.1 del Código de 1991). La actual Ley Orgánica del Ministerio Público señala que la denuncia se interpone ante el Fiscal Provincial o ante el Fiscal Superior (arts. 12º y 94º.2).

Respecto a los requisitos, es decir, al contenido y forma de la denuncia, es del caso acotar, en primer lugar, que prima una opción claramente antiformalista en los actos de iniciación del procedimiento, por lo que el contenido de la denuncia se limita a una narración y veraz de los hechos y de sus circunstancias. No hace falta que el denunciante manifieste su voluntad persecutoria, es suficiente la existencia de actos que demuestren la voluntad del denunciante para que actúe la justicia. Incluso, la falta de capacidad del denunciante no conduce a la nulidad absoluta de las actuaciones sumariales; la ausencia de dicho requisito admite su convalidación en el curso de la investigación [48].

La denuncia, asimismo, no tiene que dirigirse contra una persona determinada. Ello se explica por el hecho de que uno de los primeros

[48] GIMENO SENDRA *et. al.*: *Derecho procesal*, cit., T. II (*Proceso penal*), p. 261.

pasos en la investigación es, precisamente, la averiguación de la persona a quien ha de imputarse los hechos. Por tal motivo es que el art. 101º del CPP precisa que toda denuncia debe contener «... de ser posible la individualización del responsable».

La denuncia puede hacerse por escrito o de palabra y, en uno u otro caso, personalmente o por terceros, sin mayores exigencias respecto a la presentación. Tratándose de denuncias escritas éstas han de estar firmadas por el denunciante (art. 101º de Código de 1991). De ser verbales se levantará un acta que debe suscribir dicho denunciante (arts. 104º.1 del Código de 1991 y 94º.2 de la LOMP).

La identificación del denunciante es un requisito esencial de la denuncia. Puede ser una persona natural o jurídica, en este caso se identificará conjuntamente con ella su representante. Es de significar que el Ministerio Público, en el caso del sistema instaurado a raíz de la entrada en vigor de la LOMP "formaliza denuncias" ante el Juez Penal para que éste dicte auto de apertura de instrucción, mientras que en el modelo del Código de 1991 no formula denuncia ante el Poder Judicial sino recibe la *notitia criminis* interpuesta por la víctima o cualquier persona, promueve la acción penal al dictar el auto de apertura de investigación e insta al Juez Penal la emisión de un auto aprobatorio. El Fiscal, antes de promover la acción penal está autorizado a realizar por sí o por intermedio de la policía judicial comprobaciones preliminares (arts. 94º.2 de la LOMP y 112º y 114º del Código de 1991).

El incumplimiento de los requisitos esenciales antes citados sólo afecta la propia denuncia en cuanto acto imputativo. Si no obstante ello se ha iniciado el proceso, la invalidez de la misma no puede afectar lo actuado con posterioridad, salvo que la ley la exija como requisito indispensable para la *formación de causa;* es decir, que constituya una condición de procedibilidad, como ocurre en los casos de delitos en los cuales la persecución pública depende de instancia privada [49].

El Decreto Ley Nº 17537, de defensa judicial del Estado, prevé un procedimiento especial para las denuncias que el Estado, como víctima y en cuanto parte o actor civil, puede interponer ante el Ministerio Público. El art. 12º de dicho dispositivo prevé que para denunciar o formu-

[49] CLARIÁ OLMEDO: *El proceso penal,* cit., p. 80.

lar denuncias a nombre del Estado se requiere la expedición de la correspondiente Resolución Ministerial o de la máxima autoridad en caso de trate de ente autárquico.

Un supuesto especial de denuncia es lo que se denomina "contradenuncia", en cuya virtud el denunciado a su vez formula cargos contra el denunciante sobre el mismo objeto de imputación. El Supremo Tribunal considera inadmisible la contradenuncia al hacer surgir un juicio penal doble y, a la vez, sanciona con la nulidad de todo lo actuado su admisión a trámite, precisando que el procesado tiene como medio de defensa las excepciones y cuestiones prejudiciales, pero no puede denunciar a quien lo ha denunciado [50].

4. Intervención de Organizaciones de Derechos Humanos

Un supuesto especial de legitimación para interponer denuncias es el contemplado en el art. 103º del Código de 1991. Se trata de los Organismos No Gubernamentales de defensa de los derechos humanos. La legitimación se amplía en la medida que el hecho punible denunciado guarde relación específica con sus fines sociales, sea de ejercicio público de la acción penal y que el agraviado –de tratarse de ilícitos que afecten bienes jurídicos personales– no se constituya en actor civil o acepte expresamente su intervención.

Por lo general, el denunciante cesa su intervención con la interposición de la denuncia. La intervención en el proceso como sujeto procesal exige que tenga la calidad de agraviado o sea titular del bien jurídico ofendido por la acción del imputado y que se constituya expresamente en actor civil (art. 82º). En cambio, si el hecho delictivo afecta los derechos humanos fundamentales, de directo reconocimiento constitucional (v. gr.: vida, integridad corporal, dignidad de la persona, libertad de trabajo, identidad étnica y cultural, libertad de la persona, libertad religiosa, etc.) y su defensa específica guarda relación con los fines sociales de la O.N.G. respectiva, con la aceptación del agraviado –cuando el delito contra los derechos humanos vulnere bienes jurídicos personales– de haberse constituido ya en actor civil o de no haberlo hecho, podrá –

---

[50] Ejecutorias supremas de 3 de mayo de 1948 (*Anales Judiciales*, 1948, Lima, p. 301); y 5 de junio de 1975 (*Boletín Judicial*, Año IV, Nº 16, Lima, 1975, p. 85).

en forma independiente– constituirse en actor civil con las facultades que la ley reconoce a este último, es decir, «colaborar durante la actividad procesal y fundamentar el derecho a la reparación civil» (art. 86º).

5. INICIACIÓN DE OFICIO

Un acto especial de iniciación es la de oficio, que reconoce el artículo 58º de Código de 1991 y el numeral 74º del Código de 1940 tratándose del Juez Instructor. Esta forma de iniciación suele utilizarse ante la comisión de delitos de cierta notoriedad (v. gr., los que son objeto de información periodística) y en los delitos contra la Administración de Justicia en la esfera de un proceso (delitos de falso testimonio, desacato, desobediencia o resistencia, etc.).

MONTÓN REDONDO [51], siguiendo a ARAGONESES, señala tres formas a través de los cuales el Fiscal puede adquirir un conocimiento por sí de hechos delictivos:

a) por *voz pública*, es decir, cuando existe un rumor sobre la población en cuando a la comisión de un determinado delito, por alguien conocido o desconocido.

b) por *notoriedad*, ante la admisión generalizada entre personas del lugar de la certeza en cuanto a la perpetración de un delito.

c) por *flagrancia* a haber asistido directamente a la perpetración de los hechos.

Una modalidad de denuncia, por oposición a las ordinarias, realizadas por cualquier del pueblo, el agraviado o las O.N.G. de derechos humanos, es la del Atestado o Informe Policial (arts. 60º del Código de 1940 y 105º y 111º del Código de 1991).

Existen supuestos, que seguramente son y serán los más numerosos, en los que el conocimiento de los hechos punibles puede haberse adquirido por miembros de la policía, o por haber sido denunciado ante ellos. En ambos casos, la Policía, primero, comunicará inmediatamente dicha noticia al Fiscal Provincial y, segundo, en la medida que éste no puede asumir la dirección de la comprobación preliminar directa, reali-

[51] En: MONTERO AROCA *et. al.*: *Derecho Jurisdiccional*, cit., T. III *(Proceso penal)*, ed. 1991,p. 169.

zará diversas diligencias «a prevención» en aras de asegurar con fines probatorios las diligencias que realice, sentará actas detalladas y las entregará al Fiscal cuando asume la investigación, elevando un Informe debidamente razonado sobre su actuación funcional.

6. El procedimiento preliminar

Frente a una denuncia o ante el conocimiento por sí de los hechos presuntamente delictivos, el Fiscal tiene tres opciones según las características del hecho, sus posibilidades de intervención inmediata y si la denuncia está o no escoltada de pruebas –específicamente instrumentales– suficientes. Si es del caso, previa a la promoción de la acción penal, podrá optar por efectuar –por sí mismo– una *comprobación preliminar* (art. 112º del Código de 1991) o requerir el auxilio de la policía para que ésta realice una *indagación previa*, bajo su supervigilancia y dirección. Podrá, asimismo, *promover inmediatamente la acción penal* dictando el auto de apertura de investigación y solicitando la respectiva aprobación judicial (arts.114º y 115º del Código de 1991 y 94º.2 de la LOMP).

El procedimiento preliminar procederá cuando se presente duda sobre la existencia del hecho, del ejercicio de la acción penal, de algún elemento del hecho punible o sobre la identidad de los infractores; procedimiento que también se iniciará cuando la Fiscalía no asume inmediatamente la investigación. Como tal, se trata de un momento en el desarrollo de la investigación de carácter contingente, utilizable sólo cuando surjan dudas de los presupuestos necesarios para iniciar formalmente un proceso y destinada a recoger un acervo probatorio mínimo para determinar la existencia de un probable hecho punible [52].

El análisis sistemático del Código permite diferenciar dos posibilidades de proceder que se le otorga al Ministerio Público, a la par que consagra una regla fundamental del procesamiento: sólo se promoverá la acción penal –a juicio del Fiscal– cuando «aparecen indicios o elementos de juicio reveladores de la existencia de un delito...», es decir, sólo cuando existe *causa probable*.

El art. 113º del Código de 1991 señala claramente que previa a la calificación de la denuncia y para los efectos de promover o no la acción

---

[52] Aclaran Bernal Cuéllar, Jaime y Montealegre Lynett, Eduardo: *El proceso penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995, pp. 41 y 47.

penal, el Fiscal podrá realizar una *comprobación preliminar*. Esta comprobación preliminar es realizada directamente por él e importa la actuación de diligencias de investigación necesarias y urgentes para determinar la viabilidad de la promoción de la acción penal. Con ello, el Fiscal se convierte en un filtro imprescindible para el conocimiento de los hechos por el Juez; sólo promoverá la acción penal en la medida que exista fundamento razonable de la comisión de un hecho delictivo y elementos de vinculación fundados contra una persona de haberlo cometido como autor o partícipe.

Los arts. 104º del Código de 1991 y 94º.2 de la LOMP establecen taxativamente la posibilidad de que el Fiscal acuda a la policía para que realice una indagación «previa al inicio del proceso». La policía, si bien puede intervenir de oficio para el esclarecimiento de un hecho delictivo, siempre actúa «a prevención» para asegurar a la persona del presunto delincuente y las pruebas, y en la medida que lo faculte y bajo las directivas del Ministerio Público, verdadero responsable constitucional de la investigación. Esto no hace sino afirmar una característica sustancial del Ministerio Público en un Estado de Derecho, esto es, la voluntad de no ceder la persecución penal al Ejecutivo [53].

Al respecto, la Constitución –en su artículo 159º.4– encarga al Ministerio Público la conducción de la investigación del delito y somete la policía a sus órdenes. En esta perspectiva debe interpretarse el art. 166º de la Constitución que señala que la Policía previene, investiga y combate la delincuencia. Es decir, realiza investigaciones penales, pero obviamente lo hace sujeta a las directivas que le imponga el Ministerio Público, quien tiene el *señorío* de la persecución penal. La investigación, en suma, no es una facultad administrativa autónoma de la policía, sino una función específica del Ministerio Público, quien para lograr sus metas hace intervenir –cuando lo considere conveniente– al personal policial. Por ello es que: **a)** la policía, tan pronto tenga conocimiento de la comisión de un delito, debe noticiarlo al Fiscal; **b)** la policía sólo puede realizar determinados actos de investigación; **c)** en ese cometido, debe obedecer las órdenes que le cursa el fiscal; y, **d)** las medidas restrictivas de derechos son excepcionales y cuando se adoptan corresponde, en pri-

[53] ROXIN, Claus: «Posición jurídica y tareas futuras del Ministerio Público», en: AA.VV.: *El Ministerio Público en el proceso penal*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1993, p. 54.

mer orden al Fiscal decidir al respecto y, en segundo orden, al Juez intervenir de oficio y directamente en los casos exceptuados y cuando se le requiera en vía de hábeas corpus. De ahí que se sostenga que «la acción de la policía es normalmente ejecutoria de un procedimiento jurisdiccional o excepcional y provisionalmente sustitutiva del mismo» [54].

La ley no fija un término a las indagaciones previas o a las comprobaciones preliminares. Es obvio, no obstante ello, que su duración debe ser muy corta, pues no puede tergiversarse y convertirse en una instancia paralela de investigación autónoma y menos burlar el control judicial. Una indagación o comprobación excesiva vulneraría el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, consagrado en el artículo 139º.3 de la Constitución, que garantiza la debida protección del ciudadano mediante el recurso judicial respectivo, así como tergiversaría la propia investigación formal, destinada precisamente a reunir los elementos de juicios necesarios para determinar la procedencia o no del juicio oral. Es de recordar que el principio que informa estas diligencias es su urgencia y el acopio de elementos mínimos para determinar inmediatamente la viabilidad de la promoción de la acción penal, por lo que –como apunta SÁNCHEZ VELARDE– el plazo debe estar en función a la naturaleza de los hechos sujetos a indagación o comprobación, su dificultad o complejidad, o carencia de los presupuestos mínimos necesarios [55].

La limitación de diligencias de investigación que puede realizar la policía, la imposición del control fiscal y el predominio judicial en materia de medidas coercitivas, obligan a interpretar que las diligencias previas no pueden durar más del tiempo oficial de investigación. El plazo ha de ser muy breve. Tampoco se puede hacer de la investigación formal una instancia ratificadora de lo actuado preliminarmente. Por ello, no creemos razonable el plazo de 30 días prorrogable por un plazo igual, fijado en el Proyecto de Ley Orgánica del Ministerio Público de 1992, pues si a éste se suma los 120 días de la sub–fase de investigación formal, tendríamos un tiempo excesivamente amplio, con desmedro de las garantías judiciales de las personas.

---

[54] LÓPEZ GARRIDO, Diego: *Terrorismo: Política y derecho*, Alianza Editorial, Madrid, 1987, p. 92.

[55] SÁNCHEZ VELARDE, Pablo: *Comentarios al Código Procesal Penal*, IDEMSA, Lima, 1993, p. 57.

7. LA ACTUACIÓN POLICIAL

La intervención excepcional de la policía no sólo se lleva a cabo cuando lo ordene el Fiscal, que es el caso de los arts. 94º.2 de la LOMP y 107º del Código de 1991, sino cuando éste no puede asumir de inmediato la dirección de la investigación del delito (art. 59º del Código de 1940). Es decir, como apunta MARTÍNEZ RAVE [56], las diligencias que puede realizar se dividen en dos grupos: **a)** las que practican por comisión, y **b)** las que practican por su propia iniciativa, pero siempre bajo el control del fiscal y la intervención de la defensa.

El Código de 1991, en esa línea de considerar *residual* la intervención policial, establece taxativamente las diligencias que puede realizar.

En primer lugar, como actos de iniciación, puede recibir denuncias y levantar actas de denuncias. *En segundo lugar*, como actos de investigación, puede vigilar y proteger el lugar de los hechos; practicar el registro de personas, realizar diligencias orientadas a la identificación física de los autores y partícipes del delito; recibir declaraciones de los testigos; levantar planos y demás operaciones técnicas y científicas, así como reunir cuanta información adicional de urgencia permita la criminalística para ponerla a disposición del Fiscal y recibir excepcionalmente la manifestación de los implicados en el delito en la medida que el Fiscal no se haya constituido antes de las 24 horas o cuando aquéllos se hallen en situación de grave peligro. *En tercer lugar*, como medidas pre–cautelares, puede capturar a los presuntos autores y participes en caso de flagrancia; inmovilizar documentos privados y libros contables; secuestrar o incautar bienes, siempre en caso de delito flagrante o de peligro inminente de su perpetración; y, aprehender –diligencias de recojo– los objetos e instrumentos del delito. *En cuarto lugar*, como medidas instrumentales restrictivas de derechos, puede allanar locales de uso público o abiertos al público.

La Constitución limita severamente las potestades coercitivas autónomas de la policía. En materia de detención (arts. 2º.24.f) y allanamiento (art. 2º.9) exige la flagrancia delictiva. El Código de 1991 extiende esta limitación a los secuestros e incautaciones de bienes o cosas vinculadas al delito a la investigación (artículo 106º.11). Está prohibido,

[56] MARTÍNEZ RAVE: *Procedimiento penal colombiano*, cit., p. 164.

por lo demás el secuestro o incautación policial de comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos, así como de documentos contables y administrativos (artículo 2º.10 Const.).

El artículo 106º.8, tercer párrafo, del Código define la flagrancia. Hay flagrancia, según dicha disposición legal, «*cuando la comisión del delito es actual y en esa circunstancia su autor es descubierto, o cuando el agente es perseguido y detenido inmediatamente de haberlo cometido o cuando es sorprendido con objetos o huellas que revelan que viene de ejecutarlo*». La norma incorpora la flagrancia (primer supuesto) y la cuasi–flagrancia (segundo y tercer supuesto).

La interpretación de la flagrancia debe ser restrictiva en aras del máximo respeto posible a los derechos fundamentales en juego. Este concepto, por consiguiente, está condicionado, al decir de Aragoneses Martínez [57], por tres requisitos: **1º** *inmediatez temporal*: que se esté cometiendo un delito o que haya sido cometido instantes antes; **2º** *inmediatez personal*: que el delincuente se encuentre allí en ese momento o en situación tal con relación al objeto o a los instrumentos del delito que ello ofrezca una prueba evidente de su participación en el hecho; y **3º** *necesidad urgente*: que la policía, por las circunstancias concurrentes en el caso concreto, se vea impelida a intervenir inmediatamente con el doble fin de poner término a la situación existente impidiendo en todo lo posible la propagación del mal que el delito acarrea, y de conseguir –en su caso– la detención del autor o partícipe de los hechos, lo que no existirá cuando la naturaleza de los hechos permita acudir al juez para obtener el mandamiento correspondiente –en los términos del artículo 107º *in fine* del CPP– Es de aclarar que el concepto de flagrancia, para habilitar la intervención *ex oficio* policial, no resulta aplicable en los supuestos de consumación instantánea y efectos permanentes como lo son aquellos que se cometen por la tenencia de objetos de tráfico prohibido (drogas, armas, explosivos, bienes de contrabando, etc.). Estos últimos delitos, desde el momento que quedaron consumados por su tenencia ilegal, ya no requieren, normalmente, una intervención urgente de la policía, tan urgente que no pueda esperar el tiempo que se tarda en acudir al juzgado para obtener un mandamiento judicial.

[57] En: De la Oliva Santos *et. al.*: *Derecho procesal penal*, cit., pp. 336–368.

El contenido de la indagación previa y de la propia comprobación preliminar, debe ser objeto de actas detalladas, es decir, debe registrarse documentalmente. Las mencionadas diligencias, que la policía entregará al Fiscal anexas al atestado o informe policial, son reservadas. Esto último se entiende para terceros, mas no para el imputado y su defensor, los cuales tienen acceso total a ellas (art. 106º *in fine* del Código de 1991). La norma en cuestión desarrolla el principio recogido en el art. 139º.14 constitucional, que garantiza a toda persona el derecho de defensa y la necesidad de contar con un abogado de su confianza y de asesorarse desde que es citado o detenido por cualquier autoridad. La defensa, por lo demás, a tenor de lo prescrito en el art. 8º, inciso 2), literales b), c) y f) de la Convención Americana de Derechos Humanos tiene como garantías irrenunciables el derecho a que se comunique al investigado, previa y detalladamente, los cargos formulados en su contra; la concesión del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y el derecho de interrogar a los testigos y obtener la comparecencia de cuantos puedan arrojar luz sobre los hechos.

El art. 115º del Código de 1991 consagra la institución del atestado o informe policial, la cual ya aparecía consagrada en el art. 60º del Código de 1940, dispositivo que señala que la Policía enviará *"... un Atestado con todos los datos que hubiesen recogido, indicando especialmente las características físicas de los inculpados presentes o ausentes, apodo, ocupación, domicilio real, antecedentes y otros necesarios para la identificación, así como cuidarán de anexar las pericias que hubieren practicado"*. Lo novedoso del nuevo texto del Código de 1991 estriba en que constará en acta aparte la resolución dictada por el Fiscal respecto a la detención del investigado, la comunicación de la denuncia y las directivas emanadas del despacho fiscal. Ello no hace sino ratificar el papel conductor del Fiscal respecto a las actuaciones policiales. Esta supervigilancia no tiene otro objetivo que: **a)** garantizar los derechos fundamentales de los imputados; **b)** configurar los actos de investigación idóneos a la naturaleza de los hechos delictivos perpetrados; y, **c)** establecer una comunicación fluida entre la policía y el defensor.

Las demás medidas cautelares e instrumentales restrictivas de derechos, que contempla el Código: detención fuera de los supuestos de flagrancia, incomunicación, arraigo, intervención de las comunicaciones personales, secuestro, incautación y exhibición forzosa de cosas, allanamiento fuera de los casos de flagrancia, embargo, clausura o vigilancia de locales e inmovilización, también pueden imponerse, para lo cual

el Fiscal –no la policía– deberá solicitar la orden judicial correspondiente. Para el caso de la detención, se requiere un requisito adicional: urgencia y peligro por la demora.

La urgencia y el peligro por la demora –según ya está precisado– es aquel requisito mediante el cual resulta imprescindible la detención de una persona, por el riesgo inminente de que pueda huir o perturbar la actividad probatoria, no siendo posible, por consiguiente, esperar el inicio de la investigación formal, es decir, el tercer momento de esta etapa, para que se permita la intervención judicial.

8. Control jurídico de la detención preliminar policial

La potestad de detención, en cuanto excepcional y provisional, no constituye –como sabemos– una potestad autónoma y primaria, sino dependiente en todo caso de una posterior asunción o avocación de esa potestad por el juez [58]. Por ello es que, de conformidad a lo dispuesto por el art. 108º del Código de 1991, el Fiscal está facultado para disponer la inmediata libertad de la persona cuando considere que no se ajusta a lo dispuesto en el art. 2º.24.f) de la Constitución de 1993 (la norma citada menciona el art. 2º.20 de la Constitución anterior), o cuando esta medida aparezca claramente desproporcionada o no esté incursa en el art. 132º del Código de 1991.

El primer control se refiere a la exigencia de delito flagrante para dictar detención. El segundo control se relaciona con la entidad del delito cometido por el detenido: aun cuando la detención se ejercite mediando flagrancia, no puede subsistir si el hecho es de poca gravedad y la sanción a esperarse –por su benignidad– no permita estimar fundamente que el reo huya o perturbe la prueba. El tercer control se vincula al principio de necesidad: la detención puede imponerse en la medida en que fuera absolutamente indispensable (sólo ella y no otra cumplirá la finalidad asegurativa perseguida) en la medida y por el tiempo estrictamente necesario para asegurar sus fines legales. De ahí que es posible al Fiscal articular medidas restrictivas menos intensas, hacer cesar la detención o ratificarla en su caso.

Por otro lado, en vista que la Constitución autoriza a la policía un período de detención especial tratándose de tres delitos específicos: te-

[58] López Garrido: *Terrorismo: Política y derecho*, cit., p. 92.

rrorismo, tráfico ilícito de drogas y espionaje, paralelamente refuerza el control jurisdiccional, facultando al juez a intervenir en las indagaciones previas, sin perjuicio de las facultades del Ministerio Público y de sus requerimientos. Es así que el art. 109º del Código de 1991, desarrollando el art. 2º.24.f) *in fine* de la Constitución, faculta al juez a adoptar las tres medidas siguientes:

1. Constituirse al lugar de detención y averiguar las causas o motivos de la privación de libertad. Si advierte que la detención es ilegal o arbitraria (por origen o por su desarrollo) apartará al detenido de la esfera policial y lo trasladará a la esfera del Ministerio Público, sin perjuicio de quejar al Fiscal que avaló las irregularidades.

2. Garantizar la integridad física del detenido, disponiendo su inmediato reconocimiento médico–legal, si el fiscal no lo hubiese ordenado, y autorizar el reconocimiento por un médico particular, a solicitud del detenido o de su abogado.

3. Autorizar el traslado del detenido a otro lugar de la República cuando la medida sea necesaria para la seguridad del detenido o para el mejor éxito de la investigación. La presencia del reo en lugares distintos al de su detención se justifica, por razones probatorias o de seguridad, en los casos de delitos perpetrados por bandas u organizaciones criminales cuya comisión, por lo general, puede trasciende varios territorios. El traslado es una medida judicial, no puede ser dispuesta por la policía o el Fiscal, pues ello afecta el entorno jurídico inderogable del imputado, consecuentemente, sólo el juez está legitimado para levantarla. El control es más estricto aún porque requiere cumplir dos requisitos: **a)** El plazo no superará los 15 días, es decir, debe articularse de tal modo que no exceda, en su conjunto la propia detención más el tiempo de duración del traslado, pues más allá de dicho plazo la detención devendría en arbitraria. **b)** El Juez y el Fiscal del lugar de destino deben conocer, e intervenir en su caso, para asegurar la eficacia de la investigación y los derechos del detenido, de su presencia; las diligencias probatorias, en suma, no se actuarán a espaldas de la dirección fiscal ni del control judicial.

La policía no sólo realiza actos de investigación regulares, que culminan en un atestado o Informe. También –por intermedio de sus unidades especializadas– presta apoyo a la justicia a través de sus laboratorios de criminalística (art. 91º, segundo párrafo, del Código de 1991), protege testigos y pruebas, realiza notificaciones, centraliza información

sobre los grupos criminales organizados y desarrolla investigaciones especiales –a comisión– de carácter ampliatorio, de seguridad o de inteligencia (art. 110º del Código de 1991).

9. Procedimiento de investigación formal

El inicio de la investigación formal, en el Código de 1991, tiene lugar cuando el fiscal decide promover la acción penal y el juez resuelve aprobar la resolución que éste emita. En el Código de 1940 el inicio de la instrucción se produce con la expedición del auto de apertura de instrucción, de conformidad con el art. 77º, primer párrafo.

Para dar inicio a la investigación formal es necesario que el Fiscal califique tanto la denuncia, a partir de los elementos que ella contiene y de los recaudos con que se anexó, cuanto el Informe Policial o de los actuados preliminares que levantó.

Nuestro sistema procesal asume el principio de oficialidad. El Fiscal es el titular de la acción penal de ejercicio público y, como tal, está obligado a incoar proceso cuando conozca una conducta con apariencia criminal. El carácter acusatorio del proceso, que radica en manos del Fiscal la persecución penal y encarga al juez la función de decisión [59], determina que a dicha autoridad estatal compete, en principio, promover la acción penal en aras del esclarecimiento de un hecho presuntamente delictivo y de la sanción a quien resulta responsable de su comisión (arts. 1º y 94º.2 de la LOMP, y V, 58º y 61º del Código de 1991).

10. Abstención del Fiscal y denegación del procesamiento penal

A. Aspectos generales

Ambos Códigos señalan, de modo general, que no es posible la promoción de la acción penal cuando el hecho denunciado no constituye delito o cuando la acción penal ha prescrito. En tal caso, se debe denegar el procesamiento penal. En el Código de 1991, en un primer momento, es el Fiscal quien debe dictar resolución fundamentada declarando sin lugar la promoción de la acción penal, en cuyo caso archivará definitivamente la denuncia (arts. 94º.2 *in fine* y 113º, primer párrafo, del

[59] Gómez Colomer: *El proceso penal alemán*, cit., p. 47.

Código de 1991); esta resolución se notifica al denunciante o agraviado. En el caso del Código de 1940, corresponde al Juez dictar la resolución denegatoria del proceso penal; se entiende, igualmente, que el Juez Penal –en el supuesto del Código de 1991– puede denegar la promoción de la acción penal del fiscal cuando considera que no se presentan en el caso concreto las exigencias del art. 113º.

B. La resolución fiscal desestimatoria

Contra la resolución fiscal que deniega la apertura de investigación sólo cabe un control jerárquico. El denunciante o quien figure como agraviado del delito materia de desestimación puede interponer recurso de apelación (el art. 12º LOMP lo denomina recurso de queja) ante el Fiscal Superior. No es posible la intervención judicial precisamente por la vigencia de los principios de oficialidad y acusatorio: el inicio de la persecución penal está reservada al Ministerio Público por imperio constitucional (art.159º.5 Const.). La tutela judicial exige, en el proceso penal, que diligencias preliminares o previas, se lleven a cabo respetando los derechos de los implicados o interesados, pero tal derecho fundamental (art. 139º.3 Const.) no puede conllevar a forzar una intervención del juez para obligar al Fiscal a denunciar.

Al respecto, la Corte Suprema ha establecido que, en tanto, el Ministerio Público es el titular de la acción penal, si el Fiscal no ampara una denuncia debe recurrirse ante el Fiscal Superior y no al Juez Penal, quien no está legalmente facultado para intervenir en esta etapa [60].

El Fiscal Superior puede, como es evidente, amparar la impugnación del recurrente y ordenar al Fiscal Provincial que promueva la acción penal. También puede, como es obvio, desestimar el recurso, con lo que definitivamente se clausura la posibilidad de intervención del derecho penal en los hechos que dieron lugar a la solicitud penal del denunciante. No procede contra la decisión del Fiscal Superior recurso alguno: o la denuncia se archiva o se promueve la acción penal.

Existen, como se sabe, dos supuestos especiales que impiden, igualmente al fiscal, promover la acción penal, aparte del principio de oportunidad (art. 2º del Código de 1991): **a)** si se ha omitido una condición

[60] Ejecutoria suprema de 29 de diciembre de 1987, Exp. Nº 1234–87, Lima (*Anales Judiciales*, T. LXXV, Lima, 1987, pp. 163–164).

de procedibilidad (delitos privados y semi públicos), en cuya virtud debe reservarse el proceso y requerirse al denunciante o agraviado que subsane dicha omisión, pues de otro modo no es posible proceder penalmente; y, **b)** si falta la identificación del autor o partícipe, acreditada la existencia de un delito no prescrito, se ordenará a la policía proceda a su pronta identificación.

El Código de 1991 prevé varias clases de procedimientos. Tratándose de procedimientos especiales por razón de delito, es decir, en aquellos casos de delitos graves en que el enjuiciamiento se reserva a la Sala Penal Superior (arts. 373º y 374º), la resolución del Fiscal Provincial que resuelve no haber lugar a la promoción de la acción penal (la ley menciona el vocablo «dictamen», cuando en realidad es una resolución, tal como expresamente señala el art. 114º) es elevada en consulta al Fiscal Superior. Sólo si ésta es aprobada se archivará la denuncia y demás actuados. De ser desaprobada, el Fiscal Provincial está obligado a promover la acción penal. Sin embargo, en el sistema previsto en la vigente Ley Orgánica del Ministerio Público no existe resolución de archivo de actuaciones que sea consultable al Superior, sea cual fuere el delito o la competencia material asignada a esa infracción penal; la única forma para evitar que adquiera firmeza es interponiendo el correspondiente recurso de queja.

La lógica del artículo 111º del Código de 1991 es contundente. Como la acusación, o en su caso, la solicitud de sobreseimiento es de competencia del Fiscal Superior, cabiendo únicamente al Fiscal Provincial la recolección de elementos probatorios, entonces, él decidirá en última instancia si la acción penal debe o no promoverse.

El Fiscal Provincial sólo tiene control sobre el ejercicio de la acción penal en delitos leves o de mediana entidad, sometidos al procedimiento ordinario.

Por otro lado, el art. 117º del Código de 1991, cubriendo un sentido vacío en la LOMP, incorpora positivamente la institución de la «*cosa decidida*», tratándose de resoluciones fiscales dictadas al amparo del art. 113º de dicho Código que acuerden no promover la acción penal. Lo actuado en contravención de esa norma adolece de nulidad.

Las excepciones a esa prohibición, que impide nuevas denuncias sobre los mismos hechos, son de dos órdenes: **a)** que se aporten nuevos elementos probatorios; y, **b)** que se demuestre que la denuncia anterior

no fue debidamente investigada. Por consiguiente, el Fiscal frente a una denuncia tiene que establecer, *primero*, si ha sido o no desestimada por otro órgano del Ministerio Público; *segundo*, si la denuncia fue desestimada, la evaluación se circunscribirá a la exigencia de que se encuentre acompañada de nuevos elementos probatorios o de datos que permitirán contar con ellos al más breve plazo; y, *tercero*, de igual modo, en los supuestos de denuncia repetida, que la investigación realizada anteriormente –por su Fiscalía u otra– sea deficiente, lo que debe advertirse de las razones expuestas por el denunciante y del análisis de los actuados anteriores. Por ende, la *cosa decidida* es muy relativa, no es absoluta, pues puede obviarse si nuevos elementos permiten optar por la promoción de la acción penal. Es positivo que así sea, desde que una desestimación inicial puede ser causa de una investigación diminuta o deficiente, con lo que peligraría el principio de legalidad procesal y facilitaría la impunidad de los delitos.

C. La denegación judicial del procesamiento penal

C.1. Aspectos generales

La denegación del procesamiento penal es una resolución del órgano jurisdiccional que pone término a las actuaciones preliminares realizadas por la Policía y/o por el Fiscal y dispone su archivo, rechazando la promoción fiscal de la acción penal (Código de 1991) o la denuncia formalizada del Fiscal (Código de 1940). Se trata, en *primer lugar*, de un acto del órgano jurisdiccional, provocado a su vez por un acto de postulación del Fiscal. En *segundo lugar*, reviste la forma de auto. En *tercer lugar*, que –según considera un fuerte sector de la doctrina– carece de los efectos de cosa juzgada. Al respecto una decisión del Alto Tribunal sostuvo que esta resolución no genera cosa juzgada porque no se han investigado judicialmente los hechos submateria [61].

Esta resolución desestimatoria es apelable por el Fiscal, no así por el denunciante, según la Ejecutoria suprema de 30 de octubre de 1996 [62]. Esta posición también ha sido asumida por el Acuerdo Plenario Nº 2/97 de los Vocales Superiores de la República de 14 de diciembre de 1997.

---

[61] Ejecutoria suprema de 14 de agosto de 1981.

[62] Exp. Nº 2712–96, Callao (ROJJASI PELLA, Carmen: *Ejecutorias supremas penales. 1993–1996*, Legrima, Lima, 1997, pp. 405–406).

Los arts. 77º del Código de 1940 y 113º del Código de 1991 establecen sólo cuatro motivos de rechazo de la promoción de la acción penal: **1.** Atipicidad penal del hecho; **2.** Prescripción de la ación penal; **3.** Individualización del imputado; **4.** Ausencia de algún elemento de procedibilidad expresamente señalado en la ley. Sin embargo, y no obstante la existencia de un criterio jurisprudencial que se sustenta en la tesis del "*numerus clausus*" [63], que fulmina con la nulidad si el juez considera situaciones de otra naturaleza), es del caso asumir una posición de "*numerus apertus*", esbozada en algunas resoluciones del Tribunal Supremo.

Ahora bien, las causas del rechazo de una denuncia formalizada por el Ministerio Público o de la promoción de la acción penal, en ambos Códigos, puede ser por motivos de "*admisibilidad*" –inadmisión– o de "*fundabilidad*" –desestimación–.

C.2. Motivos de inadmisión

Constituyen motivos de *inadmisión* la ausencia en la denuncia formalizada del Fiscal Provincial (legislación vigente) o en el auto de aprobación judicial (Código de 1991) de los presupuestos y requisitos que condicionan su validez formal.

Es de considerar tres grandes supuestos de inadmisión:

1. Por *falta manifiesta de legitimación activa,* es decir, de un elemento de procedibilidad. Se presenta cuando la ley penal material reconoce delitos semi–públicos (denuncia previa de la víctima o la intervención anterior de un órgano técnico de la Administración) y delitos privados. En estos casos la propia ley reconoce supuestos de devolución de la denuncia formalizada.

2. Por *falta de presupuestos procesales,* que es el caso específico de una falta de competencia, circunscrito a delitos que no son de conocimiento de un órgano jurisdiccional concreto (v. gr.: defectos vinculados a la competencia objetiva, *ratione personae,* aforamientos, militares por delitos de función, jueces y fiscales en delitos funcionales, así como a la naturaleza de la infracción –delitos y faltas–). Otro caso sería el de formulación de cargos contra personas jurídicas, respecto del cual la Corte

[63] Ejecutoria suprema de 12 de julio de 1994, Exp. Nº 2147–93–B, Lima (ROJJASI PELLA: *Ejecutorias supremas penales. 1993–1996,* cit., pp. 324–325).

Suprema ha sancionado con la nulidad su procesamiento "... Las denuncias penales no deben ser dirigidos contra personas jurídicas ... ya que no son susceptibles de sanción penal" [64].

3. Por *falta de determinados requisitos*, respecto de los cuales podemos identificar dos supuestos: **a)** no individualización del denunciado, en tanto que la ley exige que el sujeto activo del delito denunciado sea identificado con sus nombres y apellidos completos. La Corte Suprema ha sancionado su incumplimiento con la nulidad del procedimiento [65]; y, **b)** la presencia de una contradenuncia, que origina un juicio penal doble, y que la jurisprudencia ha reconocido como una causal de inadmisión [66]. En todos estos casos se justifica el rechazo de la denuncia o de la promoción de la acción penal por resultar improcedente.

C.3. Motivos de desestimación

La *desestimación* de una denuncia formalizada o de la promoción de la acción penal, expresan los arts. 77º del Código de 1940 y 113º del Código de 1991, sólo puede suceder por falta absoluta de tipicidad penal. Sin embargo, los arts. 5º del Código de 1940 y del Código de 1991 hacen mención a los supuestos de no justiciabilidad penal. Esta precisión normativa, en cuanto implica hacer viable la excepción de naturaleza o improcedencia de acción, permite la desestimación en los siguientes casos:

1. Cuando el imputado adolezca de capacidad para ser parte y de actuación procesal, tales como: **a)** *minoridad*, que materialmente es un supuesto de falta de capacidad penal, art. 20º.2 CP; y, **b)** *muerte*, que materialmente es un supuesto de extinción de la acción penal, art. 78º.1 CP. En ambos casos la desestimación del procesamiento procederá siempre que en autos exista prueba segura: partidas de nacimiento o de defunción, por lo que no cabe desestimar la promoción de la acción penal si resulta necesario realizar investigación en esos extremos.

---

[64] Ejecutoria suprema de 10 de abril de 1981, Exp. Nº 457–81, Lima (*El Magistrado*, Año I, Lima, 1981, pp. 179–180).

[65] Ejecutorias supremas de 11 de diciembre de 1985 y de 31 de julio de 1992, Exp. Nº 509–92.

[66] Ejecutorias supremas de 6 de enero de 1965, Exp. Nº 323–64, Lima (*Anales Judiciales*, T. LIX, Lima, 1964, pp. 257–259); y de 5 de junio de 1975 y de 3 de mayo de 1948 (RONCALLA VALDIVIA: *Jurisprudencia en materia procesal penal*, cit., pp. 44–46).

2. Cuando se presenten causas de extinción de la acción penal, tales como la *prescripción* (expresamente considerada), *amnistía, cosa juzgada*[67], *transacción o desistimiento* en delitos privados. Estos supuestos se encuentran reconocidos en el art. 78º del Código Penal. Es obvio que en los casos de cosa juzgada y de transacción o desistimiento, debe constar en los recaudos el correspondiente documento público o privado no cuestionado.

3. En el tema de la no delictuosidad o relevancia penal del hecho, se pueden presentar diversas situaciones identificadas por la dogmática penal. Estas situaciones se encuentran representadas por la ausencia de un injusto penal, de una conducta antinormativa. Por lo demás, su consideración jurídica está condicionada a la presencia de elementos claros (datos fácticos e información concluyente en los recaudos) en la postulación fiscal, que permitan deducirlo sin mayores esfuerzos. Podemos considerar los siguientes:

a) *Ausencia de acción.* Se incluyen los supuestos conocidos: estado de inconsciencia, movimiento reflejo y fuerza física irresistible (art. 20º.6 CP). Suponen una ausencia de voluntariedad en la conducta humana. También es de comprender aquellos casos vinculados al actuar en nombre de otro (art. 27º CP) cuando se comete el delito a través de una persona jurídica y el imputado –tratándose de un delito especial– no resulta ser quien tiene el nivel de representación necesario.

b) *Ausencia de imputación objetiva del resultado en delitos de resultado.* En los tipos de resultado, a nivel objetivo, se exige determinar que el sujeto ha contribuido con su acción a causar el resultado. En tal virtud, se requiere establecer, en primer termino, si entre una determinada conducta y el resultado existe una relación de causalidad desde una perspectiva natural; y, además, si dicha conducta ha creado un peligro jurídicamente desaprobado que se ha realizado en el resultado típico[68]. En caso no se presente uno u otro, la conducta del autor no será objetivamente imputable y, por tanto, es del caso denegar la apertura de instrucción.

---

[67] La Ejecutoria suprema de 3 de enero de 1957 expresó que "no cabe una nueva denuncia por los mismos hechos que han sido materia de anterior instrucción, lo que se sanciona con la nulidad".

[68] Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio; Arroyo Zapatero, Luis; García Rivas, Nicolas; Ferré Olivé, Juan Carlos; Serrano Piedecasas, José Ramón: *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, Praxis, Barcelona, 1996, pp. 141–142.

c) *Ausencia del tipo objetivo.* Vinculada ya sea a los sujetos –caso de los delitos especiales propios–, al objeto –en una imputación por delito contra la libertad sexual de menor de edad, se establece que no medió violencia y que la víctima es mayor de 14 años de edad–, como a la propia conducta, que es el supuesto de las denominadas "*atipicidades relativas*" –en una incriminación por delito de estafa, el engaño y el error subsiguiente no está seguido de un acto de disposición, o sea de una atribución de bienes, derechos, servicios, etcétera– [69].

d) *Ausencia de dolo o de otros elementos subjetivos.* En un primer nivel se encuentra el error de tipo, que se presenta cuando el autor desconoce la concurrencia o realización de alguno o de todos los elementos objetivos del tipo de injusto, tanto se trate de elementos descriptivos como normativos (art. 14º, primer párrafo, CP). Si el error es invencible, la consecuencia es la impunidad; en cambio, si es vencible, se castigará a título culposo, siempre que exista una figura culposa para la conducta perpetrada. Por otro lado a nivel subjetivo, también existen en determinados tipos penales elementos subjetivos distintos del dolo, en los cuales se restringe el ámbito de punición del tipo doloso incorporando expresamente algún elemento subjetivo especial, cuya concurrencia se exige además del dolo [70]. Por ejemplo, ausencia de ánimo de lucro en una imputación por delito de hurto, ausencia de *animus iniuriandi* en las injurias o el ánimo lúbrico en los delitos sexuales.

e) *Otros casos de atipicidad.* VILLAVICENCIO TERREROS [71] incorpora cuatro supuestos generales, aunque la doctrina mayoritaria prefiere ubicarlo en las causas de justificación. Así será del caso abrir instrucción o investigación si la conducta realizada se encuentra amparada en las siguientes causales: 1) Cumplimiento de un deber de función o de profesión (art. 20º.8 CP); 2) Obrar por disposición de la ley (art. 20º.8 CP); 3) Acuerdo (art. 20º.10 CP), vinculado a los delitos que presuponen un

[69] Tomás VIVES ANTÓN hace mención a la hipótesis del "casamiento engañoso", en que se fingen cualidades o intenciones para mejorar de posición económica tras la boda, en el cual no hay estafa, porque el patrimonio no puede calificarse de acto de disposición (En: COBO DEL ROSAL, M.; VIVES ANTÓN, T. S.; BOIX REIG, J.; ORTS BERENGER, E.; CARBONELL MATEU, J. C.: *Derecho penal. Parte especial*, Tirant lo blanch, Valencia, 1990, p. 911).

[70] BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE *et. al.*: *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 166.

[71] VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe: *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, Cultural Cuzco, Lima, 1990, pp. 157–161.

obrar contra o sin la voluntad del afectado, como por ejemplo los delitos de secuestro y de violación de domicilio; y, **4)** Insignificancia, son conductas que suponen una insignificante afectación al bien jurídico, tales como privaciones de libertad irrelevantes y otras.

f) *Presencia de una causa de justificación.* Como apunta Santiago Mir Puig, las causas de justificación suponen la concurrencia de ciertas razones que conducen al legislador a valorar globalmente de forma positiva el ataque a un bien jurídico–penal [72]. Limitan la prohibición penal del hecho. Si el autor, respetando en su obrar los principios de proporcionalidad y prohibición del exceso, vulnera un bien jurídico–penal, pero lo hace ante una situación de amenaza a bienes jurídicos, que es precisamente lo que impulsa su acción lesiva, se concluirá que su conducta no es antijurídica, es decir, está justificada. El Código Penal identifica los tipos de justificación penal: **1)** Legítima defensa (art. 20º.3); **2)** Estado de necesidad justificante (art. 20º.4); **3)** Obediencia jerárquica (art. 20º.9); **4)** Consentimiento (art. 20º.10); y, **5)** Ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo (art. 20º.8).

g) Por lo general, no es posible considerar las causas de exculpación y de no exigibilidad de otra conducta, por estar referidas al juicio de culpabilidad y porque presuponen la comisión de un acto típicamente antijurídico. Si se cuestiona la capacidad penal, se justifica el procesamiento a fin de determinar si corresponde o no imponer una medida de seguridad. Los casos de error de prohibición o de comprensión culturalmente condicionado, o de estado de necesidad exculpante y medio insuperable, a menos que se encuentren definitivamente establecidas durante el momento preprocesal o de investigación preliminar –lo cual es muy dudoso–, requieren de un procesamiento penal para determinar sobre la base de la comisión de un injusto penal si en realidad esas causales operan o no.

En cambio, sí es posible rechazar una denuncia cuando se da un supuesto de excusa legal absolutoria, en tanto para ese hecho no cabe sanción contra su autor, tal como lo ha reconocido el Supremo Tribunal en varias decisiones [73].

---

[72] Mir Puig, Santiago: *Derecho penal. Parte general*, PPU, Barcelona, 1996, p. 143.

[73] Ejecutorias supremas de 15 de noviembre de 1976, Exp. Nº 1508–76, Cuzco (*Anales Judiciales*, T. LXVIII, Lima, 1976, p. 502); y de 13 de marzo de 1992, Exp. Nº 12–92, Piura (Rojjasi Pella: *Ejecutorias supremas penales. 1993–1996*, cit., p. 320).

El auto que deniega la apertura de instrucción, o que desaprueba la promoción de la acción penal del fiscal, es apelable ante la Corte Superior. Contra lo resuelto por la Corte Superior no cabe recurso alguno [74].

11. PROMOCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL Y AUTO DE APERTURA DE INSTRUCCIÓN

La promoción fiscal de la acción penal y, en su caso, el auto de apertura de instrucción (Código de 1940) o de aprobación judicial (Código de 1991), procederá, por el contrario, cuando se advierta la presencia de los siguientes elementos: **a)** la existencia de un delito; **b)** la subsistencia de persecución penal al no haber prescrito la acción [75]; **c)** la satisfacción de los requisitos de procedibilidad; y, **d)** la identificación del autor o partícipe del delito (arts. 77º, primer párrafo, del Código de 1940 y 114º del Código de 1991) [76].

Es de tener presente que la promoción de la acción penal por el Fiscal, tanto en el Código de 1991 como en la vigente Ley Orgánica del Ministerio Público está condicionada a un presupuesto esencial. Tiene que haber en autos evidencias mínimas que acrediten la presencia de los elementos indicados en el párrafo anterior. Este presupuesto, por cierto, no es exigible al Juez Penal para calificar la denuncia formalizada (Código de 1940) o para resolver sobre la aprobación o desaprobación del auto de apertura de investigación dictado por el Fiscal (Código de 1991).

El Juez Penal en el Código de 1940 o el Fiscal Provincial en el Código de 1991 están sometidos a determinadas exigencias al momento de resolver una concreta "noticia criminal". La resolución que se emita debe ser motivada y, como tal, debe contener lo siguiente: **a)** nombre del imputado; **b)** delito atribuido y numeral de la ley penal que lo tipifica; **c)** nombre del agraviado, si fuera posible; y, **d)** diligencias que deben actuarse de inmediato. El auto, según ha sido establecido por la jurisprudencia suprema, debe contener en forma precisa la motivación y fundamentos, y expresará la

---

[74] Ejecutorias supremas de 25 de agosto de 1987, Exp. Nº 373–87, Lima (*Anales Judiciales*, T. LXXV, Lima, 1987, p. 156); y de 18 de mayo de 1988, Exp. Nº 559–87, Huancavelica (*Anales Judiciales*, T. LXXVI, Lima, 1988, p. 253).

[75] Ejecutoria suprema de 18 de febrero de 1988, Exp. Nº 568–87, Lima (*Anales Judiciales*, T. LXXVI, Lima, 1988, pp. 155–156).

[76] Ejecutorias supremas de 18 de junio de 1988, Exp. Nº 203–87, Ica (*Anales Judiciales*, T. LXXVI, Lima, 1988, pp. 252–253); y de 19 de agosto de 1988, Exp. Nº 1249–87, Ayacucho (*Anales Judiciales*, T. LXXVI, Lima, 1988, pp. 252–253).

calificación de modo específico del delito o de los delitos que se imputan al denunciado y la orden de que deben concurrir a que preste su instructiva [77]. También debe indicar el artículo pertinente de la ley penal sustantiva en que se tipifica el delito y no sólo el dispositivo procesal [78].

La denuncia formalizada del Fiscal, a que hace referencia el art. 94º.2 de la LOMP, es un acto de postulación que por su propia naturaleza contiene una petición dirigida al juez para la iniciación del procedimiento penal. Como tal, pone en conocimiento del juez una "*noticia criminal*" y traduce su voluntad de constituirse en parte acusadora, en rigor se trata de una auténtica "*querella penal*". Mediante ella, el Fiscal ejerce la acción penal.

La identidad del imputado, consiste en la necesidad de que se consignen sus nombres y apellidos. No bastará conocer un nombre y apellido o sólo el nombre o el apodo [79]. El Supremo Tribunal en Ejecutoria suprema de 7 de octubre de 1988, ha precisado que el término *"individualizado"* que utiliza el art. 77º del Código de 1940, modificado por la Ley Nº 24388, debe interpretarse como *identificado*, por lo que no cabe que se abra instrucción contra una persona de quien sólo se conoce el primer nombre y el apellido materno, cuya infracción es sancionada con la nulidad de ese extremo de la resolución [80]; en igual sentido se ha pronunciado la Ejecutoria suprema de 20 de mayo de 1991 [81].

La determinación del delito es un requisito sustancial, que al igual que el primero, vicia de nulidad lo actuado en caso se omita especificarlo. El derecho de defensa y el principio del contradictorio exigen su inclusión. El auto de apertura de investigación o de apertura de instrucción, en mérito a este requisito, determina el curso de la investigación, tanto en su desarrollo como en su conclusión; las pruebas deben tener relación inmediata con el delito investigado –que por imperativo legal debe ser preciso y no genérico–; la sentencia, y en su momento la acusa-

---

[77] Ejecutoria suprema de fecha 19 de agosto de 1988 (*Normas Legales*, T. 208, 1993, p. 387).

[78] Ejecutoria suprema de 13 de junio de 1990, Exp. Nº 530–89–IISP, Lima (*Jurisprudencia Penal, 1984–1992*, cit., pp. 132–134).

[79] Hurtado Pozo, José: *El Ministerio Público*, Sesator, Lima, 1981, p. 244.

[80] *Gaceta Jurídica*, T. 13, Lima, 1995, p. 15A.

[81] Exp. Nº 163–91–IISP, Puno (*Jurisprudencia Penal, 1984–1992*, cit., pp. 134–135).

ción, tiene que pronunciarse por el delito que ha sido materia de la investigación y a su vez ésta sólo puede indagar el delito a que se refiere el auto apertorio; por último, tanto la investigación cuanto el juicio oral no puede apartarse de los marcos fijados en dicha resolución [82].

La Corte Suprema ha precisado que debe abrirse instrucción en los casos de concurso ideal y real por todos los delitos concurrentes y sólo posteriormente, para los efectos de la represión, se determinará el delito más grave [83].

Otros dos requisitos no sustanciales se refieren al nombre del agraviado y a la indicación de las diligencias que deben actuarse. Su omisión no afecta la propia realidad del delito ni impide, en su caso, sancionar la responsable. Es muy diferente la individualización del responsable, por cuanto la investigación formal será factible, en concordancia con el ejercicio del derecho de defensa y una mínima base contradictoria, sólo en la medida que se formalicen cargos contra personas concretas.

En el caso de la resolución fiscal prevista en el nuevo Código de 1991, en cuya virtud el Ministerio Público promueve la acción penal, ésta por su propio mérito no autoriza su propio mérito el procesamiento penal de una persona. Esta resolución debe ponerse en conocimiento de la autoridad judicial. El art. 4º del Código de 1991 obliga al Fiscal a comunicar al Juez Penal de Turno el inicio de la investigación para que asuma jurisdicción desde ese momento, expida las resoluciones que correspondan y controle la regularidad del procedimiento. Corresponde al Juez Penal tomar conocimiento de dicha comunicación y, de ser el caso, expedir resolución fundamentada declarando promovida la acción penal y determinando la condición procesal del imputado. Como explica DE LA OLIVA SANTOS, tal exigencia de control judicial constituye un presupuesto de la acción penal, de suerte que la incoación de un proceso supone que el órgano jurisdiccional ya ha apreciado la existencia de un hecho con caracteres o apariencia de infracción, pues únicamente si los hechos parecen delictivos y punibles tiene sentido el proceso y la existencia en él de una parte acusadora [84].

---

[82] GARCÍA RADA: *Manual de Derecho procesal penal*, cit., p. 138.

[83] Ejecutoria suprema de 28 de junio de 1988, Exp. Nº 288-88, Arequipa (*Anales Judiciales*, T. LXXVI, Lima, 1988, pp. 199-204).

[84] DE LA OLIVA SANTOS *et. al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 184.

El Juez Penal tiene un control de legalidad sobre el ejercicio de la acción penal, por lo que el procesamiento de quien resulte emplazado por el Fiscal requiere autorización o decisión judicial. Sin embargo, esa autorización o resolución judicial no es automática, el Juez no actúa como simple receptor del procesamiento dispuesto por el Ministerio Público. En su misión de garante de los derechos individuales de las personas, especialmente de quienes están sujetas a una persecución penal, el Juez debe evaluar si la promoción de la acción penal se amolda a los requisitos que establece la ley procesal, es decir, le corresponde un papel de defensor del ordenamiento jurídico; es de tener presente que la promoción de la acción penal no es un acto discrecional del Fiscal sino está sujeta a requisitos legales: que el hecho sea delictivo, que la acción penal no esté prescrita y que estén satisfechos los requisitos de procedibilidad. Además, la Constitución dispone que las resoluciones judiciales deben ser motivadas (art. 139º.5), lo que implica que el juez debe tener un marco de referencia suficiente para decidir de un modo o de otro, esto es, de aceptar o no las pretensiones de las partes.

Por consiguiente, el Juez podrá llanamente, sin solicitar ningún actuado o realizar diligencia alguna, desestimar o desaprobar la apertura de investigación que en buena cuenta solicita el Fiscal si es que no se cumplen estos tres requisitos, tal como ha sido establecido por el supremo Tribunal en la Ejecutoria suprema de 26 de abril de 1979 [85]. No obstante ello, el segundo párrafo del art. 77º del Código de 1940, modificado por la Ley Nº 24388, de 3 de diciembre de 1985, ha estatuido que tratándose de delitos perseguibles por acción privada, el Juez al calificar la denuncia podrá de oficio practicar diligencias previas dentro de los diez primeros días de recibida la denuncia.

Por otro lado, es muy importante que el Juez asuma una autolimitación sustancial referida a la exigencia de *causa probable*, esto es, de elementos probatorios mínimos sobre los tres extremos antes indicados. Como la investigación es precisamente la instancia de recolección de elementos de convicción que permita al Fiscal decidir si formula o no acusación, el Juez no puede interferir en esa finalidad privativa del Ministerio Público, por lo que el control que el Código le asigna debe

[85] Exp. Nº 56–79, Arequipa (Taramona, José R.: *Compendio de ejecutorias supremas*, Jamse Editores, Lima, 1983, T. III, pp. 136–137).

circunscribirse a revisar, desde el tenor mismo de la resolución fiscal o de la denuncia formalizada, si se cumplen *jurídicamente* los tres elementos previstos en la ley procesal. La Corte Suprema, ratificando esta posición, ha señalado que el control de una mínima base probatoria sólo puede hacerse cuando ya existe instrucción abierta, es decir, cuando es de decidir si cabe ampliar el auto de apertura de instrucción para comprender nuevos delitos o nuevos imputados [86].

Corresponde al Fiscal poner en conocimiento del Juez la resolución de apertura de investigación, adjuntándole todos los actuados –originales–, pues para este efecto es necesario que se los tengan a la vista dado que el auto judicial debe pronunciarse respecto a la medida cautelar personal que corresponda al procesado. Recuérdese que para dictar mandato de detención o de comparecencia con restricciones se requiere principio de prueba (*fumus boni iuris*) tanto sobre el hecho delictivo imputado cuanto sobre la vinculación con el ilícito que se incrimine al encausado (arts.135º.1 y 143º *in fine* del Código de 1991).

La única forma de motivar la resolución y dictar una coerción razonable y fundada, como lo exige el art. 139º.5 de la Constitución, es apreciar el conjunto de elementos probatorios aportados por el Fiscal al momento de promover la acción penal. Y sólo podrá cumplirse este requisito en la medida que se acompañen al auto fiscal el íntegro de los actuados que el Fiscal tuvo a la vista al momento de decidir.

La resolución judicial, en este único caso, no requiere un trámite previo de traslado al imputado, como es la pauta regular impuesta por el primer párrafo del art. 314º del Código de 1991, desde que la norma específica del art. 115º de dicho Código no lo ordena y porque la imposición –en su caso– de la primera medida cautelar torna recomendable no hacerlo, pues de otra forma peligraría el éxito de la investigación y demoraría la definición de la situación jurídica del imputado, quien inclusive podría encontrarse ya privado de la libertad.

Luego de la evaluación correspondiente, el Juez remitirá inmediatamente los originales al Fiscal para que continúe con los actos propiamente de investigación, especialmente con la instructiva o declaración de los imputados.

---

[86] Ejecutoria suprema de 9 de julio de 1978 (RONCALLA VALDIVIA: *Jurisprudencia en materia procesal penal*, cit., pp. 50–51).

Es obvio, por lo demás, que el auto del Juez Penal que aprueba la promoción de la acción penal o abre instrucción es *inapelable*, tal como lo estableció el alto Tribunal en la Ejecutoria suprema de 30 de noviembre de 1993 [87]. Solamente son impugnables las medidas coercitivas que contiene dicha resolución. No cabe la impugnación no sólo porque la ley no acepta tal recurso, sino también porque contra los extremos o elementos que integran dicha resolución existen medios de defensa específicos [88]. Así tenemos las cuestiones previas y las excepciones –tanto de improcedencia o naturaleza de acción cuanto de prescripción–, que cautelan, de un lado, el cumplimiento de los requisitos de procedibilidad (arts. 4º del Código de 1940 y 5º del Código de 1991) y, de otro lado, la tipicidad del hecho materia de procesamiento y la subsistencia de la persecución penal (arts. 5º del Código de 1940 y 8º, incs. 2 y 5, del Código de 1991).

Un problema anexo es el efecto del auto judicial que desestima la promoción de la acción penal. El Código no contiene norma específica sobre el particular. La Corte Suprema, al pronunciarse sobre los efectos del auto denegatorio de la apertura de instrucción (art. 77º del Código de 1940), había declarado que dicho auto «... no puede, por su propia naturaleza, producir los efectos de cosa juzgada frente a la verosimilitud de los hechos o modalidades que aparezcan en una nueva denuncia» [89]. García Rada, reiterando tal tesitura, enfatiza que cuando con posterioridad se presentan nuevas pruebas que destruyen los fundamentos de la resolución cabe dictar el auto que manda abrir instrucción [90]. En otra decisión, el Alto Tribunal reiteró esta tesis sosteniendo que "... por su mérito ni siquiera se ha investigado los hechos materia de la denuncia" [91].

Más allá de acotar que el auto denegatorio de instrucción se expide, no en función a la existencia o no de una labor probatoria preliminar, sino a la mera tipicidad o prescriptibilidad de la acción penal, por lo que

---

[87] Exp. Nº 312–93–B, Huánuco (Rojassi Pella: *Ejecutorias supremas penales. 1993–1996*, cit., pp. 404–405).

[88] Catacora Gonzáles, Manuel: «El auto de apertura de instrucción», en: *El Magistrado*, Año II, Nº 1, Lima, 1982, p. 40.

[89] *Anales Judiciales*, 1943, Lima, p. 110.

[90] García Rada: *Manual de Derecho procesal penal*, cit., p. 40.

[91] Ejecutoria suprema de 14 de agosto de 1981, Exp. Nº 572–81, Lima (*El Magistrado*, Año I, Lima, 1981, p. 179).

las pruebas del hecho no son relevantes para su expedición, con lo que se enerva la base material de la postura mayoritaria, es de considerar que si se sigue la opción hermenéutica postulada en este trabajo, respecto a que el Juez Penal puede desestimar la aprobación de la resolución fiscal que promueve la acción penal por razones de puro derecho (falta de tipicidad de los hechos tal como están consignados en la resolución fiscal), es posible considerar que dicha resolución tiene fuerza de cosa juzgada.

En efecto, siguiendo al profesor Andrés DE LA OLIVA SANTOS, la cuestión se ha de resolver teniendo en cuenta la *ratio* de la cosa juzgada penal y atendiendo, de un lado, al contenido y fundamento, y, de otro, a la recurribilidad o firmeza de la resolución. Si el fundamento es semejante al que puede basar una sentencia absolutoria o una resolución de otro tipo, pero que, por unos u otros motivos, equivaldría a una absolución y si esa resolución pasa –o puede pasar– por sucesivos tribunales con competencia para dictar sentencia, se darían los requisitos para atribuir a tal resolución fuerza de cosa juzgada. Tal es el caso –acota DE LA OLIVA– del auto que decreta el archivo de un proceso, aun en la fase previa por entender que los hechos carecen de tipicidad, así como del que rechaza una denuncia [92].

Es de destacar, finalmente, que la resolución fiscal debe ser fundada, es decir que la motivación constituye un elemento imprescindible. Se debe valorar los elementos probatorios reunidos o acompañados a la denuncia y extraer de ellos las conclusiones que sean razonable inferencia suyas, de acuerdo a las reglas lógicas del recto entendimiento humano. Sobre esta base arribará al grado de convicción autorizadas por la ley para promover la acción penal [93].

Lo expuesto en el párrafo anterior es pertinente por lo dispuesto en el artículo 114º del Código de 1991, en cuanto condiciona la promoción de la acción penal por el Fiscal a la existencia de «indicios o elementos de juicio reveladores de la existencia de un delito,...». El art. 77º del Código de 1940, a diferencia de dicha norma, se limita a exigir –para dictar auto de apertura de instrucción– la simple afirmación por parte del denunciante o de la policía –a raíz de la vigencia de la LOMP, tal

[92] DE LA OLIVA SANTOS *et. al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 547.

[93] RÚA, Fernando de la: *Proceso y justicia*, Lerner, Buenos Aires, 1980, p. 334.

afirmación sólo puede provenir del Ministerio Público– de la posible existencia de un hecho delictivo. Sin embargo, el modelo de averiguación que instaura el nuevo Código, al diferenciar un momento específico de promoción de la acción penal sobre la base de comprobaciones preliminares, indagaciones previas o prueba preconstituida acompañada a la denuncia, procura desde ese momento vincular a una persona al proceso como posible responsable del delito, por lo que resulta necesario que se requiera *motivos bastantes* para sospechar su participación punible. Por ende, si se tiene la certeza de que no hubo participación punible, o ésta aparece como improbable –los elementos de convicción negativos son superiores a los positivos–, no podrá sometérsele a proceso. En caso de duda corresponderá la apertura de investigación [94].

[94] Cafferata Nores, José Ignacio: *La prueba en el proceso penal,* Depalma, Buenos Aires, 1988, p. 8.

CAPÍTULO XX
LA ETAPA DE INSTRUCCIÓN O INVESTIGACIÓN (II)

SUMARIO: **V.** Los actos de investigación: 1. Aspectos generales. 2. La inspección ocular. 3. La reconstrucción. 4. La revisión de personas. 5. El reconocimiento de personas. 6. El reconocimiento de cosas. 7. Las diligencias especiales. 8. La identidad del imputado y sus circunstancias personales. 9. La declaración del imputado. 10. La declaración del testigo. 11. La confrontación. 12. La pericia. 13. El documento. **VI.** Medidas instrumentales restrictivas de derechos: 1. Aspectos generales. 2. El allanamiento. 3. El registro e incautación de documentos privados. 4. El control de las comunicaciones. 5. La inspección corporal. 6. La intervención corporal. 7. El levantamiento del secreto bancario y de la reserva tributaria. 8. El secuestro o incautación y la exhibición forzosa de cosas. **VII.** Clausura de la instrucción: 1. Aspectos generales. 2. El procedimiento de conclusión sumarial en el Código de 1940. 3. El procedimiento de conclusión sumarial en el Código de 1991.

V. LOS ACTOS DE INVESTIGACIÓN

1. ASPECTOS GENERALES

En tanto que el procedimiento instructorio o preparatorio tiene como objetivo fundamental averiguar y comprobar los hechos aparentemente delictivos que conforman la *notitia criminis*, la ley regula un conjunto de actos específicos y heterogéneos de investigación, de común realización aunque no constituyen un *numerus clausus*, en orden a determinar los dos extremos de la imputación: **a)** la realidad del delito; y, **b)** la intervención del imputado como autor o partícipe en el delito, así como el aseguramiento de las responsabilidades penales y civiles.

Como es obvio, no es posible establecer una norma general que sirva de pauta al Fiscal –o al Juez en modelo del Código de 1940– en las

actuaciones que debe acordar para lograr el fin de la instrucción, dada la gran variedad de supuestos que se pueden presentar. El éxito de la investigación radica en su preparación y buen sentido. La ley procesal regula una gran variedad de diligencias instructoras, las que utilizará el Fiscal o Juez según las peculiaridades de cada caso [95].

Debemos entender por actos de investigación, enseña IBÁÑEZ Y GARCÍA–VELASCO, los que efectúa el investigador (Policía Judicial, Fiscal y Juez –este último según el modelo del Código de 1940–) para determinar la veracidad de los hechos contenidos en la *notitia criminis* y, confirmándose ésta, para concretarla en todos sus elementos subjetivos y objetivos. Para llevarlos a la práctica es necesario emplear unos medios: personas, cosas o actividades que sean hábiles para el fin aclaratorio propuesto o pretendido [96].

Como medios directos de investigación, la Ley rituaria prevé los siguientes: la inspección ocular y sus particularidades, la reconstrucción del hecho, la revisión o registro de personas, el reconocimiento de personas, el reconocimiento de cosas, las diligencias especiales (necropsia, reconocimiento médico legal y preexistencia), la identidad del imputado y sus circunstancias personales (identidad, determinación de edad, justificación de conducta, determinación de anomalía psíquica grave), la declaración del imputado (instructiva), la declaración del testigo, la confrontación, la pericia y los documentos. Paralelamente, durante la instrucción, aunque no de manera exclusiva, se llevan a cabo diversos actos de aseguramiento, tales como las medidas cautelares y las medidas instrumentales restrictivas de derechos, constituyendo estas últimas medios indirectos de investigación.

2. LA INSPECCIÓN OCULAR

Un primer momento en toda investigación, cuya historia parte del régimen inquisitivo, estriba en comprobar el delito (*inquisición general*), para luego pasar a la averiguación del autor (*inquisición especial*). Antes se decía, anota PIETRO–CASTRO Y FERRÁNDIZ, que una vez recogidos los datos sobre el hecho punible (*iudici ante omnia constare debet de delicto*), que

[95] GÓMEZ ORBANEJA / HERCE QUEMADA: *Derecho procesal penal*, cit., p. 157.

[96] IBÁÑEZ Y GARCÍA VELASCO, Miguel: *Curso de Derecho procesal penal*, Universidad de Madrid, Madrid, 1969, p. 146.

podían ser exhibidos para demostrar la existencia de aquél, se pasaba a la averiguación del autor de estos hechos, porque alguien tenía que haberlos realizado, y a la correspondiente inculpación [97].

La inspección ocular, en cuanto diligencia genérica, está regulada en los arts. 170º del Código de 1940 y 235º y 236º del Código de 1991. Este acto de investigación está íntimamente con la noción de "cuerpo del delito" y, como aclara Aragoneses Martínez, tiene por objeto el reconocimiento por el Juez –o el Fiscal en el supuesto del Código de 1991– de todo aquello que puede tener relación con la existencia y naturaleza del hecho. El Instructor –juez o fiscal– tiene una percepción directa y personal del hecho, utilizando al efecto no sólo el sentido de la vista sino todos los sentidos involucrados en la percepción de lo acontecido [98].

La inspección ocular debe realizarse siempre que el hecho investigado haya dejado vestigios materiales de su perpetración o cuando, sin dejarlos, resulte conveniente para mejor constancia, mediante la descripción de todo lo que puede relacionarse con su existencia y naturaleza [99].

Se pueden inspeccionar lugares y cosas en general. El objeto de la *inspección de lugares* son ambientes abiertos o cerrados, inmuebles en general o muebles de gran volumen o de amplias dimensiones que permitan contener variedad de cosas y, aun dentro de éstos, puede limitarse a una pieza o habitación, a un camarote o compartimiento, siendo del caso que el Instructor debe constituirse a esos locales y comprobar con sus propios sentidos las huellas o rastros que hayan quedado, como también cualquiera otra circunstancia de interés para el proceso. El objeto de la *inspección de cosas*, desde una perspectiva amplia o general comprende todo elemento material que pueda relacionarse con el hecho investigado y al cual pueda acceder directamente el instructor para observarlo. En este caso se inspecciona la cosa encontrada u obtenida en su integralidad, la cual debe ser descrita totalmente, detallándose además las huellas, rastros, anormalidades u otras circunstancias objetivas

[97] Prieto–Castro y Ferrándiz / Gutiérrez de Cabiedes: *Derecho procesal penal*, cit., p. 172.

[98] En: De la Oliva Santos *et. al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 337.

[99] Ibáñez y García Velasco: *Curso de Derecho procesal penal*, cit., p. 148.

que se adviertan en la cosa y se consideren posibles consecuencias del hecho investigado [100].

La ley procesal prescribe que, de existir vestigios o pruebas materiales del delito, deben recogerse y conservarse, sin perjuicio de la descripción de los mismos y de la escena inspeccionada. Es lo que se *denomina diligencia de recogida de armas, instrumentos, efectos y documentos*. En el caso que en la diligencia levantada por el Fiscal, en los términos del art. 236º del Código de 1991, se disponga la incautación o secuestro de los objetos útiles a la investigación, el afectado puede instar la intervención judicial para determinar su legalidad, esto es, si cabe incautarse con fines cautelares (imposición de una probable consecuencia accesoria de decomiso, de conformidad con el art. 102º de Código Penal) o con fines probatorios, si el bien está relacionado con el hecho o con la investigación y, por ende, merece que sea retenido, claro está respetando siempre el principio de proporcionalidad.

Desde el punto de la formalidad de la diligencia, corresponde levantarse un acta, consignando en ella: **a)** la descripción del lugar del delito, el sitio y estado en que se hallen los objetos que en él se encuentren; **b)** el detalle de los accidentes del terreno o situación de las habitaciones y todos lo que puede utilizarse para las partes. Eventualmente, se levantará un plano o croquis del lugar y el retrato de las personas que hubiesen sido objeto del delito, o la copia o diseño de los efectos o instrumentos del mismo que se hubiesen hallado. El art. 238º del Código de 1991 autoriza la intervención de testigos y peritos, sí como que se levanten grabaciones o fotografías de las personas o cosas vinculadas al acto procesal.

Una particularidad de inspección ocular es la prevista por el art. 107º del Código de 1991. El Fiscal, al tener conocimiento de un delito de ejercicio público de la acción penal, inmediatamente podrá constituirse al lugar de los hechos con el personal y medios especializados, y efectuar un examen con la finalidad de establecer la realidad de los hechos, levantando las actas correspondientes. Se entiende que la inspección ocular regulada en el art. 236º de dicho Código es la que se realiza en un segundo momento, en el que el dato del contradictorio es muy

[100] CLARIÁ OLMEDO, Jorge: *Tratado de Derecho procesal penal*, EDIAR, Buenos Aires, 1962, T. V, pp. 51, 52 y 55.

claro, dado que por lo general es una diligencia que tiende a convertirse, por la fuerza de las circunstancias, en un acto de prueba.

Otra modalidad especial es la diligencia denominada *"levantamiento de cadáver"*, regulada en el art. 239º del Código de 1991, norma ya vigente por imperio del Decreto Ley Nº 25825. Esta diligencia, que puede ser delegada en un Fiscal Adjunto o realizada por la propia Policía, importa describir no sólo el lugar donde se encuentra el cadáver, cuya muerte se sospecha ha sido causada por un hecho punible, sino fundamentalmente detallar, con ayuda del médico legista (perito médico adscrito al servicio de la Administración de Justicia) cómo se encuentra el cadáver y su aspecto externo (ropas, postura, lesiones visibles, etc.), a la vez que tratar de identificarlo por la documentación que pueda portar en su vestimenta, de lo contrario se dispondrá que a través de los medios científicos conocidos puede cumplirse ese paso imprescindible en toda investigación de un homicidio (huella dactiloscópica, pelmatoscópica u otras). En este acto, a través de las primeras referencias del médico legista se efectuarán no sólo las primeras incautaciones sino también se decidirá si corresponde se practique la autopsia para determinar la causa de la muerte, lo que se hará "... *cuando sea probable que se trata de un caso de criminalidad* ...".

Al respecto, la Ley Nº 26715 fija algunas excepciones cuando se trate de un fallecimiento por accidente en un medio de transporte o como resultado de un desastre natural, en que las causas del deceso sean consecuencia directa de estos hechos. En esos supuestos, producida la identificación del cadáver, se entrega a sus familiares sin necropsia, para lo cual es del caso que conste la opinión del médico legista en el sentido que refiere que el fallecimiento se debió directamente al accidente en cuestión. La necropsia se producirá cuando existan indicios que revelen que la causal del deceso es ajena al accidente o al desastre natural; también se producirá en el caso del conductor del medio de transporte siniestrado o, en los supuestos anteriores, cuando sea expresamente requerido por algún familiar.

3. La reconstrucción

Es una diligencia de naturaleza mixta, e incluso, plural, anota Alberto Cafetzóglus [101]. Consiste sustancialmente en la reproducción artifi-

[101] Cafetzóglus: *Derecho procesal penal,* cit., T. I, p. 123.

cial del hecho delictivo, o de circunstancias o episodios de éste, o también de circunstancias y episodios atinentes a ciertos medios de prueba para verificar su exactitud, posibilidad o verosimilitud [102].

La reconstrucción no está regulada en el Código de 1940. Si lo está en cambio en el Código de 1991, en sus arts. 235º *in fine* y 238º. Por medio de dicha diligencia, enseña GÓMEZ ORBANEJA, el Instructor se traslada al lugar de la comisión del delito, adoptando las medidas oportunas que su ciencia le sugiera para reproducir el hecho sobre el escenario mismo en que se ejecutó, con asistencia de los testigos y del imputado, con el fin de adquirir conocimiento seguro de la forma o veracidad o inexactitud de las declaraciones que hubieren dado los testigos y el inculpado, extendiéndose de ella la correspondiente acta [103].

El último párrafo del art. 235º del Código de 1991 señala que la reconstrucción del hecho tiene por finalidad verificar si el delito se efectuó, o pudo acontecer, de acuerdo a las declaraciones –del reo o de los testigos– y demás pruebas actuadas. Presupone, como es obvio, determinadas constancias en autos, tales como instructivas, testimoniales y algunas pericias, a efecto de contrastarlas con las versiones que obran en el expediente. Como tal, desempeña una verdadera *función de control* sobre la exactitud, posibilidad o verosimilitud de los elementos de convicción ya incorporados por la investigación; pero también se adquieren con ella, nuevos datos probatorios, que confirmarán o eliminarán los anteriores y se obtendrán verificaciones más precisas, cuando no completamente nuevas [104].

Al igual que en la inspección ocular, su actuación se somete al principio del contradictorio y de interdicción del secreto: su realización debe ser comunicada a las partes, bajo pena de nulidad. La asistencia de las partes es una garantía de eficacia del acto. También concurrirán los testigos y peritos que el caso aconseje, es decir, que tengan conocimiento del hecho que se pretende reproducir (testigos), que hayan aportado algún dato técnico necesario al proceso o que sea del caso contar con su presencia para realizar todas las operaciones científicas convenientes

[102] FLORIÁN, Eugenio: *De las pruebas penales*, Temis, Bogotá, 1976, T. II, p. 539.

[103] GÓMEZ ORBANEJA / HERCE QUEMADA: *Derecho procesal penal*, cit., p. 159.

[104] CAFFERATA NORES: *La prueba en el proceso penal*, cit., p. 152.

para una mayor eficacia de la reconstrucción. Finalmente, se levantara un acta de dicha diligencia, a la cual pueden agregarse croquis, planos, fotografías, grabaciones y películas relativas al acto procesal en referencia.

4. La revisión de personas

El art. 235º del Código de 1991 regula la revisión de personas. Señala, en su segundo párrafo, que tiene por objetivo comprobar las huellas y otros efectos materiales que el delito haya dejado en las personas. Tal revisión tiene presupuesto la existencia de motivos suficientes para presumir que en el cuerpo de una persona o en su ámbito personal presenta u oculta cosas relacionadas con el delito. Dispone el art. 237º que antes de procederse a la revisión, puede invitarse al intervenido a exhibir el objeto buscado; la revisión se practica respetando el pudor de la persona, de preferible por persona de su mismo sexo y, en caso necesario, con el concurso necesario de un profesional médico.

Una modalidad específica, pues los casos más graves se analizarán cuando se aborde el tema especial de las medidas instrumentales restrictivas de derechos, son los denominados "cacheos", esto es, el registro de una persona para saber si oculta elementos que puedan servir para la prueba de un delito. Diligencia que afecta, *prima facie*, dos derechos fundamentales del sometido: su derecho a la libertad y el de la intimidad corporal. Su objeto mediato es la identificación del delincuente, lo que conlleva el control superficial de los posibles objetos peligrosos que aquél portare [105].

La revisión puede versar sobre el cuerpo de una persona, tanto de sus partes normalmente exhibibles como de las zonas pudendas, lo que trae aparejado el escrupuloso respeto al pudor del examinado y la intervención médica. En todos estos casos, la legitimidad del acto de intervención tiene que ver con las fundadas sospechas de tenencia de bienes vinculados a la comisión de un delito.

5. El reconocimiento de personas

Este acto de investigación radica en la necesidad de individualizar a los culpables de un hecho delictivo, cuando no está determinada con

---

[105] Gil Hernández, Angel: *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*, Colex, Madrid, 1995, p. 71.

toda exactitud la persona del autor o partícipe. CAFFERATA NORES puntualiza al respecto, que el reconocimiento procederá en tres supuestos: **a)** cuando sea dudosa la identidad física de una persona; **b)** cuando haya dudas acerca de la identificación normal de una persona; y, **c)** cuando resulta necesario verificar si el que dice conocer o haber visto a una persona, efectivamente la conoce o la ha visto [106]. Persigue identificar al posible delincuente por quien ha presenciado la comisión del delito o por quien ha sido el perjudicado directo del mismo.

Desde una perspectiva técnico jurídica, explica Eugenio FLORIÁN, el reconocimiento es el acto procesal mediante el cual el Juez –nosotros diríamos "el Fiscal"– procede a determinar la identidad de una persona, valiéndose de una indicación material o del reconocimiento efectivo de otras personas. En el antiguo derecho italiano se admitía la declaración del testigo –podía ser la propia víctima– que no podía comprobarse sino mediante la inspección del reo mismo, por ejemplo cuando el testigo decía que no lo conocía de nombre, sino tan sólo de vista, o cuando lo describía por sus señales personales, en cuyo caso se le debía presentar el reo para que lo reconozca [107]. En este caso, el imputado es un mero objeto de percepción visual del observador y la diligencia está sometida a exigentes garantías.

El reconocimiento de personas es una diligencia característica de la etapa de instrucción, inidónea por lo general en la fase del juicio oral, porque su desarrollo y ejecución resultaría ya imposible. Sin embargo, el reconocimiento realizado en la instrucción –con mayor razón si se actuó en sede policial– tiene que ser ratificado de alguna forma en el juicio oral, no considerándose prueba de cargo si es que el identificador no acude al acto del juicio para declarar como testigo y ratificarse en la identificación. Esta ratificación es necesaria por la importancia del juicio oral, en donde adquieren singular relieve lo que en él acontece, dadas las notas de verosimilitud, veracidad y amparo constitucional que aquélla lleva a la luz de los principios básicos del proceso, la publicidad y la inmediación entre ellos [108].

---

[106] CAFFERATA NORES: *La prueba en el proceso penal*, cit., pp. 131–132.

[107] FLORIÁN: *De las pruebas penales*, cit., T. II, pp. 488–489.

[108] VEGA RUIZ, José Augusto de: *Proceso penal y derechos fundamentales desde la perspectiva jurisprudencial*, Colex, Madrid, 1994, pp. 59 y 64.

La diligencia de reconocimiento fue regulada inicialmente en el art. 67º del Código de 1863, cuyo desarrollo se efectuaba mediante el procedimiento de la *rueda de presos*. Este procedimiento, sin embargo, no se aceptó en los Códigos de 1920 y 1940, en cuyos arts. 110º y 146º, respectivamente, solamente exigieron que el testigo previamente al acto de reconocimiento debía describirse a la persona objeto de identificación. En el Código de 1991 se ha vuelto al sistema de *rueda de personas*, siendo de destacar que no la limita a los imputados. En efecto, el art. 234º establece, en primer lugar, que el testigo debe describir previamente a la persona aludida (*es el elemento previo y descriptivo del acto*); en segundo lugar, que, luego, se le pondrá a la vista junto con otras –por lo menos dos, dice CAFFERATA NORES [109]– de aspecto exterior semejante (el Código del siglo pasado exigía las mismas ropas que tenía el presunto delincuente cuando cometió el delito); en tercer lugar, que el reconocimiento se efectuará en presencia de todas ellas y/o desde un punto de donde no pueda ser vista; en cuarto lugar, que acto seguido se preguntará al testigo si se encuentra entre las personas que observa aquella a quien se hubiere referido en sus declaraciones y, en caso afirmativo, cuál de ellas es (*es el elemento determinante e intelectual del acto*). Esto significa, como aclara CLARIÁ OLMEDO, que el acto se cumpla por el testigo a "viva voz"; y, además, no puede practicase con reserva para los defensores de las partes [110]. El acta de reconocimiento contendrá la identificación de todos los integrantes de la rueda.

Esta diligencia, sin embargo, también puede realizarse por imágenes, más concretamente por fotografías, lo que se producirá cuando no se tiene a la vista al presunto delincuente. Esta modalidad sustitutiva de reconocimiento, practicada ante la ausencia de la persona objeto de la diligencia y siempre que se tenga fotografía de él, puede considerarse como una técnica habitual y elemental que responde a la necesidad que la investigación impone como punto de partida para una posterior identificación por medio del reconocimiento en rueda posterior. La operación confrontativa se cumplirá presentando al testigo una o más fotografías de quien deba ser identificado, acompañadas de otras semejan-

[109] CAFFERATA NORES: *La prueba en el proceso penal*, cit., p. 130.

[110] CLARIÁ OLMEDO: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. V, p. 161.

tes pero de distintas personas; ante ellas, expresará si se encuentra la imagen de la primera, y en caso afirmativo indicará cuál es, de manera clara y determinada [111].

6. EL RECONOCIMIENTO DE COSAS

Una diligencia muy similar al reconocimiento de personas es el reconocimiento de cosas, aunque sometida a menores garantías. Nos estamos refiriendo a las cosas muebles o inmuebles, animadas o inanimadas. Para estos efectos, el testigo debe, con carácter previo, describirla antes de serle presentada. A continuación, debe relatar, con la mayor aproximación posible, el lugar, el tiempo, el estado y demás circunstancias en que se hallaba la cosa cuando se realizó el hecho investigado (art. 206º del Código de 1991). El Código de 1940, en su art. 146º, exige solamente la previa descripción de la cosa por el testigo, para luego serle mostrada a fin de que la identifique. Puede reconocerse tanto la cosa en sí misma, como una cualidad de ella, a saber: el tamaño, el color, la materia de que está compuesta, la forma, etc. [112].

Es de aclarar que el art. 206º del Código de 1991, inadvertidamente, comprendió en el reconocimiento tanto a las personas cuanto a las cosas, al igual que el Código de 1940, pese a que cuando se trata de personas la regla específica es la contemplada en el art. 234º de dicho Código. Siendo así, es de tener presente que esa norma sólo ratifica la necesidad de la previa descripción de la persona a identificar y que, acto seguido, en armonía con el art. 234º, debe procederse a la rueda respectiva.

Una modalidad especial de este tipo de reconocimiento, realizado en los primeros momentos de la investigación, es el *reconocimiento de cadáveres*, que pueden realizar los testigos en general, incluidos los parientes, o el propio imputado. El art. 239º, tercer párrafo, del Código de 1991 –norma vigente–, obliga a la identificación del cadáver cuando la muerte es sospechosa de haber sido causada por un hecho punible, acto que puede hacerse no sólo por medios técnicos sino también por personas que se supone conocen a la víctima. En este último caso, la operación comparativa es relativamente simple, pues consiste en poner al tes-

[111] CLARIÁ OLMEDO: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. V, p. 166.

[112] CLARIÁ OLMEDO: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. V, p. 166 .

tigo frente al cadáver para que exprese si lo conoce, y en su caso quién es. También es posible que la víctima sea identificada por su vestimenta y otros objetos encontrados con él.

Como ya se anotó, es una diligencia que se realiza como consecuencia de la primera intervención de la Fiscalía, al serle notificada la existencia de una muerte sospechosa de criminalidad y luego de la diligencia de levantamiento de cadáver. Sin embargo, también es posible que se lleve a cabo luego de su entierro, mediante la diligencia de exhumación. El Código de 1940, en sus arts. 173º al 175º prescribía un procedimiento más detallado en orden a la determinación de las personas que podían identificar al cadáver, normas que a su vez fueron desarrolladas por el Reglamento del Servicio de Necropsias, Decreto Supremo Nº 003–69–PCM, de 28 de abril de 1969.

7. Las diligencias especiales

Bajo este rubro, el Código de 1991 agrupa un conjunto de diligencias vinculadas a la clásica noción de *cuerpo delito* en su sentido estricto, esto es, en palabras de Almagro Nosete, al "conjunto de elementos materiales y manifestaciones externas producidos directamente por el delito en las personas o en las cosas objeto del mismo" [113]. El Capítulo VII del Título V del Código en mención precisa un conjunto de diligencias de *comprobación del delito* circunscribiéndolas a infracciones penales tales como: homicidio, lesiones, aborto y contra el patrimonio. Las diligencias que comprende son: **a)** la autopsia o necropsia; **b)** el reconocimiento médico–legal en los supuestos de lesiones y aborto; y, **c)** la preexistencia.

A. La autopsia o necropsia

Esta diligencia, también denominada *pericia anatómica*, es en puridad una pericia especial destinada a determinar la causa de la muerte de una persona, así como también para determinar otras cuestiones accesorias, como la oportunidad y circunstancias del deceso, etc. [114].

---

[113] Almagro Nosete, José y Tomé Paule, José: *Instituciones de Derecho Procesal. Proceso Penal*, Trivium, Madrid, 1994, p. 203.

[114] Cafferata Nores: *La prueba en el proceso penal*, cit., pp. 80–81.

El art. 239º de Código de 1991 dispone la necropsia cuando el Fiscal, luego de la diligencia de levantamiento de cadáver, considere probable que se trata de un caso de criminalidad, a fin de determinar la causa de la muerte. El art. 109º de la Ley General de Salud, Ley Nº 26842, de 20 de julio de 1997, contiene otros supuestos, fuera del presuntamente delictivo, a cargo del Fiscal, en que también es procedente la necropsia, siendo de destacar el inc. d) de dicha norma que señala que la autoridad judicial también puede ordenar dicha pericia en los supuestos permitidos por la ley y cuando sea del caso disponerla cuando la causa se encuentra bajo su competencia.

La necropsia es realizada por los médicos–legistas del Instituto de Medicina Legal del Perú "Leonidas Avendaño" y en la respectiva Morgue Central, salvo que el Fiscal disponga su realización en otro lugar (arts. 21º y 27º del Reglamento de Necropsias). En esa diligencia pericial se practicará en presencia del Fiscal o de su Adjunto, así como de los defensores y de un perito de parte si es que lo acreditan.

El informe pericial que emiten los médicos legistas necropsiadores se denomina "protocolo de necropsia", que es la declaración de ciencia emitida por los peritos médicos como consecuencia del examen interno practicado en el cadáver, para establecer la causa de la muerte [115]. Según el art. 22º del Reglamento, la necropsia comprenderá siempre la apertura de las cavidades craneal, pectoral y abdominal; en caso necesario, a juicio del Fiscal, se extenderá, de ser posible, a la cavidad raquídea y a cualesquiera órganos que deberán examinarse detallada y metódicamente; por otro lado, si se está ante un recién nacido, se examinará si ha vivido después o durante el nacimiento, si había llegado al completo desarrollo y si nació en condiciones de viabilidad.

El protocolo de necropsia, según el art. 26º de dicho Reglamento, es redactado –siguiendo un formulario impreso– por los peritos que lo practicaron y visado por el Director de la Morgue. El informe pericial necesariamente debe constar de tres partes: la descripción externa del cadáver; el examen interno, que consiste en la apertura de las cavidades antes indicadas; y, las conclusiones, que al decir de GARCÍA RADA deben referir la naturaleza de las lesiones que ocasionaron la muerte, el ins-

[115] GARCÍA RADA: *Manual de Derecho procesal penal*, cit., p. 228.

trumento empleado, la posición del agresor y del agredido y todas las demás particularidades del hecho, especialmente si la lesión fue inferida por mano propia o por mano ajena [116]. Clariá Olmedo señala que, además, la pericia anatómica puede tender a determinar otras circunstancias ajenas a la causa de la muerte, como por ejemplo si la víctima del homicidio estaba de pie, sentada o acostada (relajación o tensión de los músculos) [117].

Una particularidad que puede presentarse en la necropsia es cuando existen indicios de envenenamiento, es decir, cuando se sospecha o comprueba que la causa de la muerte es debida a una intoxicación. En este caso, se extraerán del cadáver los líquidos y vísceras que deben guardarse en envases aparentes, cerrados y lacrados a fin de ser sometidos a una investigación toxicológica o examen químico en el Laboratorio del Instituto de Medicina Legal, "a fin de obtener una mayor certeza acerca del veneno empleado o si se trata de un envenenamiento suicida, accidental o criminal, que son los problemas fundamentales que pueden plantearse en esta clase de muerte" [118]. Estos elementos, al igual que las materias sospechosas que se encuentren fuera del cadáver o en sus alrededores, serán objeto de un informe pericial especial y complementario a la necropsia.

Los elementos extraños que se encuentren dentro del cadáver serán conservados para ser presentados en el juicio oral (art. 242º del Código).

B. El reconocimiento médico–legal

Los arts. 243º y 244º del Código de 1991 imponen a los médicos–legistas del Instituto de Medicina Legal "Leonidas Avendaño" dos exigencias, según se trate de exámenes periciales referentes a lesiones corporales y aborto.

En el primer caso –lesiones corporales– el informe pericial médico legal, de conformidad con el art. 243º del Código, debe contener: **a)** la determinación del arma o instrumentos que hayan ocasionado la lesión (*medio empleado en su comisión*); **b)** si la lesión dejó o no deformación y señal permanente en el rostro, si la lesión puso en peligro la vida, o si causó enfermedad incurable o la pérdida de un miembro u órgano (*efec-*

[116] García Rada: *Manual de Derecho procesal penal*, cit., p. 228.

[117] Clariá Olmedo: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. V, p. 37.

[118] Gómez Orbaneja / Herce Quemada: *Derecho procesal penal*, cit., p. 164.

tos de la lesión); y, **c)** en general, todas las circunstancias que conforme al Código Penal influyen en la calificación del delito. Un dato de primer orden estriba en que los médicos legistas deben indicar si la lesión fue producida por acto propio o por acción ajena. Asimismo, en mérito a una Directiva de la Presidencia de la Corte Suprema de fecha 13 de octubre de 1916, los dictámenes periciales médicos deben precisar la asistencia médica que requiere su curación y la incapacidad para el trabajo como consecuencia de la lesión [119], lo que a tenor de los arts. 121º, 122º y 441º del Código Penal permite definir si se está ante una lesión –grave o simple– o ante una falta contra el cuerpo y la salud. Además, acota GARCÍA RADA, se debe señalar –en el caso de arma de fuego– la distancia del disparo y la clase de arma utilizada [120]. Sobre este punto la Corte Suprema ha señalado que en los delitos de lesiones es imprescindible el certificado médico legal para establecer los días de incapacidad y atención médica que requiere el agraviado [121].

En el segundo caso –aborto– el informe pericial debe determinar: **a)** la preexistencia del embarazo; **b)** los signos demostrativos de la interrupción del mismo; **c)** las causas que lo determinaron; **d)** los probables autores; y, **e)** las circunstancias que sirvan para la determinación del carácter y gravedad del hecho (art. 244º del Código). Es de destacar que los peritos deben establecer el procedimiento abortivo utilizado y, de ser el caso, los instrumentos de que se han valido para la comisión delictiva. Ello permitirá concluir si sus autores son expertos en la materia, si tienen conocimientos técnicos o si son empíricos, si tienen o no experiencia.

C. La preexistencia

El art. 245º del Código prescribe que en los delitos contra el patrimonio deberá acreditarse la preexistencia de la cosa materia del delito. Los delitos contra el patrimonio tienen como objeto delictivo una cosa determinada; por consiguiente, como enseña IBÁÑEZ Y GARCÍA VELASCO, interesa concretar su existencia anterior y su posesión previa por el que

---

[119] RONCALLA VALDIVIA: *Jurisprudencia en materia procesal penal*, cit., p. 175.

[120] GARCÍA RADA: *Manual de Derecho procesal penal*, cit., p. 233.

[121] Ejecutoria suprema de 12 de agosto de 1981, Exp. Nº 1017–91, Lima (*Normas Legales*, T. 216, mayo, 1994, p. J11).

se declare perjudicado [122]. Así lo ha establecido el Supremo Tribunal en la Ejecutoria suprema de 6 de febrero de 1974 [123].

Aclara Herce Quemada [124] que la preexistencia de las cosas sustraídas se acredita por la declaración de testigos [125]. Añade Herce Quemada que esta diligencia sólo se ordenará cuando no hubiere testigos presenciales del hecho y que puede prescindirse de ella cuando el imputado hubiere confesado espontáneamente su participación en el delito o cuando no hubiere motivo para suponer que los efectos sustraídos o apropiados no sean de la pertenencia de la persona que los reclame [126].

La Corte Suprema ha establecido: **a)** que no hace falta esta diligencia instructora especial "cuando ... el acusado confiesa la sustracción y entrega las especies robadas ..." [127]; y, **b)** que tratándose de dinero, sólo basta acreditar la solvencia económica del agraviado sobre la base de elementos probatorios relacionados con su ocupación o su actividad económica [128]. Sin embargo, frente a la negativa constante y uniforme del imputado, resulta indispensable la acreditación de la preexistencia de lo robado, inclusive con prueba testimonial, pues la sola imputación de la víctima es insuficiente [129].

Finalmente, en la investigación de aquellos delitos en que el valor de los objetos delictivos es esencial para determinar la realidad del tipo penal perpetrado y la afectación al agraviado, resulta indispensable la denominada "pericia de valorización", que constituye el eje central de la denominada *diligencia de determinación del daño.* A los peritos nombra-

---

[122] Ibáñez y García Velasco: *Curso de Derecho procesal penal*, cit., p. 169.

[123] Exp. Nº 1689–73, Huánuco (*Anales Judiciales*, T. LXVI, Lima, 1974, pp. 147–148).

[124] Gómez Orbaneja / Herce Quemada: *Derecho procesal penal*, cit., p. 162.

[125] García Rada apunta que las testificales se realizan en defecto de las facturas por ser el medio idóneo por excelencia (*Manual de Derecho procesal penal*, cit., p. 257), estimando la práctica como suficiente que sean dos.

[126] Gómez Orbaneja / Herce Quemada: *Derecho procesal penal*, cit., p. 162.

[127] *Revista de los Tribunales*, 1943, Lima, p. 453.

[128] Ejecutoria suprema de 17 de mayo de 1972 (*Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1972, Lima, p. 639).

[129] Ejecutoria suprema de 25 de febrero de 1981, Exp. Nº 76–81, Lima (Taramona: *Compendio de ejecutorias supremas*, T. II, p. 35).

dos, explica ESCUSOL BARRA, debe facilitársele los casos y elementos directos de apreciación sobre que hubiere de recaer el informe y si no estuvieren a su disposición, les suministrará los datos oportunos que se pudiesen recurrir, previniéndoles en tal caso que hagan la tasación y regulación de perjuicios ponderadamente, con arreglo a los datos proporcionados [130]. El Supremo Tribunal tiene establecido que "en las instrucciones por delito contra el patrimonio se debe ordenar la valorización pericial de las cosas para establecer si se trata de delito o falta" [131].

8. LA IDENTIDAD DEL IMPUTADO Y SUS CIRCUNSTANCIAS PERSONALES

A. Identidad del imputado

Cuando exista algún tipo de cargo criminal contra una persona, sin perjuicio de determinar la realidad de la imputación que se le formula a través de la diligencia de reconocimiento en rueda, que busca establecer si la persona retenida es la misma que cometió el delito, es del caso identificarla, es decir, precisar sus nombres y apellidos completos. Para este efecto, si el reo se abstiene de proporcionar su identidad o existe duda de la información que ha proporcionado en tal sentido, se debe recurrir con tal fin a los medios científicos necesarios (levantándose las fichas dactiloscópica y antropométrica o acudiendo a las fotografías o vídeos) y a los diferentes archivos en poder de la autoridad, tales como el del Registro de Identificación Policial y el Registro Electoral del RENIEC.

La Ley impone que la primera actividad que debe llevarse a cabo ante un presunto implicado o ante un imputado, es su identificación (arts. 124º del Código de 1940 y 122º.1 del Código de 1991). La policía, con arreglo a los arts. 60º del Código de 1940 y 106º.5 del Código de 1991, está especialmente obligada a identificar al investigado. Puede ser que dicha persona alegue no ser la persona contra quien se adelanta una investigación o un proceso, en cuyo caso –de conformidad con el Decreto Supremo Nº 035–93–JUS– cabe iniciar un procedimiento auxiliar denominado "de homonimia". Este procedimiento procede cuando una persona detenida o no, tiene los mismos o similares nombres y apellidos de quien se encuentra requisitoriado por autoridad competente. En este caso, sin perjuicio de las

[130] ESCUSOL BARRA: *Manual de Derecho procesal penal*, cit., p. 351.

[131] *Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1970, Lima, p. 258.

diligencias técnicas que es del caso desarrollar, debe recabarse informe de la Dirección de Identificación Policial, de la División de Requisitorias y del Registro Electoral (arts. 3º y 4º del citado D.S.).

B. Determinación de la edad

Una circunstancia personal especialmente importante es la edad del imputado, desde que la capacidad penal se inicia a los 18 años –en cuyo caso, de conformidad con los arts. 18º del Código de 1940 y 70º del Código de 1991, procedería el corte del procedimiento penal y su remisión al Juzgado de Familia– y que entre los 18 y 21 años y más de 65 años de edad se califica la responsabilidad como restringida y es posible una sanción atenuada, según lo dispuesto en los arts. 20º.2 y 22º del Código Penal.

La edad se acredita, en principio, con las partidas de nacimiento y de bautismo –en este último caso por las disposiciones del Código Civil anterior y bajo determinados supuestos [la fecha límite, como recuerda la Ejecutoria suprema de 10 de agosto de 1972 [132], es el 14 de noviembre de 1936]– y, en su defecto, con la pericia supletoria de edad llevada a cabo por los peritos médicos legistas (Ejecutoria suprema citada líneas arriba), sin perjuicio de tomar como punto de referencia las Libretas Militar y/o Electoral, así como sus propias declaraciones y demás informaciones que pueden encontrarse en el Registro de Identificación Policial u otros.

Sobre este último punto, la Corte Suprema ha establecido que "la pericia médica de reconocimiento de edad constituye prueba supletoria, que reemplaza a la partida de nacimiento. Todo reconocimiento que es estimativo, conforme a los principios que informa la medicina legal, puede ser considerado con un margen de dos años más o dos años menos, y bajo las pautas del principio de *in dubio pro reo* debe estarse a lo que más favorezca al imputado" [133]. Además, ha precisado que, ante las dudas acerca de la edad del imputado, si es menor de edad o sujeto de responsabilidad restringida, resulta necesario –bajo sanción de nulidad– obtener la partida de nacimiento u ordenar el reconocimiento médico de edad [134].

---

[132] *Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1972, Lima, p. 218.

[133] Ejecutoria suprema de 16 de agosto de 1967 (*Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1967, Lima, p. 828).

[134] Ejecutoria suprema de 10 de enero de 1959 (*Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1959, Lima, pp. 138–141).

C. Justificación de la conducta

Estas diligencias, apunta ARAGONESES MARTÍNEZ, más que aportar datos para la averiguación del delincuente tienden a perfilar la personalidad del inculpado, como criterio corrector, en su caso, de la pena que pudiera imponerse [135].

Constituye práctica uniforme de los órganos jurisdiccionales requerir los antecedentes penales, judiciales, carcelarios y, en algunos casos, los policiales del imputado. Estos antecedentes servirán no sólo para medir la pena en su oportunidad, sino también para decidir alguna medida cautelar o contracautelar o para entablar alguna cuestión de competencia (acumulación por conexión, contienda, etc.).

Por otro lado, también pueden solicitarse o realizarse otros actos de instrucción que ayuden a perfilar la personalidad del procesado y, en su momento, para comprender o motivar la génesis de los hechos [136]. El art. 138º.2 del Código de 1940 permite, por ejemplo, el testimonio de testigos de probidad y buena conducta.

D. Determinación de anomalía psíquica grave

La salud mental del imputado es un elemento sustancial para la continuidad o el resultado final del proceso penal. En efecto, si la anomalía psíquica grave es anterior al delito, determina la falta de capacidad mental (art. 20º.1 del Código Penal); en cambio, si la anomalía psíquica grave es sobrevenida, obliga a la suspensión de la acción penal hasta que el imputado recupere su salud mental (art. 72º del Código de 1991).

En ambos casos, resulta imprescindible la realización de una pericia psiquiátrica. Al respecto, el Juez –de oficio o a pedido de alguna de las partes procesales– en tanto advierta indicios de que el imputado adolece de anomalía psíquica grave, dispondrá la realización de una *pericia psiquiátrica* (el art. 189º del Código de 1940 permite, como regla especial, que el defensor y el Fiscal Provincial acrediten un perito de parte, mientras que el art. 222º del Código de 1991 lo permite como regla general aplicable a toda pericia). Se trata de un acto procesal que el Código

[135] En: DE LA OLIVA SANTOS *et. al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 360.

[136] IBÁÑEZ Y GARCÍA VELASCO: *Curso de Derecho procesal penal*, cit., p. 167.

de 1991, por su importancia, le otorga carácter jurisdiccional y, por tanto, no puede realizar el Fiscal como un acto propio de investigación. En consecuencia, si el Fiscal advierte la posible presencia de una anomalía psíquica grave remitirá al Juez la respectiva solicitud de iniciación de un procedimiento especial propio del sumario judicial para definir el estado mental del imputado y decidir lo que corresponda: internación como medida procesal de seguridad y elevación del proceso al Superior Tribunal para la instauración del correspondiente *"procedimiento de seguridad"*. El Juez, por imperio del art. 314º, primer párrafo, del Código de 1991, previo traslado a las partes, dará inicio al citado procedimiento especial.

Si el informe médico psiquiátrico, ordenado por el Juez Penal, determina la realidad del padecimiento psíquico del imputado, la autoridad judicial, previa diligencia de ratificación o examen pericial practicada con asistencia de las partes (art. 168º del Código de 1940) y respectiva vista fiscal (art. 95º.4 de la LOMP), decidirá lo conveniente. La resolución judicial tendrá un diferente contenido si la anomalía psíquica grave es anterior o posterior al delito objeto del proceso penal.

En el *primer supuesto*, se sobreseerá la causa y, de ser el caso –existencia de peligrosidad criminal en las condiciones fijadas en los arts. 72º y 73º del Código Penal– se impondrá al inculpado la medida de seguridad que corresponda, para lo que se requiere, por imperio del principio de necesariedad del proceso, que se lleve a cabo el juicio oral (*"Procedimiento de Seguridad"*), tanto más si el art. 285º del Código de 1940 estipula que ésta se impone al expedirse sentencia, lo cual requiere juicio oral y, como es obvio, previa acusación fiscal, de ahí que resulte censurable imponer, sin más, una medida de seguridad privativa de libertad en el curso de la etapa intermedia y por un auto [137].

En el *segundo supuesto*, se dispondrá la suspensión del procedimiento hasta que el imputado esté en condiciones de soportar las exigencias de un proceso penal (arts. 189º–191º del Código de 1940 y 71º–74º del Código de 1991).

En ambos casos el internamiento del enfermo mental debe hacerse en nosocomios nacionales. No cabe que sean internados en centros hos-

[137] Ejecutoria suprema de 28 de mayo de 1960 (Roncalla Valdivia: *Jurisprudencia en materia procesal penal*, cit., pp. 202–204).

pitalarios o clínicas que se encuentren en el extranjero, porque ello " _ importa la ineficacia de la ley y de las resoluciones de los tribunales nacionales en un caso sometido a su jurisdicción, la que no podría extenderse fuera de las fronteras de la república" [138].

9. LA DECLARACIÓN DEL IMPUTADO

La declaración del imputado cuando se realiza ante el Juez Penal –en el caso del Código de 1940– o ante el Fiscal Provincial –en el caso del Código de 1991– puede definirse como la "*manifestación de conocimiento emitida por el sujeto pasivo del proceso penal en la fase del sumario* [instrucción o investigación]". No obstante que es posible que el imputado sea sometido a interrogatorio en el momento preliminar de la investigación, siempre resulta indispensable dicha declaración luego del auto de apertura de instrucción o de aprobación judicial de la promoción de la acción final por el Fiscal (momento de investigación formal) [139].

Contemporáneamente, la declaración del imputado participa de la doble condición de ser medio de investigación y medio de defensa [140]. En tanto *medio de investigación*, se impone al Juez o al Fiscal su realización frente a quien resulte imputado de la comisión de un delito a fin de indagarlo acerca de los cargos que se le formulan en su contra por su presunta participación en el hecho punible, en cuyo caso procede dictar las medidas coercitivas necesarias para lograr la presencia del procesado ante la autoridad, al punto que no sólo cabe su conducción compulsiva sino, en su momento, su detención y ulterior declaración de ausencia (arts. 67º, 144º y 247º del Código de 1991). En tanto *medio de defensa* el imputado debe ser previamente informado de los cargos, tiene derecho a designar o a que se le designe de oficio Abogado para que lo asesore y lo asista en el acto de su declaración, a la vez que tiene derecho a guardar silencio (arts. 139º.14 de la Constitución, 8º.2.'g' de la Convención Americana de Derechos Humanos, y 68º y 118º del Código de 1991). Este momento sirve, además, para dar oportunidad y permitir que el imputado sea oído por el

---

[138] Ejecutoria suprema de 22 de marzo de 1960, Exp. Nº 672–59, Lambayeque (RONCALLA VALDIVIA: *Jurisprudencia en materia procesal penal*, cit., pp. 199–201).

[139] ARAGONESES MARTÍNEZ, en: DE LA OLIVA SANTOS *et. al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 340.

[140] ESCUSOL BARRA: *Manual de Derecho procesal penal*, cit., p. 369.

Fiscal. Gómez Orbaneja refuerza el carácter de medio de defensa porque su declaración le brinda la oportunidad de aportar elementos que hagan desaparecer la sospecha que sobre el mismo pesa [141].

Giovanni Leone, que insiste en que el interrogatorio del imputado no es un medio de prueba, toda vez que no está previamente dispuesto para asegurar elementos de prueba, precisa que dicho acto tiene dos funciones: **a)** visto a *parte iudicis*, tiende a asegurar la identificación del imputado y la atribución de la imputación; y, **b)** visto a *parte rei*, tiende a garantizarle la defensa [142]. Esto último permite sostener que, a menos que el Instructor no haya declarado formalmente el secreto de la investigación, no es posible negar al imputado el acceso previo al expediente, puesto que tal limitación vulnera el contenido esencial del derecho de defensa y produce indefensión material, pese al expreso mandato contenido en el art. 8º.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Tal lesión se materializa al impedirse un conocimiento previo de los cargos, que incluyen las pruebas que amparan la promoción de la acción penal, y al no concederse al imputado el tiempo suficiente para preparar una respuesta a los mismos. Considerar, como algunos creen, que se satisface la exigencia constitucional al cumplirse con la intimación de cargos en el acto de la instructiva, importa a nuestro juicio negar en los hechos la posibilidad de una contradicción efectiva e impedir una adecuada respuesta a la imputación, que por lo general requiere un tiempo razonable de preparación.

Es de insistir que en la indagatoria o instructiva, el imputado tiene la posibilidad de proponer aquellos elementos o datos probatorios que estime útiles a su defensa [143].

En el momento de la declaración sobre el hecho, puede efectuarse una diligencia de reconocimiento de todos o parte de los objetos que constituyen el cuerpo o el instrumento del delito y que al efecto se le presentarán para que los reconozca (art. 128º del Código de 1940), a la vez que interrogarlo sobre la procedencia, destino, razón de haberlos

---

[141] Gómez Orbaneja / Herce Quemada: *Derecho procesal penal*, cit., p. 188.

[142] Leone: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. II, pp. 250–251.

[143] Cafferata Nores, José: *Introducción al Derecho procesal penal*, Marcos Lerner–Editora Córdoba, Córdoba, 1994, pp. 129–130.

encontrado en su poder y, en general, cualquier otra circunstancia que conduzca al debido esclarecimiento de los hechos.

El reconocimiento de la incoercibilidad del imputado y de su condición de sujeto de derechos se ha visto plasmado en una serie de regulaciones. En *primer lugar,* al proscribir el juramento a los imputados, exigiéndose solamente que digan la verdad y comunicándoles los beneficios que ello puede acarrearle [144]. En *segundo lugar,* al rechazar las preguntas ambiguas, capciosas o sugestivas y prohibir cualquier medio de coacción y amenaza (arts. 132º del Código de 1940, y 121º y 124º del Código de 1991). En *tercer lugar,* al procurar que mantenga la serenidad de juicio, suspendiendo para nueva fecha el interrogatorio (art. 124º *in fine* del Código de 1991). En *cuarto lugar,* al reconocer que la declaración es un derecho del imputado y que si se niega a hacerlo la diligencia no puede continuar (art. 123º *in fine* del Código de 1991), lo que por imperio de lo dispuesto en el art. 8º.2.'g' de la Convención Americana de Derechos Humanos, aplicable por disposición de la Cuarta Disposición Final de la Constitución, permite considerar abrogada el art. 127º del Código de 1940, que ante el silencio del imputado se autoriza al Juez a manifestarle que puede ser tomado como indicio de culpabilidad.

La asistencia letrada es considerada como un supuesto de defensa necesaria en el Código de 1991 (art. 118º). Sin embargo, en el art. 121º del Código de 1940 se trata de un derecho renunciable, siempre que el imputado sepa leer y escribir y sea mayor de edad. En tanto la instructiva, fundamentalmente, es un acto de defensa material del imputado, y frente a una imputación hecha valer por el Ministerio Público resulta forzoso concluir que resulta indispensable la asistencia del defensor en esa acto, pues de lo contrario no puede ser considerado un acto válido para sustentar –entre otros elementos probatorios– una sentencia condenatoria. Es de recordar que el art. 72º del Código de 1940, modificado por la Ley Nº 24388, sólo otorga determinado valor a la manifestación policial si en ella estuvo presente el Fiscal y, además, el defensor del implicado.

---

[144] Esta exención del juramento, anota GÓMEZ ORBANEJA, tiende a evitar el peligro que supondría poner al procesado en la alternativa de verse obligado a declarar en contra suya o incurrir en perjurio (GÓMEZ ORBANEJA / HERCE QUEMADA: *Derecho procesal penal,* cit., p. 189).

La declaración instructiva se recibe en el local del Juzgado o de la Fiscalía, según se trate del Código de 1940 o del Código de 1991, salvo que pueda realizarse en el Establecimiento Penal si es que se hubiera dictado mandamiento de detención en contra del imputado. Esta diligencia se toma inmediatamente de que el imputado es puesto a disposición del Juzgado o Fiscalía respectiva, antes de las veinticuatro horas (arts. 123º del Código de 1940 y 120º del Código de 1991). La instructiva, a su vez, puede ser tomada cuantas veces resulte necesaria al éxito de la investigación (art. 135º del Código de 1940); sin embargo, en cuanto medio de defensa, el imputado tiene derecho a solicitar que su declaración sea ampliada, de suerte que el Fiscal está obligado a acordarla sólo si el tema de la ampliación guarda relación con el proceso (art. 126º del Código de 1991). En lo que respecta a la forma, las preguntas y sus respuestas han de ser directas y orales. El imputado, no obstante ello, puede valerse para contestar de notas o apuntes cuando el caso lo amerite. Si el imputado desconoce el idioma castellano, en la diligencia intervendrá un intérprete (arts. 137º del Código de 1940 y 131º del Código de 1991. En el caso de los mudos, sordos y sordomudos, el art. 130º del Código de 1991 fija el procedimiento respectivo.

Corresponde al imputado dictar personalmente las respuestas, salvo que el Juez o el Fiscal considere que no tiene capacidad para ello (art. 129º del Código de 1940). El íntegro de la declaración instructiva se documentará en un acta, la cual será firmada por los asistentes previa lectura de su tenor por el imputado o su defensor; si el imputado se niega a firmar, se dejará constancia de esa abstención y se registrará el motivo de esa negativa si es que lo expresare (art. 123º *in fine* del Código de 1991).

10. La declaración del testigo

Testigo es la persona que hace ante la autoridad un relato libre y mediato de hechos relacionados con la investigación del delito o "de hechos antecedentes, coetáneos o subsiguientes a los acontecimientos delictuosos" [145]. Cuatro son los elementos referidos al testigo, anota Eugenio Florián [146]: a) es una persona física: b) a quien se le ha citado al proceso penal; c) a decir lo que sepa acerca del objeto de aquel; y, d) con el fin de

[145] García Valencia, Jesús Ignacio: *Las pruebas en el proceso penal*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1996, p. 135.

[146] Florián: *De las pruebas penales*, cit., T. II, p. 83.

establecer una prueba, esto es, con el fin de suministrar elementos de prueba. El testigo puede haber presenciado los hechos –testigo presencial– o puede haber tenido noticia de ellos por otros medios –testigo referencial–. Lo que la ley exige al testigo es que declare lo percibido; no le está permitido expresar los conceptos u opiniones que personalmente tenga sobre los hechos y responsabilidades (art. 197º *in fine* del Código de 1991).

En principio, todos están obligados a concurrir ante el llamado de la autoridad, previa citación, y a declarar oralmente cuanto supiesen sobre los hechos, en virtud del deber genérico que toda persona tiene de prestar auxilio a la Administración de Justicia. El *deber de concurrir* a la citación del Fiscal se excepciona en dos supuestos: a) en el caso de miembros del Cuerpo Diplomático, que declaran por escrito si es que están llanos a testimoniar (arts. 149º del Código de 1940 y 209º del Código de 1991); y, b) en los casos de Altos Dignatarios, que declaran a su elección en su domicilio o en su despacho (arts. 148º del Código de 1940 y 208º del Código de 1991). El *deber de declarar* se excepciona en dos supuestos: a) de parentesco y convivencia; y, b) de aquellas personas que están sujetas al secreto profesional, tales como eclesiásticos, médicos, abogados, periodistas, etc. (arts. 141º del Código de 1940 y 203º del Código de 1991). En este último caso, debe advertírseles que tienen el derecho para rehusar a prestar testimonio en todo o en parte.

El incumplimiento al deber de comparecencia puede determinar el procesamiento penal por delito de desobediencia a la autoridad, una vez que la conducción compulsiva no pueda ser efectivizada. En tal virtud, los arts. 140º del Código de 1940 y 200º del Código de 1991 imponen al superior jerárquico y al empleador del testigo a facilitar, bajo responsabilidad, la concurrencia del mismo el día y horas en que es citado. Por otro lado, si el testigo se niega a declarar, pese a no encontrarse en los supuestos de excepción, también incurre en el delito de desobediencia a la autoridad, previsto y sancionado en el art. 368º del Código Penal. La Corte Superior de Lima confirmó lo expuesto precedentemente al dejar sentado que: "La resistencia de un testigo de comparecer ante la autoridad para el esclarecimiento de un hecho, constituye el tipo penal previsto en el art. 368º del Código Penal" [146 *bis*].

[146 *bis*] Ejecutoria Superior de Lima, de 29 de octubre de 1997, Exp. Nº 4234-97-B (LA ROSA GÓMEZ DE LA TORRE, Miguel: *Jurisprudencia del proceso penal sumario, 1997*, Grijley, Lima, 1999, p. 469).

Serán llamados como testigos aquellos que según el Fiscal o el Juez pueden aportar alguna información relevante o útil a la investigación. El número de testigos queda librado a criterio del Juez o Fiscal (arts. 138º *in fine* del Código de 1940 y 198º del Código de 1991). Obviamente, ante una solicitud de declaración testifical de las partes, su negativa sólo será razonable en la medida que sea un testimonio impertinente, excesivo, inútil o inconducente (art. 191º *in fine* del Código de 1991).

El lugar del testimonio es, por lo general, el local del Juzgado o de la Fiscalía, según el caso. Empero, la ley contempla tres casos especiales: **1.** El testimonio de los Altos Dignatarios, que como se señaló declaran en su domicilio o en su despacho, a su elección. **2.** El testigo que domicilia fuera de la competencia de la Fiscalía, que puede declarar mediante exhorto y, en caso de urgencia, mediante otro medio técnico idóneo al caso [pliego interrogatorio mediante fax, grabación, etc.] (arts. 151º del Código de 1940 y 210º del Código de 1991). **3.** El testimonio de urgencia del testigo enfermo o imposibilitado de comparecer, en cuyo caso se tomará en el lugar donde se encuentra (arts. 147º del Código de 1940 y 207º del Código de 1991). La declaración del testigo, mediante exhorto sólo se toma exepcionalmente; procede, señala el Supremo Tribunal, cuando la testimonial no sea de importancia para los fines del proceso y el testigo domicilia en otro lugar [147].

El testigo debe deponer a viva voz. En cuanto a la estructura de la testimonial, en primer lugar, el testigo debe responder a las preguntas vinculadas a su identificación y a sus relaciones con el imputado, el agraviado o cualquier otra persona interesada en la causa (*generales de ley*). A continuación, se le hará la advertencia de que debe declarar la verdad, en forma clara y objetiva, a la vez que se le tomará juramento o exigirá promesa de declarar la verdad (*advertencias y juramento*). Seguidamente, se le invitará a que relate ordenadamente los hechos que conozca y la actuación de las personas que le conste tengan relación con el delito investigado (*declaración sobre el hecho*). Finalmente, contestará las preguntas que le formule el Fiscal y los abogados de las partes, quienes están autorizados a presenciar e intervenir en esta diligencia (arts. 145º del Código de 1940 y 202º del Código de 1991). Si el testigo es mudo, sordo o

[147] Ejecutoria suprema de 20 de agosto de 1932, Exp. Nº 852–32, Lambayeque (Roncalla Valdivia: *Jurisprudencia en materia procesal penal*, cit., pp. 115–117).

sordo mucho declarará por escrito, salvo el sordo que responderá oralmente; empero, si el sordo no sabe leer o el mudo no sabe escribir, intervendrá en la diligencia un intérprete (art. 205º del Código de 1991). Toda la testimonial será documentada en un acta, que transcribirá íntegramente las preguntas y las respuestas, la cual será firmada por los asistentes.

Una modalidad especial de testimonial es la declaración de la víctima o del lesionado o agraviado, que el art. 143º del Código de 1940 denomina "preventiva". El ofendido en el proceso penal permanece especialmente como una persona que suministra informes sobre los hechos que le causaron daño, y por esto se convierte en testigo, del cual no se puede prescindir [148]. En tal virtud, los Códigos le dan el tratamiento procesal de testigos, pues deben ser examinados en la misma forma que ellos (arts. 143º del Código de 1940 y 212º del Código de 1991), aunque por razones obvias no pueden ser objeto de tacha, situación que está reservada a los terceros a quienes se les impone el deber de imparcialidad y respecto de los cuales, presentada la tacha (que no impide el testimonio), es del caso indagar sobre la realidad de los motivos aducidos (arts. 156º del Código de 1940 y 196º del Código de 1991).

El Código de 1940, siguiendo el modelo francés, autoriza al Juez Instructor a permitir que el inculpado por sí mismo, o por medio de su defensor, pueda presenciar la declaración de todos o de algunos de los testigos. El juez en este caso debe expedir una resolución fundada en este caso, la cual es susceptible de apelación ante el Superior Tribunal. La Corte Suprema, bajo una perspectiva restrictiva, sostiene que a esta diligencia no puede concurrir la parte civil, por sí o por medio de sus representantes, al no estar prevista su asistencia en el art. 157º del Código de 1940 [149]. Llama la atención que sustente su negativa en el principio de reserva de la instructiva, cuando en rigor tal limitación sólo puede entenderse como el reconocimiento que los actos de investigación, a diferencia de los actos de prueba, se configuran bajo una óptica de contradicción limitada [150].

---

[148] FLORIÁN: *De las pruebas penales*, cit., T. II, p. 68.

[149] Ejecutoria suprema de 10 de setiembre de 1972, Lambayeque (*Anales Judiciales*, T. LXIV, Lima, 1972, pp. 114–115).

[150] Ejecutoria suprema de 13 de octubre de 1993, Exp. Nº 343–93, Lima (*Normas Legales*, T. 232, setiembre, 1995, pp. J23–J25).

Esta excepcionalidad, que sin duda limita el contradictorio, ha sido eliminada del Código de 1991, cuyo art. 211º prescribe que a la declaración de los testigos pueden concurrir los abogados del imputado, del actor civil y del tercero civil, quienes formularán directamente sus preguntas. Esta fórmula, si bien no permite la presencia del propio imputado, por las perturbaciones que puede ocasionar en un testigo, en cambio impone como regla obligatoria, sin posibilidad de exclusión, la concurrencia de los abogados de las partes, respecto de los cuales no existe motivo razonable que justifique impedir que presencien e interroguen al testigo.

11. La confrontación

Los arts. 130º y 155º del Código de 1940, y 125º y 213º del Código de 1991, prevén la posible confrontación entre el imputado y sus coimputados o los testigos, incluyendo al agraviado, así como entre testigos en el solo caso del Código de 1991. El presupuesto común para la realización de esta diligencia es que existan contradicciones entre las declaraciones prestadas por ellos y, por consiguiente, para el debido esclarecimiento de los hechos, resulta necesario oírlos.

El careo o confrontación es un acto procesal en virtud del cual el Instructor "reúne ante sí, unas en presencia de otras, a diversas personas que en los interrogatorios o en las declaraciones rendidas antes se manifestaron en desacuerdo sobre puntos que se consideran importantes". Como tal, precisa Eugenio Florián, "sirve para disipar o para poner en relieve y concretar dudas y contradicciones en los testimonios de distintas personas" [151].

Si bien no hay límites para la realización de actos de investigación durante la etapa de instrucción, es de considerar que esta diligencia es más adecuada en la etapa del juicio oral, por su lógica de inmediación y posibilidad de controversia. En tal virtud, este acto procesal debe ser excepcional en la instrucción y aplicarse con mucha prudencia y sólo en la medida en que no existan otros actos de investigación idóneos para comprobar la existencia del delito o la culpabilidad del imputado. Los presupuestos de su admisibilidad, señala Eduardo de Urbano Castrillo, son: la existencia previa de declaraciones, la discordancia entre éstas, que el hecho sea de interés para el proceso y que no haya otro medio de prueba,

[151] Florián: *De las pruebas penales*, cit., T. II, p. 529.

dada su excepcionalidad [152]. Ello significa que la confrontación, al decir de Francisco RAMOS MÉNDEZ, esta regulada como una diligencia residual, que se practica a falta de otro medio de averiguación [153].

La ley nacional no fija el procedimiento específico que se debe seguir para la diligencia de confrontación. La práctica judicial y el derecho comparado estructuran esta diligencia, bajo la siguiente estructura: en primer lugar, luego de hacer prestar juramento a los que hubieran de ser confrontados, salvo el imputado, el Secretario leerá a los confrontados, en lo pertinente, las declaraciones que se reputen contradictorias, lectura que proporcionará la base para la discusión; en segundo lugar, una vez que se ha precisado las discrepancias, se les llamará la atención a fin de que se reconvengan o traten de ponerse de acuerdo. Éstos se preguntarán recíprocamente, harán o pedirán aclaraciones, invocarán detalles para ayudar a la memoria del otro, o, directamente, se tildarán de mentirosos [154].

12. LA PERICIA

Los arts. 160º del Código de 1940 y 215 º del Código de 1991 disponen el nombramiento de peritos cuando sea necesario para la explicación y mejor comprensión de algún hecho importante que requiera conocimientos especializados de naturaleza científica, técnica, artística o de experiencia calificada. El objeto de la pericia son pues "los hechos para cuya incorporación al proceso o su interpretación se requieran conocimientos especiales de carácter científico, técnico o artístico. Se nombra peritos para ... coadyuvar al Fiscal en la búsqueda de la verdad" [155].

Un caso típico de necesidad de pericia, a juicio del Tribunal Supremo, se presenta en el delito de peculado, en el que la pericia contable es la que precisa si existe o no la infracción [156]. De igual manera, en el

---

[152] URBANO CASTRILLO, Eduardo de: *La prueba ilícita penal*, Aranzadi, Madrid, 1996, p. 132.

[153] RAMOS MÉNDEZ: *El proceso penal. Tercera lectura constitucional*, cit., p. 217.

[154] CAFFERATA NORES: *La prueba en el proceso penal*, cit., p. 164.

[155] GARCÍA VALENCIA: *Las pruebas en el proceso penal*, cit., pp. 129 y 131.

[156] Ejecutoria suprema de 8 de marzo de 1993, Exp. Nº 187–92–A, Cuzco (*Normas Legales*, T. 238, marzo, 1996, pp. J30–J31).

delito de tráfico ilícito de drogas, es imprescindible contar con la pericia química para determinar la cantidad y grado de pureza de la droga incautada [157] y para saber si lo incautado constituye elemento para la fabricación de drogas [158]; mientras que en el delito de contrabando se requiere las pericias de aforo, avalúo y liquidación para determinar el valor de la mercadería (y el monto de los tributos dejados de percibir por el fisco) [159]. En el delito de violación de menor, asimismo, se requiere determinar la edad cronológica de la víctima, de suerte que a falta de partida de nacimiento, corresponde realizar una pericia médica supletoria de edad [160]. La Corte Superior de Lima ha establecido, en el caso de delitos monetarios, la necesidad de la pericia grafotécnica (*sic*) para determinar la falsedad de los billetes incautados [160 *bis*].

Dos son los peritos que por lo general son nombrados para la realización del informe o dictamen pericial (arts. 161º del Código de 1940 y 217º del Código de 1991); la Corte Suprema ha señalado que si se expide sentencia condenatoria con un certificado médico legal expedido por un solo perito médico, quien además no ha sido examinado por el Instructor, el fallo debe ser anulado [161].

El nuevo Código precisa que la labor pericial también puede cumplirse por personas jurídicas especializadas en la materia objeto de la pericia; igualmente, prescribe que –en principio– esta tarea corresponde ser realizada por los Cuerpos Especializados en Criminalística de la Policía Nacional, por el Instituto de Medicina Legal, por el Sistema Na-

---

[157] Ejecutoria suprema de 16 de marzo de 1993, Exp. Nº 493–92–A, La Libertad (*Normas Legales*, T. 241, junio, 1998, pp. J24–J25).

[158] Exp. Nº 1367–79, Junín (TARAMONA: *Compendio de ejecutorias supremas*, T. II, pp. 72–73).

[159] Ejecutorias supremas de 25 de marzo de 1993, Exp. Nº 3057–92, Lima (*Normas Legales*, T. 241, junio, 1996, pp. J25–J26); y de 11 de noviembre de 1993, Exp. Nº 146–93–B (*Normas Legales*, T. 234, noviembre, 1995, pp. J42–J43).

[160] Ejecutoria suprema de 27 de enero de 1994, Exp. Nº 3235–93, Junín (*Normas Legales*, T. 242, julio, 1996, pp. J16–J17).

[160 *bis*] Ejecutoria Superior de Lima de 18 de diciembre de 1997, Exp. Nº 2415-97 (LA ROSA GÓMEZ DE LA TORRE: *Jurisprudencia del proceso penal sumario, 1997*, cit., p. 447).

[161] Ejecutoria suprema de 28 de agosto de 1995, Exp. 1964–94–B, Piura (*Normas Legales*, T. 247, diciembre, 1996, p. A18).

cional de Control y por los demás organismos técnicos del Estado. También menciona a las Universidades, Institutos Superiores y Organismos técnicos públicos o privados (en concordancia con los arts. 216º y 91º, segundo párrafo). De igual manera, el art. 275º del TUO de la LOPJ precisa que se puede solicitar de oficio a las instituciones profesionales que emitan informes ilustrativos o peritajes sobre asuntos específicos.

En defecto de dichas entidades, se nombrará dos peritos, pero en caso de urgencia puede nombrarse uno solo; *urgencia* que debe entenderse cuando no hubiese más de uno en el lugar y no fuere posible esperar la llegada de otro sin graves inconvenientes para la secuela de la instrucción. La designación pericial debe ponerse en conocimiento de las partes, a la vez que debe precisarse el punto o problema sobre el que incidirá la pericia (arts. 218º y 219º del Código de 1991). Dicha determinación delimita el elemento probatorio que debe introducirse por la pericia, al cual debe referirse el dictamen, agotándolo si fuere posible [162].

El perito debe ser imparcial e independiente, lo que le da fiabilidad a la pericia que emita. Además, debe cumplir con una garantía de capacidad, aunque la ley procesal penal no precisa requisitos especiales como título profesional o matrícula en un órgano del sistema judicial. Ciertas leyes, sin embargo, circunscriben la labor pericial a determinadas profesiones, tales como la pericia contable para el caso de los Contadores Públicos Colegiados (Ley Nº 13253). El art. 268º del Código Procesal Civil encarga al Consejo Ejecutivo del Poder Judicial o al Consejo Ejecutivo Distrital la formulación anual de la lista de los especialistas que podrán ser nombrados peritos en un proceso, tomando como base la propuesta alcanzada por cada colegio profesional. Sólo cuando no haya nóminas, se puede nombrar peritos libremente, siguiendo las disposiciones del Código (art. 277º de la LOPJ).

El perito, a fin de librarlo de toda sospecha de parcialidad, está obligado a excusarse cuando concurren los supuestos de vinculación de parentesco con el imputado y de secreto profesional cuando en el ejercicio de su cargo se le hubiere confiado algún secreto. En caso contrario, podrá ser tachado por las partes, tacha que no impide la presentación del informe pericial (arts. 165º del Código de 1940 y 220º del Código de

[162] CLARIÁ OLMEDO: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. V, p. 119.

1991). Otra forma de apartar a un perito nombrado es por medio de la subrogación, que en el Código de 1991 requiere que demuestre negligencia en el desempeño de la función.

El perito tiene derechos y deberes procesales puntuales. En *primer lugar,* tiene el derecho de acceder al expediente a fin de recabar las informaciones que estime conveniente para el cumplimiento de su cometido. En *segundo lugar,* tiene el deber de aceptar el cargo, lo que presupone el imperativo de comparecer y de quedar eximido del encargo si adolece de alguna causal de impedimento. En *tercer lugar,* tiene la obligación de prestar juramento o promesa de honor de desempeñar el cargo con verdad y diligencia (salvo el caso de peritos integrantes de organismos públicos, en que el juramento previo no se exige porque ya lo hicieron al asumir la función), incurriendo en responsabilidad penal si falta a la verdad o pudiendo ser subrogado si es que actúa con negligencia en el desempeño de su función. En *cuarto lugar,* tiene la obligación de desempeñar fielmente el cargo; en consecuencia: **a)** actuará con sometimiento a las directivas que le imparte el Instructor; **b)** observará las disposiciones legales que reglamentan su accionar; **c)** limitará su actividad a comprobar lo que es indispensable a los fines de la apreciación científica o técnica requerida y se abstendrá de emitir juicio respecto a la responsabilidad o no responsabilidad penal del imputado en relación con el hecho delictuoso materia del proceso (art. 223º del Código de 1991); y, **d)** presentará oportunamente el informe pericial. En *quinto lugar,* tiene la libertad para evacuar los puntos sometidos a su examen mediante las operaciones que crea convenientes y con los métodos que le parezcan apropiados. En *sexto lugar,* si no es un perito al servicio del Estado, tiene el derecho a cobrar honorarios por su actuación (art. 161º del Código de 1940); al respecto, el art. 229º del Código de 1991 señala que el Fiscal fijará prudencialmente los honorarios de los peritos que no sean servidores públicos, los mismos que serán cubiertos con fondos del Estado.

El informe pericial está sujeto a requisitos legales específicos. El art. 224º del Código de 1991 dispone que el informe debe contener siete requisitos: **1.** Identificación de los peritos. **2.** Descripción de la situación o estado de hecho, sobre el que se efectuó el peritaje. **3.** Exposición de lo comprobado en relación al encargo. **4.** Motivación o fundamentación del examen técnico. **5.** Indicación de los criterios científicos o técnicos, métodos y reglas utilizadas en el examen pericial. **6.** Conclusiones. **7.** Fecha, sello y firma. En caso que los peritos discrepen entre sí, cada uno

deberá presentar su pericia y el Fiscal promoverá una diligencia de debate pericial, con citación de los abogados de las partes (art. 226º del Código de 1991). Si el informe o dictamen pericial resulta insuficiente, el Fiscal podrá ordenar su ampliación o renovación por los mismos peritos o por otros (art. 227º del Código de 1991).

Una vez presentado el informe pericial, debe el juez examinar a los peritos, en una diligencia especial que el Código de 1940 denomina "*diligencia de entrega y ratificación pericial*" (art. 167º). Es una diligencia obligatoria. Al respecto la jurisprudencia suprema es contundente. Así tenemos: **1.** Que la falta de examen de los peritos es causa de nulidad de todo lo que se actúe con posterioridad a esa omisión, puesto que dicha diligencia es de carácter esencial e imprescindible; sólo su realización da autenticidad a la prueba [163]; se trata de un elemento esencial para sustentar una sentencia condenatoria [164]. **2.** Que es nula la sentencia condenatoria basada únicamente en un peritaje no ratificado [165].

El interrogatorio de los peritos, precisa el art. 228º del Código de 1991, se orientará a obtener una mejor explicación sobe la comprobación que hayan efectuado respecto al objeto de la pericia, sobre los fundamentos y la conclusión que sostienen. A esta diligencia, cumpliendo la regla del contradictorio, debe citarse a las partes, cuyos abogados están autorizados a exigir la aclaración de algún punto (art. 168º del Código de 1991). El Supremo Tribunal ha establecido que "las conclusiones de los dictámenes periciales están sujetas a las modificaciones en que convengan los mismos peritos durante el debate obligatorio prescrito por el art. 167º del Código de Procedimientos Penales [166].

Las partes pueden nombrar, cada uno por su cuenta o a su costa, un *perito de parte*, una vez producido el nombramiento de peritos oficiales (arts. 165º del Código de 1940 y 222º del Código de 1991). Este perito de parte o contralor, a exigencia de la parte que lo nombró, puede presenciar las pruebas periciales efectuadas por los peritos oficiales y hacer

---

[163] Ejecutoria suprema de 27 de abril de 1944 (*Anales Judiciales*, 1944, Lima, p. 169).

[164] Exp. Nº 1789–79, Lima (TARAMONA: *Compendio de ejecutorias supremas*, T. II, pp. 94–95).

[165] Ejecutoria suprema de 23 de abril de 1947 (*Anales Judiciales*, 1947, Lima, p. 419).

[166] Ejecutoria suprema de 10 de octubre de 1942 (*Anales Judiciales*, 1942, Lima, p. 291).

las observaciones y dejar las constancias que su técnica le aconseje. Si el perito de parte discrepa de la pericia oficial presentará su propio informe, el que se ajustará a las prescripciones impuestas para la pericia oficial. En este caso, exige la ley, corresponde al Instructor determinar la realización de un debate pericial entre los peritos y en la que deben aplicarse analógicamente las reglas del examen pericial de peritos oficiales [167].

El Tribunal Supremo tiene establecido los siguientes precedentes: **1.** Si en el debate contradictorio que se realiza entre peritos, unos hacen suyas las conclusiones del dictamen de los otros, quedando así rectificada la conclusión a que llegaron aquéllos, en el acta respectiva deben constar íntegramente las razones por las cuales se uniformaron las opiniones discrepantes. La omisión de esa formalidad anula el fallo [168]. **2.** Frente a unos informes periciales contradictorios, es insubsistente el fallo si no ha se ha realizado el debate pericial contradictorio [169]. **3.** En el acta respectiva de la diligencia de "debate pericial" deben aparecer los fundamentos y las razones que los peritos han expuesto en dicho debate, dado que su omisión priva a lo actuado de un elemento sustancial para la decisión del caso [170].

El perito de parte, en rigor, es un representante técnico del interés de la parte que lo nombra o un auxiliar de la parte, que interviene en determinados actos procesales por la especificidad técnica de los mismos, actuando como verdadero defensor técnico de ella y, de este modo, garantizando el contradictorio. Por ende, como acota Cafferata Nores, "su dictamen convencerá [o no] por la fuerza de sus argumentos, y no por la presunta imparcialidad de su actuación [la cual sólo es exigible a los peritos oficiales]" [171].

---

[167] Ejecutoria suprema de 10 de junio de 1992, Exp. N° 460–92–B, Lambayeque (Rojassi Pella: *Ejecutorias supremas penales. 1993–1996*, cit., p. 356).

[168] *Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1976, p. 328.

[169] Ejecutoria suprema de 1 de octubre de 1993, Exp. N° 2295–93, Tacna (*Normas Legales*, T. 222, noviembre, 1994, pp. J50–J51).

[170] Ejecutoria suprema de 24 de setiembre de 1975 (Roncalla Valdivia: *Jurisprudencia en materia procesal penal*, cit., pp. 150–151).

[171] Cafferata Nores: *La prueba en el proceso penal*, cit., p. 65.

13. EL DOCUMENTO

Se entiende por documento, según la precisión formulada por GARCÍA VALENCIA, toda expresión de persona conocida o conocible, recogida por escrito o por cualquier medio mecánico o técnicamente impreso como los planos, dibujos, cuadros, fotografías, radiografías, cintas cinematográficas y fonópticas y archivos electromagnéticos con capacidad probatoria [172].

El Código de Procedimientos Penales de 1940 no contempla ninguna disposición respecto a los documentos. El Código de 1991, sin embargo, trata este acto de investigación en el Capítulo IV del Título V del Libro II. El art. 231º de dicho Código hace una enumeración, siempre bajo un sistema de *numerus apertus*, de lo que debe entenderse por *documento*. Menciona expresamente a los manuscritos, impresos, películas, fotografías, representaciones gráficas, grabaciones magnetofónicas y medios que contienen registro de sucesos, imágenes y voces.

El art. 230º del Código de 1991 identifica al sujeto del documento. El Fiscal, de primera intención, es quien debe incorporarlo al proceso siempre que sea de interés para la investigación, lo que por cierto no obsta a las partes a solicitar se anexe al proceso o aportarlo directamente en caso lo tenga en su poder, a fin de que sirva como elemento de prueba.

El documento permite introducir elementos de convicción sobre los hechos objeto del proceso y, como tal, puede contener una narración de la comisión del delito, la grabación de la voz del autor de una difamación o de amenazas, un video de la filmación de un robo (aporta datos sobre la identidad del autor del delito); es decir, la calidad del documento está condicionada por su contenido y corresponde a éste una declaración o una representación sobre el tema probatorio concreto del proceso [173]. Además, enseña GARCÍA VALENCIA, el documento puede ser objeto de prueba cuando sobre él se ha cometido el hecho punible; por ejemplo, en el caso de la falsedad (también cuando es cuerpo del delito, que es el caso del cheque rechazado por falta de fondos en el delito de libramiento indebido) [174].

---

[172] GARCÍA VALENCIA: *Las pruebas en el proceso penal*, cit., p. 132.

[173] Lino PALACIO precisa que deben tener capacidad representativa (citado por GARCÍA VALENCIA: *Las pruebas en el proceso penal*, cit., p. 133).

[174] GARCÍA VALENCIA: *Las pruebas en el proceso penal*, cit., p. 133.

Como ya se estableció, el documento se puede agregar al proceso por diversas vías: **a)** porque es ofrecido o presentado por las partes; **b)** porque el Fiscal, en el curso de la investigación, ha ordenado, a quien lo tenga, lo presente o lo exhiba voluntariamente; y, **c)** porque el juez, a solicitud del fiscal, dispone su secuestro (art. 230º del Código de 1991). En este último caso, el Juez es el sujeto del documento, como en el primero lo serán las partes.

La *orden de presentación* puede ser rechazada cuando el poseedor del documento alegue secreto de estado o inmunidad diplomática. En este caso, el Fiscal pedirá al Juez que se dirija al Ministerio correspondiente y solicite informe acerca de la excusa invocada por el emplazado. También están autorizados a no aceptar la orden de presentación el propio imputado y quienes están exentos del deber de declarar, negativa que se justifica en la cláusula de no autoincriminación [175]. En este último caso, no es que el documento no pueda incorporarse al proceso, sino que el Fiscal, cuando pueda prever que tal situación va ocurrir, debe dirigirse inmediatamente al Juez para que ordene el *secuestro*, cuya ejecución corresponde al Ministerio Público. A dichas personas no se les debe requerir que voluntariamente pongan a disposición de la justicia documentos que puedan perjudicarlas, pero como acto coercitivo es posible obtenerlos compulsivamente, sin pasar por el trámite previo de la exhibición o presentación voluntaria de los mismos.

Es de aclarar que la orden de presentación o el secuestro se circunscriben a documentos que puedan servir como medio de prueba propiamente dicho o que puedan utilizarse para un cotejo, comparación o pericia. Un supuesto totalmente diferente, que tiene ver con el proceso penal cautelar, es el *secuestro cautelar de documentos*, cuya finalidad es garantizar la medida accesoria de decomiso prevista en el art. 102º del Código Penal.

Otro trámite vinculado al procedimiento del documento es la diligencia de reconocimiento. Todo aquél que ha redactado, firmado o intervenido de algún modo en su confección y registro, debe concurrir a la Fiscalía y declarar sobre el particular. Asimismo, cuando se trata de

[175] CAFFERATA NORES: *La prueba en el proceso penal*, cit., p. 188.

una voz, imagen, huella, señal u otro medio, quien resulte identificado por ellas debe reconocerlo. Es obvio que si el otorgante o autor del documento ha fallecido o no se encuentra, es posible que la diligencia se entienda con una persona cercana, conocida o que sepa acerca del documento (aplicación supletoria del art. 253º del Código Procesal Civil). Por otro lado, reza el art. 232º *in fine* del Código de 1991, la diligencia no puede entenderse con el imputado, puesto que lo protege la cláusula de prohibición de la autoincriminación.

Por otro lado, ante la negativa del imputado a someterse a la diligencia de reconocimiento o cuando los emplazados rechacen haber intervenido de algún modo en la confección o suscripción del documento, nieguen su autenticidad o sostengan su falsedad, o cuando no exista seguridad de la realidad, formalidad o autenticidad del mismo, procede que el Fiscal lleve a cabo diligencias de cotejo con la copia u original que existen de él o que disponga la realización de las correspondientes pericias.

Una modalidad de documento es el *informe*. CAFFERATA NORES nos dice de él que es la respuesta escrita, emanada de una persona jurídica frente a un requerimiento judicial (del Ministerio Público en el caso peruano), sobre datos preexistentes a tal pedido, que estén registrados en dependencias de aquélla [176].

En esta misma perspectiva, el art. 233º del Código de 1991 autoriza al Fiscal a requerir informes técnicos o sobre datos que consten en registros oficiales o privados, llevados conforme a ley. Se debe tratar, como apunta GARCÍA VALENCIA, de informes fácilmente verificables que se basen en la existencia de documentos que reposan en poder de la entidad. En consecuencia, es del caso tener presente desde ya que el Informe, Parte o Atestado Policial tienen fuente distinta, pues se refieren a la investigación de hechos y dan fe de lo que el funcionario ha podido apreciar o percibir, por lo que su naturaleza es testimonial y sus autores pueden ser requeridos como testigos para que los ratifiquen, aclaren, expliquen o complementen [177].

La evidente complejidad que tienen todos los sistemas de registro, tornaría sumamente engorroso y a veces materialmente imposible la trans-

[176] CAFFERATA NORES: *La prueba en el proceso penal*, cit., p. 193.

[177] GARCÍA VALENCIA: *Las pruebas en el proceso penal*, cit., p. 135.

misión de los datos registrados hacia el proceso por los medios tradicionales, como por ejemplo el testimonio, o su directa aprehensión por la autoridad mediante una inspección. Por ello es que se acude al informe. Corresponde al representante de la entidad requerida firmar y remitir el informe escrito en mención. El incumplimiento de ese requerimiento, el retardo en su producción, la falsedad del informe o el ocultamiento de datos, serán corregidos con multa, sin perjuicio de la responsabilidad penal correspondiente (art. 233º del Código de 1991).

VI. MEDIDAS INSTRUMENTALES RESTRICTIVAS DE DERECHOS

1. Aspectos generales

A. Concepto

Señala Aragoneses Martínez que estas medidas, a diferencia de los demás actos de investigación, están orientadas a la obtención de elementos o datos relacionados con el delito que pueden servir como prueba en el proceso y que, por lo general, implican una limitación de ciertos derechos fundamentales de la persona, de ahí que tan sólo puedan ser practicadas por orden o autorización judicial [178]. Ibáñez y García-Velasco acota que se trata de medios indirectos de investigación porque no tienden primariamente a los fines averiguativos de la instrucción, sino a obtener otros medios o a facilitar distintos actos de la misma; están previstos para concretar la existencia de otros medios de investigación o determinar la localización de personas u objetos que puedan servir después para la realización de diversos actos de instrucción [179].

B. Clasificación

Las medidas instrumentales restrictivas de derechos, pueden clasificarse tomando como referencia el derecho fundamental afectado. Desde esta perspectiva, siguiendo a Gómez Colomer [180], las medidas en cuestión se clasifican de la siguiente manera:

---

[178] En: De la Oliva Santos *et. al.*: *Derecho procesal penal,* cit., p. 362.

[179] Ibáñez y García Velasco: *Curso de Derecho procesal penal,* cit., p. 160.

[180] Gómez Colomer: *El proceso penal alemán,* cit., pp. 100-101.

a) *Allanamiento*, que limita el derecho a la inviolabilidad del domicilio, art. 2º.9 Const.;

Registro e incautación de libros o papeles privados, que limita el derecho al secreto y a la inviolabilidad de los documentos privados, art. 2º.10 Const.;

c) *Control de las comunicaciones*, que limita el derecho al secreto de las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos (son de destacar: **1.** La intercepción de correspondencia. **2.** La observación y la intervención telefónica), art. 2º.10 Const.;

d) *Inspección corporal*, que limita el derecho a la intimidad corporal, art. 2º.7 Const.;

Intervención corporal, que limita el derecho a la integridad física, art. 2º.1 Const.;

f) *Levantamiento del secreto bancario y de la reserva tributaria*, que limita el derecho al secreto bancario y a la reserva tributaria, art. 2º.5 Const.

g) *Secuestro, incautación e exhibición instrumental de cosas*, que limita el derecho de propiedad, art. 2º.16 Const.

De las siete medidas restrictivas de derechos que se han identificado, cinco de ellas están vinculadas al derecho fundamental a la intimidad: el allanamiento, el registro e incautación de documentos privados, el control de telecomunicaciones, la inspección corporal y el levantamiento del secreto bancario y de la reserva tributaria. En este orden de ideas es del precisar que los incisos 7, 5, 6 y 9 del art. 2º de la Constitución constituyen un bloque vinculado al derecho a la intimidad. Este derecho, señala Carlos RUIZ MIGUEL, al igual que el derecho a la tutela jurisdiccional, es un derecho complejo o derecho de derechos, uno en su concepción y múltiple en cuanto a sus contenidos [181], de ahí que el art. 11º de la Convención Americana de Derechos Humanos consagra que "Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales en su honra o reputación".

[181] RUIZ MIGUEL, Carlos: *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*, Tecnos, Madrid, 1995, p. 76.

La *intimidad personal* en su contenido nuclear, es considerado un derecho de la personalidad, derivado de la idea de dignidad de la persona (art. 1º Const.), que –objetivamente considerado– es el ámbito en el que se prohíbe que otros penetren, propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás y –desde el punto de vista subjetivo– es la facultad de exclusión de los demás, de abstención de injerencias por parte de otro, tanto en lo que se refiere a la toma de conocimientos intrusiva, como a la divulgación ilegítima de esos datos; uno de sus competentes es la intimidad corporal o pudor. Como apunta RUIZ MIGUEL, de él se derivan otros tantos derechos fundamentales: el derecho a la intimidad familiar (art. 2º.7), el derecho a la inviolabilidad de domicilio (art. 2º.9), el derecho al secreto de las comunicaciones (art. 2º.10), el derecho a la libertad informática (art. 2º.5 –primer párrafo– y 6, el derecho al secreto profesional (art. 2º.18), el derecho al secreto documental (art. 2º.10) y el derecho a la libertad de conciencia (art. 2º.18) [182].

C. Presupuestos generales

Toda medida que limite un derecho fundamental está sujeta al principio de proporcionalidad, de elaboración inicialmente germana. Este principio, que exige la ponderación de los intereses en conflicto, tiene rango constitucional y es extraído del principio del Estado de Derecho y de la esencia de los derechos fundamentales (arts. 43º y 1º de la Constitución). Por medio de este principio, resulta imprescindible preguntarse si una determinada injerencia estatal constituye en rigor una *medida necesaria* en una sociedad democrática [183].

En tanto todo derecho fundamental tiene una eficacia vinculante, por ser un componente estructural básico del conjunto del ordenamiento jurídico y de cada una de sus ramas, es de tener en consideración que su afectación o limitación debe respetar: **a)** los límites impuestos en la propia Constitución; y, **b)** si éstos no se encuentran taxativamente impuestos, ante los que de manera mediata o indirecta de la propia Constitución se infieran al resultar justificados por la necesidad de preservar otros derechos constitucionalmente protegidos. Estas limitaciones no

[182] RUIZ MIGUEL: *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*, cit., pp. 76–104.

[183] GONZÁLEZ–CUÉLLAR SERRANO, Nicolás: *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Colex, Madrid, 1995, pp. 21, 51 y 53.

pueden obstruir el derecho fundamental afectado más allá de lo razonable, es decir, deben ser necesarias para conseguir el fin perseguido [184].

El principio de proporcionalidad, en estas condiciones, se asienta sobre dos presupuestos, uno *formal*, constituido por el principio de legalidad, y otro *material*, el principio de justificación teleológica.

En *primer lugar*, es de acotar que el postulado básico de la legitimidad de la medida es el de *legalidad* o principio de *tipicidad procesal*. Este principio expresa la primacía de las leyes en el sistema democrático, y exige que toda ley especifique tanto las condiciones de aplicación, cuanto el contenido de las intromisiones de los poderes públicos en el ámbito de los derechos fundamentales de los ciudadanos. En consecuencia, es de reclamar que las leyes deban ser *escritas, estrictas* –o suficientemente determinadas– y *previas*. Esta clase de normas no pueden aplicarse a situaciones producidas con anterioridad a su vigencia, salvo en lo favorable como es lógico. La accesibilidad y la previsibilidad son dos exigencias sustantivas de la legalidad procesal [185].

En *segundo lugar*, es del caso tener presente un dato material. Los valores que se tratan de salvaguardar al limitarse el derecho fundamental, deben gozar de fuerza constitucional suficiente para enfrentarse a los valores que representan los derechos restringidos. La limitación de derechos debe tender a la consecución de fines legítimos. Evidentemente, las medidas instrumentales restrictivas de derechos, en sí mismas, buscan obtener la verdad y de este modo consolidar la justicia como fuente de toda decisión de la jurisdicción, lo que tiene un amparo constitucional muy claro en los arts. 44º –promoción del valor justicia– y 139º.3 –observancia del debido proceso–.

D. Requisitos generales

GONZÁLEZ–CUÉLLAR SERRANO enseña que, además, el principio de proporcionalidad exige que las medidas limitativas cumplan ciertos requisitos de diversa naturaleza. Existen requisitos *extrínsecos* al contenido de la medida. Son: **a)** judicialidad, y **b)** motivación. También hay requisitos

---

[184] GIL HERNÁNDEZ: *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*, cit., pp. 24–25.

[185] GONZÁLEZ–CUÉLLAR SERRANO: *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, cit., pp. 69, 78 y 79.

intrínsecos, relativos al contenido de la actuación estatal en concreto. Son: **a)** idoneidad, **b)** necesidad, y **c)** proporcionalidad estricta.

a) El requisito de *judicialidad* es de carácter subjetivo. En principio, sólo los jueces pueden limitar derechos fundamentales; ellos no sólo tienen la última, sino la primera palabra. En estos casos, la intervención de la autoridad judicial es previa a la propia limitación, salvo que expresamente y por excepción se habilite a la autoridad administrativa –señaladamente la policial– llevarla a cabo, como es el caso del allanamiento en flagrante delito (art. 2º.9 Const.) y de la detención en flagrante delito (art. 2º.24.'f' Const., que es una medida cautelar y no un medio de investigación indirecto). Ante un pedido de limitación de un derecho fundamental, corresponde al juez decidir si la medida requerida respeta el principio de proporcionalidad, lo que puede obligarle a interferir legítimamente en las tareas investigadoras a los efectos de autorizar o no las medidas solicitadas, es decir, a juzgar si son arbitrarias o excesivas [186].

b) El requisito de la *motivación* es de carácter formal. La Constitución impone especialmente la motivación de las resoluciones judiciales en el art. 139º.5, salvo los decretos de mero trámite, que no es del caso tratándose de limitación de derechos fundamentales al no poder calificarse de "actos procesales de simple trámite" (art. 121º del Código Procesal Civil). La motivación, para nuestra Constitución, es siempre escrita y, además, requiere que la resolución judicial mencione la ley aplicable y los fundamentos de hecho en que se sustenta, es decir, que deben abarcar no sólo la interpretación jurídica de las normas implicadas sino también los criterios decisivos para la subsunción de los hechos concretos enjuiciados, sin que a ello obste que pueda ser escueta o concisa. Al respecto, los incs. 3 y 4 del art. 122º del Código Procesal Civil precisa que estas resoluciones deben contener tanto "la relación correlativamente enumerada de los fundamentos de hecho y los respectivos de derecho que sustentan la decisión, *la que se sujeta al mérito de lo actuado y al derecho*", cuanto "la expresión clara y precisa de lo que se decide u ordena, respecto de todos los puntos controvertidos".

Cuanto más grave es la limitación más exigente o estricto es el deber de motivación, así tenemos que, por ejemplo, para el control de comu-

---

[186] GONZÁLEZ–CUÉLLAR SERRANO: *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, cit., p. 136.

nicaciones se pide específicamente un mandato motivado del juez, con las garantías previstas en la ley. En todos los casos, la falta de motivación de las resoluciones judiciales limitativas de derechos provoca su inconstitucionalidad, desde que una resolución no motivada induce a pensar que el órgano actuante no ha realizado el necesario contrapeso de los intereses enfrentados en el caso concreto, por lo que, ante su falta de fundamentación, la medida puede tacharse de desproporcionada [187].

c) El requisito de *idoneidad*, en principio, exige que la medida que debe imponerse en un caso concreto debe ser cualitativamente apta para alcanzar los fines previstos (obtención y aseguramiento de determinada fuente de prueba o de la persona del imputado). Ahora bien, como apunta José María ASENCIO MELLADO, toda medida limitativa de derechos fundamentales se justifica sobre la base de una imputación delictiva. En todo caso, el sujeto pasivo de la intromisión debe ser el imputado, careciendo de legitimación toda actuación de injerencia en derechos que se adopta de forma indiscriminada frente a cualquier sujeto con independencia de su situación procesal. Pero la imputación exige que concurran determinadas sospechas delictivas, las cuales serán de mayor intensidad en tanto más compleja sea la medida restrictiva a adoptar [188].

d) El requisito de *necesidad* es complejo. Exige tomar en consideración al momento de decretar la medida limitativa: **1.** La esencialidad de la propia medida para evitar, de no adoptarse, la frustración de la investigación, para lo cual es de atender a la situación probatoria al momento de expedir la medida y lo que es posible conseguir con aquélla. **2.** La gravedad del hecho delictivo investigado y de la propia intromisión que importa la medida limitativa, de modo que si el delito no es de especial relevancia o la intromisión es de escasa entidad, la medida habrá de quedar irrealizada aunque ello lleve al archivo del asunto penal. **3.** Si el resultado perseguido con la medida puede obtenerse por otra vía limitativa menos intensa, en cuyo caso debe optarse por esta última [189].

---

[187] GONZÁLEZ–CUÉLLAR SERRANO: *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, cit., p. 147.

[188] ASENCIO MELLADO, José María: *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, Trivium, Madrid, 1989, pp. 80 y 97.

[189] ASENCIO MELLADO: *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, cit., p. 98.

e) El requisito de *proporcionalidad en sentido estricto* exige que la esfera de actuación de los derechos fundamentales no puede ceder ante la persecución de un ilícito de escasa entidad y relevancia social. Es del caso ponderar la intensidad de la limitación del derecho fundamental y el interés socialmente protegible tanto con la gravedad de la infracción, medida en función a la pena conminada, cuanto con la conducta propia del sujeto que se pretende reprimir [190].

2. El allanamiento

El art. 2º.9 de la Constitución garantiza la inviolabilidad del domicilio, que es una garantía de la vida privada del individuo. Este derecho fundamental, como recuerda Francisco Ramos Méndez, tiene un carácter instrumental, pues tiende a defender los ámbitos en que se desarrolla la vida privada de las personas, de ahí que existe un nexo indisoluble entre la citada norma y la del art. 2º.6 de la Constitución, que impone la defensa y garantía del ámbito de privacidad [191].

Dicha norma constitucional precisa que nadie puede ingresar en un domicilio ni efectuar investigaciones o registros sin autorización de la persona que lo habita o sin mandato judicial, salvo flagrante delito o muy grave peligro de su perpetración.

El domicilio, en sentido estricto, en cuanto objeto material del allanamiento, lo constituye cualquier lugar cerrado en el que se ejercita o puede resultar afectado el derecho a la *intimidad* del ciudadano. Constituyendo la "inviolabilidad del domicilio", señala Gimeno Sendra, la principal garantía para proteger el derecho a la intimidad personal y social del individuo, es evidente que el allanamiento ha de estar orientado a garantizar este derecho, sin perjuicio de que el ordenamiento jurídico proteja también otros bienes constitucionales o incluso ordinarios (v. gr.: el secreto profesional, industrial, etc.) fundamentalmente a través de las oportunas entradas especiales [192].

El art. 163º del Código de 1991, repetido por el Proyecto de 1997, hace mención a un concepto amplio de domicilio, incluyendo en él los

---

[190] Asencio Mellado: *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, cit., p. 98.

[191] Ramos Méndez: *El proceso penal. Tercera lectura constitucional*, cit., p. 225.

[192] Gimeno Sendra, *et. al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 438.

lugares cerrados donde discurre la actividad industrial, comercial o laboral de una persona, bajo el rótulo de "casa de negocio"; también incluye a los lugares habitados temporalmente (v. gr.: cuartos de hotel habitados por un huésped) o a cualquier otro lugar cerrado (v. gr.: tiendas de campaña), lo que excluye los automóviles, la entrada en un solar, un portal en edificios públicos, locales comerciales o fabriles abiertos al público, salvo las piezas destinadas a vivienda o desarrollo de actividades reservadas, propias del secreto profesional, industrial, etc.

Ahora bien, por *allanamiento* –siguiendo a TOMÉ PAULE– ha de entenderse la actividad ordenada por el Juez, para la que puede utilizarse incluso la fuerza física, de que los agentes de la Policía o funcionarios de la Fiscalía puedan acceder al interior de un domicilio pese a la oposición de sus ocupantes. El *registro* es la actividad subsiguiente mediante la cual las personas autorizadas por el juez pueden proceder a la busca, localización y ocupación (secuestro o incautación) de los efectos o instrumentos del delito que pudieran ser hallados o a la persecución y detención del presunto delincuente [193].

El allanamiento se dictará, siempre que existan *motivos razonables* para ello, lo que nos remite a lo expuesto al desarrollar el principio de proporcionalidad. La intervención judicial se producirá, siempre que no sea previsible el consentimiento de ingreso por el interesado y fuera de los casos de flagrancia delictiva o peligro inminente de su perpetración. En estos casos la orden de allanamiento debe determinar las causas e identificar su objeto; por ello, es que se exige que la petición consigne la finalidad específica del allanamiento (detención del imputado o búsqueda y posible incautación de bienes vinculados al delito objeto de investigación) y se dispone que la resolución autoritativa señale al fiscal autorizado para la ejecución de la diligencia, precise el inmueble objeto de entrada y registro, enuncie el tiempo máximo de duración de la diligencia e identifique el apercibimiento de ley para el caso de resistencia al mandato (art. 164º del Código de 1991, art. 178º del Proyecto de Código de 1997).

La *flagrancia delictiva*, como se sabe, consiste en una situación de hecho en virtud de la cual el delito se está cometiendo a ojos vista, lo que

---

[193] ALMAGRO NOSETE / TOMÉ PAULE: *Instituciones de Derecho Procesal. Proceso penal*, cit., p. 242.

hace necesaria la urgente intervención de la policía para que cese el delito y se detenga al delincuente. El art. 109º.8 del Proyecto de 1997, que sigue el texto del Código de 1991, asume una definición de flagrancia parecida al modelo italiano, comprendiendo en su texto a la denominada *cuasi–flagrancia*, donde no hay percepción visual de la ejecución del delito, pero de las circunstancias del hecho observado por la Policía se infiere que el delito viene de ejecutarse momentos antes.

La diligencia, habilitada la orden judicial o en los casos de flagrancia delictiva, se entenderá con quien more o habite el lugar cerrado, bastando simplemente que se ostente la posesión, aun cuando sea de mero hecho. El allanamiento comprende lo expresamente autorizado o lo causalmente vinculado con el motivo que la determinó en el caso de entrada en flagrancia. En tanto se trata de una diligencia a efectos del proceso penal, al practicar los registros deberán evitarse las inspecciones inútiles y se tomarán las precauciones para preservar la reputación y el pudor de las personas que se encuentren en el local allanado. De todo lo realizado se levantará el acta correspondiente.

Ahora bien, atendiendo a que una finalidad esencial del registro es secuestrar o incautar los efectos e instrumentos del delito, lo que es lo mismo, *preconstituir prueba*, es de afirmar, como apunta GIMENO SENDRA, que dicho acto ha de revestir las notas esenciales de la prueba: intervención de la autoridad judicial (nosotros precisamos, de cara a nuestro sistema procesal, intervención de la autoridad judicial mediante su autorización y del Fiscal en su ejecución) de un lado, y la posibilidad de contradictorio (lo que exige la intervención efectiva del residente del inmueble objeto de la diligencia y la confección del acta correspondiente donde constará las incidencias de la diligencia y el dicho del morador y demás personas que se encuentran en el inmueble) de otro [194].

El allanamiento puede ir acompañado, cuando lo pide el Fiscal, del secuestro de cosas vinculados al delito. En este caso, el acta de incluir un inventario en varios ejemplares de los bienes ubicados y secuestrados.

El art. 189º del Código de 1940 contempla un caso especial de entrada y registro: las pesquisas en oficinas públicas, cuarteles militares y policiales, clubs sociales, conventos, colegios y lugares a cargo de una

[194] GIMENO SENDRA *et. al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 447.

autoridad. La ley exige orden judicial y que el acceso sea brindado por el superior inmediato de esa dependencia ante el simple requerimiento judicial. La negativa tipifica el delito contra la función jurisdiccional.

El vocablo "*pesquisa*" asumido por el Código viejo es tomado por algún sector doctrinal en un sentido amplio, como sinónimo de medidas instrumentales. Al respecto, señala Ricardo VÁSCONES VEGA que *pesquisa* es la información o indagación que se efectúa para averiguar algún hecho o circunstancia, las que pueden recaer con el cuerpo de la persona, su intimidad y con su libertad, v. gr.: inspección e intervención corporal, inviolabilidad de comunicaciones y documentos privados e inviolabilidad de domicilio [195].

3. EL REGISTRO E INCAUTACIÓN DE DOCUMENTOS PRIVADOS

El art. 2º.10 Const. garantiza el secreto e inviolabilidad de los documentos privados, el cual –al decir de RAMOS MÉNDEZ [196]– es una de las manifestaciones típicas del derecho a la intimidad. En rigor garantiza lo que se denomina el Secreto Documental, o sea aquellos supuestos en que algo íntimo referente a la esfera jurídica de la persona se halla inherente a algún documento. El documento puede ser algo propiamente íntimo de la persona: diario personal, documentos que contienen recuerdos, meditaciones, reflexiones, o puede contener secretos dirigidos a otros para su conocimiento particular sin constituir correspondencia. En consecuencia, este derecho protege el secreto de las relaciones jurídicas documentales de la persona [197].

Sobre el particular, la norma constitucional formula las siguientes previsiones: **1.** La incautación de documentos privados sólo procede por orden judicial, con las garantías previstas en la ley. **2.** En caso se proceda a su investigación, debe guardarse secreto de los asuntos ajenos al hecho que motiva su examen. **3.** Los documentos privados obtenidos con violación de este precepto no tienen efecto legal. **4.** Tratándose de libros, comprobantes y documentos contables y administrativos, si bien pue-

---

[195] VÁSCONES VEGA, Ricardo: «Las medidas coercitivas en el proceso penal peruano y la nueva Constitución», en: AA.VV.: HURTADO POZO, José (Editor): *La nueva Constitución y el Derecho penal*, Sesator, Lima, 1980, pp. 56–57.

[196] RAMOS MÉNDEZ: *El proceso penal. Tercera lectura constitucional*, cit., p. 235.

[197] RUIZ MIGUEL: *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*, cit., p. 102.

den inspeccionarse y fiscalizarse por la autoridad, en cambio se requiere orden judicial para su sustracción o incautación.

La necesidad del registro e incautación de documentos privados parte del hecho de que, en ciertas infracciones penales, el documento puede ser el mismo cuerpo del delito o un instrumento necesario para la objetividad típica. Sobre esta base, y atento a los límites constitucionales, el art. 230º del Código de 1991 (art. 255º del Proyecto de 1997) dispone: **a)** que todo aquel que tenga un documento que pueda servir como medio de prueba está obligado a presentarlo, exhibirlo o permitir su conocimiento; y, **b)** que el Fiscal podrá solicitar a su tenedor su presentación o exhibición voluntaria, y en caso de negativa solicitar al juez la orden de secuestro. Aquí, como resalta Ortells Ramos, se confiere al órgano jurisdiccional la potestad de apoderarse –mientras que al Fiscal se le concede la potestad de buscar y requerir entregas voluntarias de los mismos– prescindiendo de la colaboración del que los posea. Si la exhibición requerida no se cumple o cuando se tema que el acto pueda fracasar si se practicara un previo requerimiento de exhibición, cabe la intervención judicial [198].

El art. 153º del Código de 1991 (art. 164º del Proyecto de 1997), sobre la base de la obligación genérica de exhibición de documento privado, regula la subsecuente obligación del poseedor de un documento de entregarla al Fiscal, bajo apercibimiento de ser procesado por delito contra la función jurisdiccional. Este apercibimiento se hace efectivo, desde luego, una vez que el Fiscal ha recabado la orden judicial de entrega y secuestro del documento. Sólo se admite la negativa basada en dos supuestos: secreto de Estado e inmunidad diplomática, en cuyo caso el Fiscal dará cuenta al Juez, quien a su vez se comunicará al Ministerio correspondiente dando cuenta de la excusa invocada. Con el informe del Ministerio cesará la posibilidad de obtener el documento o, según el caso, se requerirá al obligado a que lo exhiba o ponga a disposición de la justicia.

Los documentos, por afectar un derecho fundamental distinto del derecho a la propiedad, pues está vinculado a la vida privada o intimidad personal, no tienen el mismo tratamiento que las cosas, cuya referencia está en función al derecho de propiedad (art. 2º.16 Const. y Capítulo VIII del Título III del Libro II del Código Procesal Penal de 1991 y

[198] En: Montero Aroca *et. al.*: *Derecho Jurisdiccional,* cit., T. III *(Proceso penal),* ed. 1991, p. 186.

del Proyecto de 1997). Por consiguiente, como la Constitución reserva al Juez el secuestro o sustracción de los mismos, no es posible que la Policía pueda hacerlo sin previa orden judicial, aun cuando detenga en flagrancia delictiva a un imputado. La requisa o revisión personal no puede importar el secuestro o incautación de papeles, notas, carpetas documentarias, libretas de apuntes manuales o electrónicas, diskettes, etc. A lo más, precisa el art. 106º.9 del Código de 1991 (art. 109º.9 del Proyecto de 1997), es posible que se inmovilice el documento privado. La *inmovilización* es una medida coercitiva menos intensa, que consiste en retener en el lugar donde se encontró el documento ubicado con motivo de la diligencia de requisa o revisión personal, y condicionada a la efectiva decisión judicial, acerca del secuestro o no del documento retenido.

Para el caso de *libros, comprobantes y documentos contables y administrativos* la Constitución sanciona, de un lado, la posibilidad que la autoridad administrativa los inspeccione o fiscalice, de conformidad con la ley (el Código permite a la policía, en el marco de sus poderes de averiguación de delitos, sin duda alguna a inspeccionar la documentación que puede estar vinculada a la investigación). Por otro lado, reitera que la sustracción o incautación de los mismos requiere orden judicial.

4. El control de las comunicaciones

El citado art. 2º.10 de la Constitución garantiza el secreto y la inviolabilidad de las comunicaciones personales. Precisa, además, que las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos sólo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandamiento motivado del juez, con las garantías previstas en la ley, guardándose secreto de los asuntos ajenos al hecho que motiva su examen.

El concepto de *secreto* no cubre sólo el contenido de la comunicación, sino también, en su caso, otros aspectos de la misma, como por ejemplo, la identidad subjetiva de los interlocutores o de los corresponsales (es el caso del *comptage*, que permite registrar cuáles hayan sido los números telefónicos marcados sobre un determinado aparato, aunque no el contenido de la comunicación misma); por lo demás, la norma constitucional se dirige inequívocamente a garantizar su impenetrabilidad por terceros ajenos a la comunicación misma [199].

[199] RAMOS MÉNDEZ: *El proceso penal. Tercera lectura constitucional*, cit., p. 237.

El control de las comunicaciones, de modo general, consiste en cualquier injerencia, más o menos intensa, del órgano judicial en comunicaciones de otras personas. De ahí que el derecho al secreto de las comunicaciones no puede ser violado por alguno de los comunicantes, porque no produce una interferencia o intromisión en la comunicación, sino que participa de la misma; en consecuencia, uno de los comunicantes puede aportar al proceso copias o grabaciones de las comunicaciones o declarar como testigo sobre ellas [200].

Para efectos del control de comunicaciones, el Código de 1991 y el Proyecto de 1997 las clasifican según el medio utilizado: si se trata de cartas, comunicaciones telegráficas, cablegráficas, fax o similares, de un lado; o, si se trata de comunicaciones telefónicas, radiales o similares, por otro lado. La Constitución hace referencia, en cuanto a los modos de control: la apertura, la incautación, la interceptación y la intervención.

A. De la correspondencia

La correspondencia permite, en primer lugar, la *intercepción o detención*, que significa una interrupción (y desviación hacia el juez) del curso que habitualmente sigue una correspondencia desde el momento que es enviada por el remitente hasta el momento en que es recibida por el destinatario. La correspondencia, incluye por cierto encomiendas, paquetes que se encuentren en tránsito y bajo custodia de un servicio de correo o telégrafo de carácter público o privado [201].

La *intercepción o detención* importa la aprehensión física del soporte que se remite, bien mediante transporte del objeto a cuyo través se produce (carta, paquete, encomienda, etc.), bien mediante la transmisión por vía telegráfica o por fax de un mensaje [202]. Esta medida, que el Código de 1991 y el Proyecto de 1995 denomina "secuestro", se realiza por orden judicial, dictada a solicitud del Fiscal. La resolución judicial –que la Constitución exige una motivación expresa– debe cumplir dos

[200] Ortells Ramos, en: Montero Aroca *et. al.*: *Derecho Jurisdiccional*, cit., T. III *(Proceso penal)*, ed. 1991, p. 188.

[201] Cafferata Nores, José: *Medidas de coerción en el proceso penal*, Marcos Lerner–Editorial Córdoba, Córdoba, 1983, pp. 155–156.

[202] En: Gimeno Sendra *et. al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 458.

objetivos esenciales, como son el garantizar al afectado el conocimiento de las razones que llevaron al juez a adoptar la medida y, consiguientemente, a posibilitar un eficaz control de las mismas a través de los recursos [203], contendrá el nombre del Fiscal a quien autoriza la diligencia, el lugar y tipo de correspondencia, el nombre del destinatario, el lapso de vigencia de la autorización y, en su caso, el apercibimiento para el caso de desobediencia del mandato.

La ejecución de la diligencia, de la que se levantará el acta respectiva, es realizada por el Fiscal, quien en caso de peligro de destrucción, ocultamiento, falsificación o sustitución de la correspondencia (en rigor, grave peligro para las indagaciones), puede realizar, sin previo mandato judicial, el secuestro o incautación de la misma, con cargo a la correspondiente resolución confirmatoria judicial. En este caso el Juez decidirá, en principio, si resulta razonable detener o interceptar la correspondencia; para dictar esta medida, no basta meras sospechas o conjeturas, sino la concurrencia de un conjunto de indicios suficientes para juzgar acerca de la viabilidad de la medida, más allá de una mera conveniencia o facilidad inquisitiva [204]. En segundo lugar, el Juez decidirá si se presentaron las causas de urgencia invocadas por el Fiscal en su decisión capaces de obviar la previa autorización judicial; el fiscal obviamente deberá emitir una decisión donde exprese los fundamentos y causales de su intervención. Por otro lado, es obvio, como reza la fuente italiana (art. 267º.2 del Código de Procedimiento Penal), si el decreto del ministerio público no es convalidado, no puede continuarse con la interceptación, y sus resultados no pueden utilizarse.

Una vez que el Fiscal interceptó, secuestró o incautó la correspondencia, ésta deberá ser abierta para conocer su contenido. La *diligencia de apertura*: el abrir la correspondencia, en los términos utilizados por la Constitución, es llevada a cabo por el Fiscal en su propio despacho, de la que se levantará el acta correspondiente. A esa diligencia se citará al inculpado y a su defensor y al oficial de Policía que prestó apoyo en dicha diligencia. Por razones obvias, en atención a que la efectividad de

[203] LÓPEZ–FRAGOSO ÁLVAREZ, Tomás: *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, Colex, Madrid, 1991, p. 79.

[204] RAMOS MÉNDEZ: *El proceso penal. Tercera lectura constitucional*, cit., p. 238.

la interceptación depende esencialmente del desconocimiento del mismo por los sujetos pasivos, la intervención de aquéllos (los dos sujetos: el que remite la comunicación y a quien va destinada) sólo tiene lugar *ex post facto*, ocasión en que se debe citar a los interesados.

A la apertura propiamente dicha, sigue la lectura por el fiscal de la correspondencia detenida. Si tiene relación con la investigación, se pondrá en conocimiento de los intervinientes en la diligencia y ordenará su decomiso (término equívoco, pues se refiere a una consecuencia accesoria del delito y no a una medida coercitiva) y consecuente incorporación al proceso. En caso contrario, dispondrá su restitución a quien corresponda. Si sólo una parte de la correspondencia tiene relación con el caso, a criterio del Fiscal, se dejará copia certificada de aquella parte y se ordenará la entrega a su destinatario o viceversa.

El art. 153º del Código de 1991 (art. 164º del Proyecto de 1997) regula una modalidad especial de detención de correspondencia, que se produce cuando ésta ya se encuentra en poder del destinatario o cuando el remitente aún no la ha puesto en circulación. En ese caso, que en rigor no es un caso de control de comunicaciones porque para este fin la comunicación debe estarse desarrollando [205], se sigue el procedimiento propio de los documentos: se requiere su entrega, bajo apercibimiento de ser procesado por delito contra la función jurisdiccional, sin perjuicio de ejecutarla coercitivamente, pues con tal finalidad se recabó la orden judicial de secuestro, salvo el supuesto de secreto de Estado o inmunidad diplomática.

B. De las comunicaciones telefónicas, radiales y similares

El art. 160º *in fine* del Proyecto de 1997 reconoce la interceptación y grabación de comunicaciones telefónicas, radiales y similares. La interceptación, entendida en un sentido amplio, comprensivo de cualquier forma de aprehensión de una comunicación ajena, puede tomar dos formas que varían en intensidad: la intervención y la observación. Por *intervención* se entiende el procedimiento en virtud del cual se toma conocimiento del contenido de las comunicaciones efectuadas por el im-

[205] ORTELLS RAMOS, en: MONTERO AROCA *et. al.*: *Derecho Jurisdiccional*, cit., T. III *(Proceso penal)*, ed. 1991, p. 190.

putado o dirigidos a éste [206]. Por *observación* se entiende el poder de tomar conocimiento del destino de la comunicación, de la identidad subjetiva del receptor de la comunicación, al menos del titular, pero no permite el conocimiento del contenido, que debe permanecer secreto [207].

El Proyecto, en atención a la intensidad de la afectación del derecho fundamental y de su propia naturaleza, sólo permite esta medida en las investigaciones por delitos dolosos sancionados con pena privativa de libertad no menor de cuatro años; además, limita la medida a un plazo estrictamente necesario, que el juez regulará, pero en todo caso no debe ser superior al período de la investigación: ciento veinte días naturales.

La interceptación, en rigor la intervención, supone la grabación de las conversaciones captadas. El resultado de la grabación, como es obvio, se transcribirá en un acta, en la cual se consignará sumariamente el contenido de las comunicaciones interceptadas (si el Ministerio Público no cuenta con los medios tecnológicos necesarios, obviamente acudirá a la Policía Nacional). Las actas y las grabaciones le serán entregadas al Fiscal, quien previa diligencia de examen y escucha de las comunicaciones intervenidas, con asistencia de las partes involucradas, ordenará la transcripción de los contenidos de las comunicaciones útiles a los fines del proceso, ordenando la destrucción de los demás contenidos y grabaciones que no guarden relación con aquél.

5. La inspección corporal

Es desde todo punto de vista evidente que, en determinados casos y delitos, resulta indispensable realizar medidas de investigación que pueden incidir en el cuerpo humano. Una de las medidas menos intensas es la *inspección corporal*, en el que el derecho afectado es el derecho a la intimidad personal, reconocido en el art. 2º.7 de la Constitución. Otra medida, es la *intervención corporal*, en que el derecho afectado, apunta Gimeno Sendra, es el derecho a la integridad corporal del art. 2º.1 de la Constitución [208].

---

[206] Ortells Ramos, en: Montero Aroca *et. al.*: *Derecho Jurisdiccional,* cit., T. III *(Proceso penal),* ed. 1991, p. 193.

[207] López–Barja de Quiroga, Jacobo: *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida,* Akal, Madrid, 1989, p.194.

[208] Gimeno Sendra *et. al.*: *Derecho procesal penal,* cit., p. 466.

Implican una inspección corporal, en cuanto importa un género de reconocimiento sobre el cuerpo humano, los exámenes dactiloscópicos o antropomórficos e, inclusive, el reconocimiento en rueda del imputado, sin embargo no afectan su intimidad. Otra cuestión, es la de los denominados "cacheos" y, en rigor, si éstos importan registros anales y vaginales, donde la intimidad, "en cuanto derecho de la personalidad en cuyo ejercicio el sujeto aspira a tomar decisiones dirigidas a su autorrealización personal", se ve afectada pues estos registros inciden en las partes íntimas del cuerpo.

El *cacheo,* según Ángel Gil Hernández, es el acto de palpar superficialmente, al tacto manual, el perfil corporal del sospechoso de haber cometido un delito, con la finalidad de detectar armas u otros instrumentos peligrosos, de detectar piezas de convicción o efectos de la sospechada infracción penal, y caracterizado por realizarse por agentes de la autoridad y en un momento, por lo general, previo a la apertura del proceso penal [209]. Este registro personal, previsto en el art. 237º del Código de 1991, es claro que no afecta ostensiblemente la intimidad personal o alcanza profundamente un elemento subjetivamente íntimo (su objeto mediato es la identificación del delincuente), empero como de todas maneras se interviene a una persona afectándose levemente su espacio de libertad ambulatoria y se genera molestias en su ámbito personal, su realización exige "... motivos suficientes para presumir que en su cuerpo o ámbito personal presenta u oculta cosas relacionadas con el delito y, antes, la invitación de exhibición del objeto buscado" (art. 237º). Esto último traduce, al decir de Gil Hernández, el respeto a los principios de proporcionalidad y racionalidad (actuación racionalmente justificada en el caso concreto) y que no se rompa el equilibrio entre el derecho y su limitación [210].

Sobre el particular, Eduardo de Urbano Castrillo [211] da cuenta de la vigente jurisprudencia española que declara la legitimidad del cacheo, cuando se sustenta: **a)** en racionales motivos para creer en la existencia de un hecho con perfiles delictivos y la participación en ella del

[209] Gil Hernández: *Intervenciones corporales y derechos fundamentales,* cit., p. 69.

[210] Gil Hernández: *Intervenciones corporales y derechos fundamentales,* cit., p. 76.

[211] Urbano Castrillo: *La prueba ilícita penal,* cit., p. 131.

detenido dadas las circunstancias del lugar de detención, confidencias sobre su presunta dedicación al tráfico de drogas y que al dirigirse los agentes policiales hacia él, se introdujo algo en la boca; y, **b)** en simples sospechas, siempre que éstas no sean ilógicas, irracionales o arbitrarias, tales como haberse sometido a cacheo a un sospechoso en lugar también sospechoso, encontrándose una cantidad relativamente importante de droga.

La *inspección anal y vaginal*, sin duda, compromete la dignidad personal. En este caso, el art. 237º del Código de 1991 y, en lo pertinente, el art. 268º del Proyecto de 1995, señala: **a)** que la revisión se hará respetando en lo posible el pudor de la persona; y, **b)** que el encargado de realizarla será otra persona del mismo sexo, salvo que ello importe demora en perjuicio del proceso. Según el art. 106º.3 del Código de 1991 este registro también puede ser realizado por la policía, a la que no debe escapar el cumplimiento de un requisito esencial, la *urgencia* y *necesidad* de la medida, es decir, indispensabilidad que el "cacheo" se realice inmediatamente, antes de la llegada del Ministerio Público, sin perjuicio del cumplimiento del requisito de *proporcionalidad* y *racionalidad* de la medida, así como de la instauración de un procedimiento de ejecución respetuoso con el pudor del intervenido, lo que requiere, en primer lugar, que el acto se realice en condiciones mínimas de privacidad y, en segundo lugar, que lo lleve a cabo personal cualificado –preferentemente sanitario– del mismo sexo que el destinatario de la medida.

Si como consecuencia del cacheo o, a continuación de este, se procede a la inspección vaginal o anal, el procedimiento de ejecución de la medida debe incluir, reza el art. 268º del Proyecto de 1995, el levantamiento de un acta, donde se anotará las incidencias de la medida y, en su caso, el secuestro de las cosas relacionadas con el delito. Un requisito obvio de esta medida, si es que circunstancias de urgencia lo impidan, es la presencia del abogado defensor del intervenido.

6. LA INTERVENCIÓN CORPORAL

RIVES SEVA define las intervenciones corporales como una medida de investigación que se realiza sobre el cuerpo de las personas, sin necesidad de obtener su consentimiento, y por medio de la coacción directa si es preciso, con el fin de descubrir circunstancias fácticas que sean de interés para el proceso, en relación con las condiciones o el estado físico o psíquico del sujeto, o con el fin de encontrar objetos escondidos

en él [212]. Esta medida, que importa la realización de actos de investigación en el propio cuerpo, se justifica, señala Gil Hernández, en los constantes avances técnicos y científicos en la investigación y averiguación de los delitos, provenientes del campo de la medicina legal o de la Policía Científica –análisis de ADN, pruebas psicométricas, heredobiológicas, Rayos X, narcoanálisis– que aportan datos decisivos para fijar los elementos de los delitos y su posible autor [213]. Sin embargo, su utilización será posible, reza las "Reglas de Mallorca", sólo cuando no exista otro medio para descubrir el presunto delito y, siempre, atendida la gravedad del delito y la falta de peligro para la salud del afectado.

El art. 76º del Proyecto de 1995 regula específicamente la intervención corporal. En cuanto acto de investigación corporal, que afecta el derecho fundamental a la integridad física (art. 2º.1 de la Constitución), la somete al principio de legalidad, pero siguiendo el modelo germano la divide en *leves* o banales y *graves*. Es de identificar como posibles actos de intervención corporal la realización de exámenes de identificación técnico–policial, que requieren la toma de huellas y de fotografías; la realización de exámenes médicos, radiológicos y/o ecográficos, que requieren cortes de pelo, barba, etc.; la realización de exámenes químicos, que requieren extracción de sangre, orina u otros fluidos corporales, así como punciones lumbares o extracción del líquido encéfalo raquídeo.

Las medidas de intervención corporal leves importan, enfatiza Gimeno Sendra, la extracción de elementos externos de cuerpo humano, siempre que por las características del destinatario no corra peligro su salud [214]. En este caso la medida puede ser realizada por el Fiscal o la Policía con conocimiento del primero. Su ejecución requiere intervención de un experto o profesional sanitario, cuya opinión, acerca de lo riesgoso de la medida, será determinante para recabar o prescindir la orden judicial.

Las medidas de intervención corporal graves son las que pueden poner en peligro el derecho a la salud u ocasionar sufrimientos a su

---

[212] Rives Seva, Alfonso Pablo: *La prueba en el proceso penal*, Aranzadi, Pamplona, 1996, p. 223.

[213] Gil Hernández: *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*, cit., p. 37.

[214] Gimeno Sendra *et. al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 468.

destinatario, por ejemplo: una punción lumbar o extracción de líquido encéfalo raquídeo. En estos casos, y cuando *prima facie* se reputa riesgosa tal intervención, es necesaria la correspondiente autorización judicial. El Juez decidirá, previa pericia médica, con absoluto respecto al principio de proporcionalidad.

En ambos casos, sea que la intervención fuera leve o grave (el límite de esta última es que la medida no entrañe riesgos a la salud del examinado y se realice por personal sanitario), es posible realizarla coactivamente, aun contra la voluntad del intervenido. Sobre el particular es de acotar que una intervención en tales condiciones no vulnera el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, puesto que en estos casos no se obliga al examinado a que emita una declaración que exteriorice un contenido, admitiendo su culpabilidad, verdadera esencia de dicho derecho fundamental, sino simplemente a tolerar que se le haga objeto de una modalidad de intervención, exigiéndole una colaboración no equiparada a la cláusula de no autoincriminación.

Cuando se trate de intervenciones corporales, siempre que no exista fundado peligro que la prueba se perjudique si no se realiza inmediatamente, lo que no se puede decir de las intervenciones corporales graves, la presencia de abogado defensor no resulta indispensable. En todos los demás casos, en tanto no exista urgencia y siempre que la medida sea grave, resulta imprescindible, bajo sanción de ineficacia procesal (prueba ilícitamente obtenida) la intervención del abogado defensor del imputado, a quien se le citará previamente. Su inconcurrencia, pese a la notificación correspondiente, autoriza a llevar a cabo la diligencia sin su presencia.

7. El levantamiento del secreto bancario y de la reserva tributaria

El art. 2º.5 de la Constitución reconoce como derecho fundamental el derecho de toda persona a solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido. Este derecho –predicable para cualquier persona–, sin embargo, no es absoluto, puesto que la Ley Fundamental excluye que se proporcione información en tres supuestos: **a**) afectación de la intimidad personal; **b**) compromiso a la seguridad nacional; y, **c**) en los casos en que la ley expresamente así lo considere (se entiende en este supuesto que el legislador ordinario sólo puede limitar el derecho, sin dejarlo vacío de contenido, en aquellos casos en

que la entrega de la información lesione –en principio– otro bien jurídico constitucionalmente protegido, incorporando a su vez los necesarios controles para permitir la debida ponderación en sede judicial con arreglo al principio de proporcionalidad).

Dentro de esa misma línea, el segundo párrafo del citado art. 2º.5 de la Constitución reconoce como excepciones al derecho a recibir información de entidades públicas, las referentes a la actividad bancaria y tributaria de las personas, que por cierto se reconducen dentro del complejo de derechos vinculados a la intimidad personal. El secreto bancario y la reserva tributaria, cuya definición de su ámbito queda librada al legislador ordinario, sin embargo tienen un carácter relativo, puesto que pueden levantarse a instancia judicial, del Fiscal de la Nación y a una Comisión Investigadora del Congreso *"...con arreglo a ley y siempre que se refieran al caso investigado"*.

A. Del levantamiento del secreto bancario

El art. 142º de la Ley Nº 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, de 9 de diciembre de 1996, determina la información no comprendida dentro del secreto bancario, que es la información de carácter global. Entre ellas, precisa: **a)** la proporcionada por la Superintendencia al Banco Central de Reserva y a las empresas del sistema financiero para usos estadísticos y la formulación de la política monetaria y su seguimiento; **b)** la suministrada a bancos del exterior con los que se mantenga corresponsalía o que estén interesados en establecer una relación de esa naturaleza; y, **c)** la divulgación de información sobre las sumas recibidas de los distintos clientes para fines de liquidación de la empresa.

A su vez, el art. 143º de la citada ley incorpora cinco supuestos en los que se puede levantar el secreto bancario. Dicha norma no sólo hace mención –como es tradicional y lo reconoce el principio de proporcionalidad– al levantamiento del secreto bancario por orden judicial; también incorpora como órganos habilitados para levantarlo, con expresa mención constitucional, al Fiscal de la Nación y al Presidente de una Comisión Investigadora del Congreso. Asimismo, aunque sin cobertura constitucional específica, señala que el secreto bancario puede levantarse por disposición del Superintendente en el ejercicio de sus funciones de supervisión (¿justifica el levantamiento del secreto bancario de las personas, en cuanto derecho constitucional, la potestad de la SBS de

ejercer el control de las empresas bancarias a que hace referencia el art. 87º del Código político?).

En esa perspectiva polémica el art. 140º, luego de precisar que *el secreto bancario comprende las operaciones pasivas que las empresas del sistema financiero tienen con sus clientes*, excluye del mismo a "...los movimientos sospechosos de lavado de dinero o de activos a que se refiere la Sección Quinta de esta Ley, en cuyo caso la empresa está obligada a comunicar acerca de tales movimientos al Fiscal de la Nación". En realidad, en este caso, la ley impone a los funcionarios y a las propias empresas del sistema financiero un deber de denuncia, bajo un principio muy claro, en rigor un *deber de garante de la indemnidad del propio sistema financiero*, vinculado a lo que se denomina en el ámbito internacional "conocer a su cliente", que por lo demás predetermina en los casos de omisión de denuncia un supuesto de dolo eventual para la comisión del delito de blanqueo o lavado de dinero, previsto y sancionado en el art. 296º–B del Código Penal.

El levantamiento judicial del secreto bancario está sujeta a dos condiciones: **a)** que el juez lo solicite "en el ejercicio regular de sus funciones", es decir, en el curso de un proceso judicial iniciado o por iniciarse (supuestos de investigación preliminar); y, **b)** que la información sea requerida a un proceso o acto de investigación determinado y que en él sea parte el cliente de la empresa a quien se contrae la solicitud (ello significa que el pedido judicial se cursa a una empresa en particular y no a la SBS). Este último requisito, sin embargo, constituye una limitación a la prescripción constitucional, desde que ella sólo se refiere al caso investigado y no necesariamente que en el "caso investigado" sea parte el cliente del banco.

El art. 172º del Proyecto de 1995, de fuente italiana, luego de permitir el levantamiento del secreto bancario "...cuando sea necesario para el esclarecimiento de los hechos ... (y que tengan) ... relación con el hecho punible y que resulte indispensable y pertinente para los fines del proceso" y de circunscribir la potestad judicial no sólo a las informaciones –en rigor, pedido de informes (art. 264º del mismo Proyecto de 1995)–, sino también al secuestro de documentos, títulos valores, sumas depositadas y cualquier otro bien (esto último se vincula al secreto documental que integra la noción de intimidad personal) precisa que el ámbito de la facultad judicial se extiende a los bienes que no pertenezcan al imputado o que no se encuentren registrados a su nombre.

En tanto se trata de una orden judicial, las empresas del sistema financiero están obligadas a proporcionar inmediatamente la información correspondiente y, en su momento, las actas y documentos, incluso su original, si así se ordena, y todo otro objeto vinculado al proceso que detenten por razón de su actividad.

Como existen operaciones no comprendidas en el secreto bancario, los requerimientos de información pueden provenir del Fiscal Provincial, en cuya virtud las empresas del sistema financiero están obligadas a proporcionar.

Si la orden judicial implica secuestro de "... documentos, títulos–valores, sumas depositadas y cualquier otro bien ...", corresponde al Fiscal, decretada la orden judicial (la potestad de requerimiento directo del Fiscal sólo alcanza al pedido de informes), levantar el acta correspondiente en la forma prescrita para el secuestro de correspondencia y documentos privados.

B. Del levantamiento de la reserva tributaria

El art. 85º del Código Tributario, en su texto aprobado por el Decreto Legislativo Nº 816, de 10 de abril de 1996, publicado en *El Peruano* el 15 de dicho mes y año, sanciona que tienen carácter reservado la cuantía, la fuente de las rentas, los gastos, la base imponible o, cualesquiera otros datos relativos a ellos, cuando estén contenidos en las declaraciones e informaciones que obtengan por cualquier medio de los contribuyentes, responsables o terceros. Dicha norma, en cuatro incisos exceptúa la reserva tributaria, las tres últimas vinculadas al accionar propio de la Administración Tributaria (expedientes de procedimientos tributarios, publicación de datos estadísticos de carácter global y publicación de los contribuyentes y/o responsables, de sus tributos y de su deuda exigible).

El inc. a) del citado art. 85º del Código Tributario reconoce explícitamente la medida instrumental del levantamiento de la reserva tributaria. Esta medida comprende la orden judicial de exhibición de documentos y declaraciones tributarias, circunscrita a los procesos penales que se instauren (también se extiende a los procesos contencioso–administrativos tributarios, y a los civiles de alimentos y disolución de la sociedad conyugal), siempre que se refieran al caso investigado. La exhibición se tiene por cumplida, reza el segundo párrafo del art. 260º del Código Procesal Civil, cuando se acompañan copias completas

debidamente certificadas de los documentos ordenados. Es obvio que la persona cuyo derecho a la reserva tributaria se limite por orden judicial debe estar procesada o, cuando menos, debe haber indicios vehementes de vinculación delictiva, que haga tolerable la afectación de tal derecho constitucional.

El art. 173º del Proyecto de Código de 1995, en la misma línea del art. 85º del Código Tributario, condiciona el levantamiento de la reserva tributaria a que "...resulte necesario para el esclarecimiento del hecho punible". Sobre esa base, la potestad judicial importa requerir a la Administración Tributaria la exhibición o remisión de información, documentos y declaraciones de carácter tributario que tenga en su poder, en cuyo caso ésta deberá exhibir o remitir en su caso la información, documentos o declarados ordenados.

El art. 85º del Código Tributario, en armonía a lo dispuesto en la Constitución, permite que el Fiscal de la Nación, en los casos de presunción de delito, ordene el levantamiento de la reserva tributaria; de igual manera, autoriza a la Comisión de Fiscalización o a una Comisión Investigadora del Congreso a hacer lo propio, siempre que la medida esté causalmente vinculada al caso investigado. En cuanto al Fiscal de la Nación, tal medida sólo será posible en los casos en que el órgano máximo del Ministerio Público esté adelantando una investigación especial que legalmente le esté asignada, siendo un supuesto taxativo el de enriquecimiento ilícito de funcionarios o servidores públicos (art. 41º Const.), puesto que si la investigación ya está intervenida judicialmente, la orden sólo puede provenir del juez competente, toda vez que de lo contrario se produciría un claro caso de interferencia en las funciones judiciales, proscrita por el art. 139º.2 de la Constitución.

8. El secuestro o incautación y la exhibición forzosa de cosas

El derecho de propiedad (art. 2º.16 de la Constitución) también puede ser limitado cuando resulte necesario para el esclarecimiento del hecho punible objeto de investigación. Debe tratarse de un bien o una cosa "...relacionada con la investigación" cuya ocupación sea indispensable para el éxito del fin de averiguación impuesto a la autoridad titular de la instrucción. Al respecto, Clariá Olmedo apunta que es la medida coercitiva de mayor trascendencia para la adquisición de la prueba material en el proceso, que implica una limitación al derecho de uso y goce de los bienes para proveer a las necesidades probatorias, en cuya virtud

el titular queda privado de ellos mientras se mantengan en custodia a disposición del tribunal [215].

El secuestro o incautación –términos sinónimos– consiste en la aprehensión de una cosa, en su ocupación, por orden judicial, con el objeto de asegurar el cumplimiento de su función específica: la investigación de la verdad y la actuación de la ley penal [216]. En tal virtud, el secuestro o incautación puede tener un carácter instrumental o un carácter cautelar, según esté destinado a adquirir y conservar material probatorio útil a la investigación o a la imposición de una medida penal: el decomiso, previsto en el art. 102º del Código Penal.

El secuestro cautelar –que se abordará cuando se estudien las medidas cautelares reales– procede contra "los efectos provenientes de la infracción penal o de los instrumentos con que se hubiere ejecutado, a no ser que pertenezcan a terceros no intervinientes en la infracción". El secuestro instrumental, en cambio se circunscribe a las cosas que pueden servir de medios de prueba. Su objeto, por consiguiente, se extiende a las *cosas materiales* (comprendiéndose los cuerpos sólidos, líquidos y gaseosos) o *documentos*, aunque se encuentren fuera del comercio (como el cadáver humano); también se acepta la posibilidad de secuestrar *muebles y semovientes*, pero respecto de los inmuebles y muebles de grandes dimensiones, lo mejor será, con arreglo al art. 167º del Código de 1991, disponer su clausura o su inmovilización [217].

El *secuestro instrumental*, objeto del presente análisis, se circunscribe a las cosas que tengan relación con la prueba del delito, ya sea que se trate de cosas sobre las que ha recaído la infracción penal o cosas que, sin haber sufrido sus consecuencias, contengan sus huellas o las del autor o suministren referencias sobre la filiación, hábitos o antecedentes del autor. También es posible secuestrar escrituras de comparación para los análisis periciales correspondientes, aunque no cabe hacerlo respecto a cosas materiales vinculados a la institución del secreto: oficial y profesional [218].

---

[215] Clariá Olmedo: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. V, p. 377.

[216] Cafferata Nores: *Medidas de coerción en el proceso penal*, cit., p. 125.

[217] Cafferata Nores: *Medidas de coerción en el proceso penal*, cit., p. 126.

[218] Leone: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. II, pp. 228–230.

El Código de 1991, en el Capítulo VII del Título III del Código de 1991, prescribe como regla general para el secuestro instrumental la orden judicial, dictada a pedido fundamentado del Fiscal y debidamente escoltado con la evidencia mínima correspondiente. Apreciado sus fundamentos y en orden al principio de proporcionalidad el juez dictará o no la medida solicitada; de aceptar la petición del fiscal, el juez dictará una resolución autoritativa, que contendrá, según el art. 157º, la designación concreta de la cosa cuyo secuestro o exhibición se ordene y, de ser necesaria, autorización para obtener copia o fotografía o la filmación o grabación, así como la indicación del ámbito o lugar en el que tendrá lugar el apercibimiento en caso de desobediencia del obligado a facilitar la diligencia. La ejecución de la medida corresponde al Fiscal, que la realizará previa citación de las partes personadas y con el auxilio personal correspondiente.

De lo acontecido en la diligencia de secuestro se levantará acta, describiéndose fielmente lo constatado. CLARIÁ OLMEDO señala que el acta tiene un contenido subjetivo y otro objetivo; desde el punto de vista subjetivo el acta debe contener la mención de los intervinientes en el acto de aprehensión y posesionamiento de lo secuestrado (el fiscal, el secretario, el auxilio policial y el titular de los objetos secuestrados); desde el ángulo objetivo, el acta debe mencionar el o los objetos secuestrados, describiéndolos uno por uno, indicando en su caso las cautelas que se adopten para su aseguramiento y el depósito de los mismo conforme se disponga [219].

Por otro lado, el citado Código permite por razones de urgencia el secuestro por el Fiscal sin orden judicial. La urgencia se traduce en dos supuestos: **a)** *peligro por la demora*, es decir, riesgo razonable y fundado que de no actuarse inmediatamente el bien relacionado con el delito se puede perder; y, **b)** *delito flagrante*, vale decir, que el delito se esté cometiendo en presencia fiscal y sea necesario hacer cesar ese estado antijurídico ocupando la cosa material relacionada con la infracción que se está perpetrando. Una vez efectivizada la medida, el Fiscal solicitará inmediatamente la resolución confirmatoria judicial, la cual se expedirá previo traslado a las partes (art. 314º del Código de 1991). La confirmación judicial procederá siem-

[219] CLARIÁ OLMEDO: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. V, p. 383.

pre que el secuestro se encuentre en los supuestos de urgencia antes glosados y en la medida en que cumpla con los demás presupuestos fijados por la ley: objeto vinculado al delito y necesidad para la instrucción.

Asimismo, el secuestro también puede ser dispuesto por la policía judicial. El art. 106º.11 autoriza a la policía a efectuar, bajo inventario, los secuestros e incautaciones necesarias en los casos de delito flagrante o de peligro inminente de su perpetración. Por consiguiente, en caso de peligro por la demora la policía dará cuenta del hecho a la Fiscalía para que ésta disponga el secuestro y, luego, requiera la respectiva confirmación judicial. El Código de 1940 tiene un texto más amplio; el art. 59º reconoce implícitamente el secuestro o incautación cuando dispone que debe poner a disposición del juez "...los efectos que se hubiese incautado". Empero, tratándose de una medida limitativa de derechos fundamentales, sea en el Código de 1940 e incluso en el Código de 1991, necesariamente está sujeta a la ulterior confirmación o revocación judicial. El juez, en estos casos, y más aún en aquellos supuestos en que la ley extiende los poderes de incautación policial –v. gr.: tráfico ilícito de drogas y terrorismo–, de oficio debe pronunciarse acerca de la legalidad y, en su caso, continuación de dicha medida que, como tal, resulta provisionalísima y urgente en aras de la inmediata decisión judicial.

Los objetos secuestrados deben ser asegurados y custodiados o conservados, previo inventario, evitándose con ello su destrucción o alteración hasta tanto presten su eficacia probatoria. El Código no trae mayores normas al respecto, por lo que queda a la decisión judicial adoptar las medidas más apropiadas. Por tanto, según su volumen, pueden ser conservados en una caja de seguridad judicial, en un ambiente del propio Poder Judicial (depósito judicial); si se trata de semovientes o bienes de dimensiones apreciables, por ejemplo, puede ordenarse su depósito y entregarse a un depositario, que inclusive puede ser el propio titular del bien; en este caso debe estarse a lo que dicen las leyes especiales (si se trata de vehículos, ingresará a un depósito oficial; si son bienes de contrabando, el deposito corresponde a Aduanas; y si se trata de bienes vinculados al delito de tráfico ilícito de drogas el deposito estará a cargo de la Oficina Ejecutiva de Control de Drogas).

En cuanto a la duración del secuestro, éste se encuentra condicionado a las necesidades del proceso, por lo que puede cesar antes de la resolución que dé por concluido el proceso. Si no son necesarios para la investigación o actividad probatoria, pueden ser devueltos a su titular,

esto es, a la persona de cuyo poder se secuestró. Si se trata de bienes sustraídos y secuestrados, serán entregados al agraviado. Igualmente, serán devueltos si se produce una controversia sobre la restitución o la forma de ella y se declare que los bienes incautados no tienen ninguna relación con el delito. En todos estos casos, precisa el art. 161º del Código de 1991, la devolución procede a título provisional y en calidad de depósito. Una vez culminado el proceso, la resolución definitiva trae aparejada la cesación definitiva del secuestro y la consiguiente devolución de los bienes a su titular.

El art. 162º se pone en un supuesto especial: si se secuestra un bien y no es posible iniciar un procedimiento judicial por no poderse identificar a su autor ni tampoco al perjudicado, transcurridos seis meses dicho bien puede ser rematado ante la Fiscalía que efectuó la incautación y el valor obtenido destinado al Tesoro Público.

El secuestro, sin embargo, no es la única opción para asegurar bienes vinculados al delito. El Código de 1991 también permite la *exhibición forzosa*, que es una medida menos intensa, aplicable cuando el secuestro no es necesario para los fines del proceso penal. En tal virtud, la persona a quien se ordene la exhibición de una cosa material debe presentarla al Fiscal, quien a su vez debe describir fielmente en el acta lo constatado, sin perjuicio de reproducirlo, empleando el medio técnico disponible (art. 159º *in fine*).

VII. CLAUSURA DE LA INSTRUCCIÓN

1. Aspectos generales

La investigación, como ya se precisó, está sometida a un plazo predeterminado. El plazo varía según los Códigos: **a)** el Código de 1940, modificado por el Decreto Legislativo Nº 126, establece que el plazo es de cuatro meses, pero excepcionalmente cuando lo pida el Fiscal (en este caso el pedido es vinculatorio al ser el Ministerio Público el responsable de la persecución penal) o el Juez lo decida, el plazo puede ampliarse hasta en un máximo de sesenta días adicionales, mediante decisión debidamente fundamentada y puesta en conocimiento del Superior Tribunal; **b)** el Código de 1991 fija el plazo, en su art. 98º, en ciento veinte días naturales y sólo por causas de naturaleza extraordinaria se prorrogará por única vez hasta un máximo de quince días naturales.

Lo común en ambos Códigos es que la prórroga tiene un carácter excepcional. Ello obliga al Instructor a realizar con la celeridad necesaria los actos de investigación indispensables para fijar los hechos y la posible vinculación de los imputados. Sólo en supuestos de suma necesidad, cuando el acto de investigación resulta indispensable para establecer la base misma de la imputación, se debe optar por el plazo complementario. En el modelo del Código de 1940, corregido por la Ley Orgánica del Ministerio Público, se reconoce al Fiscal un poder vinculatorio de su requerimiento de ampliación, situación plenamente explicable por el hecho de que el Ministerio Público es el titular de la acusación. En el Código de 1991, la decisión acerca del vencimiento de la investigación es de competencia exclusiva del Fiscal, salvo que el plazo no se cumpla, en cuya virtud el Juez, a instancia de las partes o de oficio, puede intervenir poniendo en su conocimiento esa irregularidad y disponiendo su subsanación; de no efectuarse las correcciones o subsanaciones anotadas, el Juez acudirá al Fiscal Superior para que proceda de acuerdo a sus atribuciones, es decir, para que ordene lo que corresponda, si es que está de acuerdo con la decisión judicial y, en su caso, imponga la medida disciplinaria que corresponda o inste el procedimiento disciplinario a que hubiere lugar.

Obviamente, la conclusión de la investigación no ha de esperar el vencimiento del término respectivo. En principio, se dará por concluida cuando se hayan acumulado los elementos suficientes para lograr la finalidad de esclarecimiento impuesto por la ley: averiguación de los hechos, identificación del imputado, aseguramiento de las fuentes de prueba y demás evidencias o elementos de convicción, así como aseguramiento de las posibles sanciones penales y responsabilidades civiles. En estos términos se pronuncian los arts. 196º del Código de 1940, modificado por la Ley Nº 24388, y 251º del Código de 1991. La indicada ley modificatoria, Ley Nº 24388, introduce otro supuesto de conclusión de la investigación: la confesión del inculpado corroborada con prueba. El art. 136º de dicho Código nos dice que esta situación releva al Juez de practicar las diligencias que no sean indispensables, pudiendo dar por concluida la investigación, siempre que ello no perjudique a otros inculpados o que no pretenda la impunidad para otro, respecto del cual existen sospechas de culpabilidad. Este supuesto, sin embargo, muy bien puede reconducirse al supuesto anterior: acumulación de los actos necesarios para dar por cumplidos los fines de la investigación, lo que explica que en el Código de 1991 no se haya considerado como supuesto independiente.

2. EL PROCEDIMIENTO DE CONCLUSIÓN SUMARIAL EN EL CÓDIGO DE 1940

Corresponde al Juez, en el Código de 1940, decidir la terminación de la etapa de instrucción. Presentados los supuestos antes señalados, por decreto dispone la remisión de la causa al Fiscal Provincial para que dictamine sobre su mérito (arts. 197º del Código de 1940 y 95º.7 de la LOMP), el cual, si considera que se ha omitido diligencias sustanciales y siempre que anteriormente no se haya ampliado el plazo de la instrucción, devolverá los autos al Juez, indicando las que sean del caso actuar. El Juez, de conformidad con el art. 199º, acordará la ampliación mediante resolución fundada, en tanto en cuanto ésta no haya sido objeto de un plazo de complemento anterior, dando cuenta al Tribunal Superior, según lo dispuesto en el art. 202º. Devueltos los autos, o en el supuesto en que el Fiscal Provincial estimare que la instrucción ha llenado su objeto, expresará su opinión fundada sobre el delito y la responsabilidad o inocencia del inculpado. A este respecto, el Supremo Tribunal ha establecido que es nulo lo actuado si el dictamen del Fiscal Provincial no está motivado [220] y que el Fiscal Provincial debe pronunciarse en su informe sobre la culpabilidad o inculpabilidad del procesado [221].

Acto seguido, con el dictamen fiscal sobre el fondo del asunto, corresponde al Juez hacer lo propio, es decir, emitir un informe pronunciándose motivadamente sobre la existencia del delito y la responsabilidad o inocencia del inculpado. La Jurisprudencia Suprema ha dejado sentado que es nulo lo actuado, inclusive la sentencia, sin que exista en la instrucción el informe que debe emitir el Juez sobre la culpabilidad del procesado [222].

El informe del Juez tiene dos *efectos* importantes: **a)** Si el Juez considera que están suficientemente acreditados el delito y la responsabilidad del inculpado y éste se halla detenido, pondrá este hecho en conocimiento del Tribunal Superior y del Establecimiento Penal donde se encuentre; en cambio, si está con libertad provisional o con orden de comparecencia, lo notificará a que se presente al Tribunal, bajo apercibimiento de detención; y, **b)** Si el Juez concuerda con la opinión del

[220] *Revista Jurídica del Perú*, Nº III, Lima, 1960, p. 125.

[221] *Revista de los Tribunales*, 1939, Lima, p. 431.

[222] *Revista de los Tribunales*, 1946, Lima, p. 281; y *El Peruano*, Lima, 11 de abril de 1954.

Fiscal Provincial acerca de la inocencia del inculpado, lo pondrá en libertad, notificándolo de que debe presentarse al Tribunal en caso de que éste declarase que hay lugar a juicio.

Resulta pues ineludible que al finalizar la instrucción, Fiscal y Juez emitan sendos informes motivados sobre el fondo del asunto: existencia del delito y responsabilidad del imputado. El plazo para emitirlos, reza el art. 203º del Código, es de ocho días si hay reo en cárcel y de veinte días si no lo hay (en igual sentido se pronuncia el art. 219º respecto del dictamen del Fiscal Superior).

La Jurisprudencia Suprema ha precisado: **1.** Que no se procede dar por terminada la instrucción sin que el Fiscal Provincial y el Juez hayan emitido opinión sobre el mérito de lo actuado [223]. **2.** Que el Juez no tiene facultad para declarar, mediante resolución, la culpabilidad o inocencia del inculpado, porque esta decisión corresponde al Tribunal Superior, debiendo limitarse a pronunciarse sobre el mérito de lo actuado y elevar el expediente al Tribunal [224]. **3.** Que el juez carece de facultad para cortar la instrucción y ordenar el archivamiento definitivo en ella, así como para declarar no haber lugar a juicio oral [225]. **4.** Que si el Juez y el Fiscal no se pronuncian sobre el mérito de lo actuado, el Fiscal Superior no puede hacer lo propio [226].

Antes de elevarse los actuados al Tribunal, señala el art. 204º, deben ponerse los autos a disposición de los interesados en el Despacho del juez por el término de tres días. Esta es la ocasión, fijada por la ley, para que las partes puedan tomar conocimiento integral de los actuados y, en su oportunidad, preparen los alegatos que harán valer ante el Superior Tribunal.

Finalmente, es de dejar sentado que la conclusión de la instrucción no es dispuesta definitivamente por el Juez. La Sala, durante la fase intermedia, a solicitud del Fiscal Superior, puede acordar un plazo de complemento, de conformidad con el art. 220º, primer párrafo, del Código

---

[223] *Revista de los Tribunales*, 1941, Lima, p. 347; y *Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1954, Lima, p. 999.

[224] *Revista de los Tribunales*, 1943, Lima, p. 133.

[225] *Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1961, Lima, p. 1064; y *Revista de los Tribunales*, 1943, Lima, p. 386.

[226] *El Peruano*, Lima, 25 de febrero de 1942.

de 1940, modificado por la Ley Nº 24388. En cuyo caso, una vez actuadas las diligencias ordenadas o vencido el plazo complementario, Fiscal y Juez deben emitir otros informes finales debidamente fundamentados. Sobre este punto ya se ha pronunciado el Supremo Tribunal en Ejecutoria de 8 de mayo de 1957, estableciendo que: "Cuando en una instrucción mandada ampliar, indicándose la realización de determinadas diligencias, el Fiscal y el Juez, omiten en su nuevo dictamen e informe con sujeción a los arts. 198º y 199º del Código valorar dichas diligencias relacionándolas con las que apreciaron anteriormente, limitándose a reproducir dicho dictamen e informe, incurre en causal de nulidad" [227].

Este procedimiento de culminación de la instrucción en el Código de 1940 está determinado para el denominado "procedimiento ordinario", radicado en los delitos graves, en cuya virtud corresponde al Juez Instructor investigar e informar y al Tribunal Superior intervenir decisoriamente en la fase intermedia y en la etapa de enjuiciamiento. Para el supuesto del denominado "juicio sumario" (Decreto Legislativo Nº 124 y Ley Nº 26689), cuya ámbito competencial alcanza a los delitos menos graves, el Fiscal Provincial no emite informe final, sino que al dictaminar se pronuncia por el sobreseimiento de la causa o formula acusación, mientras que el Juez Penal asume el control de la etapa intermedia, a la vez que, en caso de acusación, emite sentencia con el solo mérito de los actuados de la instrucción.

3. El procedimiento de conclusión sumarial en el Código de 1991

El procedimiento de conclusión de la investigación es diferente en el Código de 1991. Para los delitos menos graves está previsto el "proceso ordinario" y para los delitos graves, mientras que el proceso especial por razón de delito alcanza a los delitos graves. En el primer caso, culminada la investigación el Fiscal debe decidir si formula acusación o solicita el sobreseimiento de la causa, correspondiendo al Juez Penal dictar el auto de sobreseimiento, emitir el auto de apertura de juicio oral y realizar la audiencia. En el segundo caso, señala el art. 257º de dicho Código, el Fiscal Provincial debe emitir un dictamen final, en el término de ocho días, acerca de las investigaciones realizadas y de las medidas jurisdiccio-

[227] *Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1957, Lima, p. 817.

nales que solicitó, indicando cuáles fueron los resultados de su aplicación de éstas. Acto seguido, elevará directamente los actuados al Fiscal Superior, quien se encargará de requerir al Superior Tribunal el sobreseimiento de la causa o la apertura del juicio oral formulando la correspondiente acusación escrita.

El contenido del dictamen final del Fiscal Provincial, sin duda alguna, se irá definiendo progresivamente por el propio Ministerio Público. El art. 257º del Código de 1991 no menciona expresamente, por ejemplo, que el Fiscal Provincial deba pronunciarse sobre el delito y la responsabilidad o inocencia del imputado. Dicho numeral preceptúa que el Fiscal debe pronunciarse "acerca de las investigaciones realizadas", lo que a nuestro juicio significa que debe realizar un relato de los cargos y de los actos de investigación realizados, mencionando su contenido y analizándolos críticamente para concluir, como dato necesario de una función crítica, sobre la existencia del delito y de la responsabilidad o no del imputado. Integrará el contenido del dictamen final, lo ocurrido con las medidas solicitadas al juez y su resultado procesal.

El Fiscal Superior, al recibir los actuados, sin duda alguna, visto el principio de dependencia jerárquica y en tanto que le corresponde determinar si formula acusación, podrá analizar la realidad de la investigación efectuada por el Fiscal Provincial y si la estima incompleta ordenarle que en un plazo complementario, que no puede exceder de quince días naturales lleve a cabo los actos de investigación que expresamente le señale. Es de advertir que no hay otra opción respecto del plazo, pues lo único que cabe es aplicar supletoriamente las normas vinculadas al plazo complementario antes que la instrucción se eleve a los Superiores (art. 98º). Evidentemente, si el Fiscal Provincial al vencerse el plazo ordinario no agotó las diligencias necesarias para que la instrucción cumpla su objeto, puede solicitar en su dictamen final que elevará al Fiscal Superior la concesión de un plazo ampliatorio.

CAPÍTULO XXI
LA ETAPA INTERMEDIA

SUMARIO: **I.** Concepto y funciones: 1. Concepto. 2. Funciones. **II.** Procedimiento. **III.** El auto de sobreseimiento: 1. Concepto y notas esenciales. 2. Clases. 3. Presupuestos. 4. Recursos. 5. Sobreseimientos especiales. **IV.** La acusación fiscal: 1. Fundamento, concepto y elementos. 2. Requisitos formales. 3. Clasificación. **V.** El auto de enjuiciamiento. **VI.** Interposición de medios de defensa y actos de prueba: 1. Aspectos generales. 2. El Código de 1940. 3. El Código de 1991. 4. El Proyecto de Código de 1995.

I. CONCEPTO Y FUNCIONES

1. CONCEPTO

Esta etapa, apunta TOMÉ GARCÍA, se denomina *intermedia* porque se sitúa entre las dos etapas que la Ley rituaria distingue en el proceso ordinario: etapa de investigación o preliminar y etapa del juicio oral o audiencia [228]. Tal denominación es más descriptiva que conceptual, pues hace referencia a una etapa procesal que se sitúa luego de la instrucción y antes del procedimiento principal [229].

La etapa intermedia, al decir de Alberto BINDER, sirve "...para determinar si es posible someter a una persona determinada –en este caso al inculpado– a un juicio" [230]. En otras palabras tiene por objeto saber si el tribunal ordinario debe abrir el juicio oral y, por ende, llevar el asunto al tribunal

---

[228] En: DE LA OLIVA SANTOS *et. al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 413.

[229] CLARIÁ OLMEDO: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. V, p. 104.

[230] BINDER: *Introducción al Derecho procesal penal*, cit., p. 223.

cognitivo; y, responde a una finalidad de economía procesal, de despachar rápidamente en sentido negativo sin juicio oral asuntos que no merecen un debate, y de ahorrar al inculpado molestias procesales inútiles [231].

Para este efecto, corresponderá al órgano jurisdiccional competente: 1) examinar si la instrucción está bien concluida y, en su caso, si es necesario practicar nuevas diligencias; y, 2) decidir, de encontrarse completa la investigación o no poder actuarse nuevas diligencias por imposibilidad legal, si se debe sobreseer la instrucción o dictar auto de enjuiciamiento o de apertura del juicio oral. Por consiguiente, se trata de una etapa eminentemente crítica, donde las funciones de imputación y de control adquieren su máxima expresión; hace mérito sobre la tarea desarrollada durante la instrucción [232].

La etapa intermedia comienza con el auto de elevación de la instrucción (art. 203º del Código de 1940) o el auto de conclusión de la investigación (art. 251º del Código de 1991). Esta resolución, que se dicta cuando concluyó el plazo de la investigación o cuando se han acumulado todas las actuaciones y diligencias en orden a la comprobación del delito y averiguación del presunto responsable, ocasiona la pérdida de la jurisdicción del juez penal y su transferencia a otro órgano jurisdiccional, en este caso la Sala Penal Superior, de ahí su impugnabilidad. La etapa intermedia culmina con el auto de citación a juicio.

La etapa intermedia, por consiguiente, tiene por objeto revisar y valorar los resultados de la instrucción examinando la fundamentación de la acusación y resolviendo sobre el reconocimiento de la pretensión penal, con el fin de decidir si procede o no abrir el juicio. Es de tener presente, en primer lugar, que a esta etapa corresponde ponderar los hechos que previamente han sido objeto de investigación sumarial y sobre los que finalmente versará la sentencia; y, en segundo lugar, que tanto a dicha etapa cuanto a la instrucción resulta de aplicación el aforismo *in dubio pro accusatione (pro societate)* mientras que en el juicio oral rige la máxima *in dubio pro reo* [233].

---

[231] BELING, Ernst: *Derecho procesal penal*, Labor, Barcelona, 1945, p. 273.

[232] ALVAREZ, Alejandro E.: «El procedimiento intermedio», en: AA.VV.: *El nuevo Código Procesal de la Nación*, Editores Del Puerto, Buenos Aires, 1993, p.156.

[233] ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, Guillermo: *El período intermedio del proceso penal*, McGraw-Hill, Madrid, 1997.

2. FUNCIONES

La doctrina atribuye, de modo unánime, las funciones de revisión e integración del material instructorio y el control de los presupuestos de apertura del juicio oral. Desde esta perspectiva, la etapa intermedia tiene funciones principales y accidentales:

A. Funciones principales

Las *funciones principales* de la etapa intermedia pueden ser tanto de carácter positivo cuanto de carácter negativo. Su *carácter positivo* consiste en dilucidar si concurren los presupuestos del juicio oral, esto es, si se ha acreditado suficientemente la existencia de un hecho punible y si se ha determinado su presunto autor. Su *carácter negativo* estriba en depurar la "noticia criminal" o denuncia y evitar que los inculpados, cuya inocencia esté evidenciada de lo actuado durante la instrucción, puedan ser acusadas cuando inevitablemente el órgano jurisdiccional habrá de pronunciar una sentencia absolutoria. Esto último es lo que MAIER califica de justificación política del procedimiento intermedio.

B. Funciones accidentales

Las *funciones accidentales*, sostiene GIMENO SENDRA [234], son de tres órdenes: **1.** *Depuración del procedimiento*, destinada a resolver, con carácter previo, la existencia o no de presupuestos procesales, de excepciones, de cuestiones previas y prejudiciales y cuestiones de competencia. **2.** *Complementación del material instructorio*, destinada a dilucidar si la instrucción se encuentra debidamente agotada, en cuyo caso se dispondrá la concesión de un plazo ampliatorio para la actuación de nuevas diligencias. **3.** *Complementación de la imputación*, destinada a posibilitar que el Fiscal Superior proponga la investigación de otro delito, que fluye de la denuncia o de la instrucción, o que se comprenda a otras personas en los hechos delictivos investigados. En ambos supuestos, el órgano jurisdiccional dispondrá –si está de acuerdo con esa solicitud– la ampliación del plazo instructorio.

De lo expuesto se desprende que la etapa intermedia no es propiamente una fase de "preparación del juicio oral" sino más bien el momento procesal en que se decide si el juicio es o no procedente [235].

---

[234] GIMENO SENDRA *et. al.*: *Derecho procesal*, cit., T. II (*Proceso penal*), p. 402.

[235] ORMAZÁBAL SÁNCHEZ: *El período intermedio del proceso penal*, cit., p. 15.

La Corte Suprema recientemente ha establecido que la etapa intermedia, a través del auto de enjuiciamiento, tiene una *función de control* de la acusación respecto a los delitos, encausados y agraviados que fueron materia de la denuncia fiscal y del auto apertorio de instrucción y sus ampliatorios, y, a su vez, la *función programática* del juzgamiento para garantizar la eficiencia en el resultado del proceso, lo que obliga a estudiar íntegramente lo instruido. De esta forma es posible advertir omisiones del fiscal y errores en la acusación, así como requerir informes vinculados a los beneficios penitenciarios, entre otros [236].

II. PROCEDIMIENTO

Una vez que se dicta el auto de conclusión de la investigación o de elevación del proceso, corresponde al Fiscal que actúa ante el órgano jurisdiccional competente para conocer de la etapa o fase intermedia, a quien se le remiten los autos con todos sus antecedentes y piezas de convicción, pronunciarse sobre el mérito de la instrucción en el plazo de 8 días si existe reo en cárcel o de 15 días si se trata de reo libre.

Es esencial tener presente que del dictamen que emita el Fiscal dependerá la resolución que en su momento dictará el órgano jurisdiccional. Ello importa reconocer, de un lado, el papel protagónico que se reconoce al Fiscal para determinar la procedencia del juicio oral y, de otro lado, la función básicamente de control que cumple el órgano jurisdiccional.

El Fiscal tiene tres opciones: **a)** solicitar un plazo ampliatorio de la investigación, a fin de que se complemente la fase instructoria o la imputación; **b)** emitir un dictamen no acusatorio y, en consecuencia, solicitar al juez la expedición de un auto de sobreseimiento; **c)** formular acusación, lo que determinará la emisión del auto de enjuiciamiento o de apertura del juicio oral.

Cada opción del Fiscal determinará, una vez devueltos los autos, la actitud del órgano judicial, por cuanto nuestro sistema procesal reconoce desde siempre al juez un control necesario de legalidad de los actos del Ministerio Público "...en busca de su corrección o saneamiento formal" [237]. Así tenemos:

---

[236] Ejecutorias supremas de 25 de junio de 11998, Exp. Nº 6434–97, Junín; de 24 de junio de 1990, Exp. Nº 1884–98, Callao; y de 6 de julio de 1998, Exp. Nº 2071–98, Tacna.

[237] BINDER: *Introducción al Derecho procesal penal*, cit., p. 225.

A. Frente a un pedido de plazo ampliatorio, estando a que el Fiscal es quien tiene la carga de la prueba y –según el Código de 1991– el señorío de la investigación, esto es, la responsabilidad de la recolección de la información sumarial, el juez está obligado a acordarlo cuando se trate de un pedido sustentado en el supuesto de *complementación del material instructorio*; al respecto, la Corte Suprema tiene establecido que el Tribunal no puede denegar la ampliación de la instrucción solicitada por el Fiscal, dado que éste tiene la potestad de pedir si la considera incompleta o defectuosa, más aún si se tiene en cuenta que es titular de la acción penal pública [238]. También ha señalado el Tribunal Supremo que la resolución de la Sala Penal Superior que deniega la ampliación del plazo de investigación, por haberse vencido el plazo ordinario y especial con exceso, al no estar previsto tal supuesto en el art. 292º del Código de Procedimientos Penales, se encuentra arreglada a derecho [239].

En cambio, si se trata de ampliar el objeto procesal por otros hechos delictivos o comprender a terceras personas como inculpadas, que es el supuesto de *complementación de la imputación*, teniendo en cuenta que corresponde al juez aprobar y controlar el proceso una vez que el Ministerio Público ejerció la acción penal, la aceptación del requerimiento fiscal está condicionado al convencimiento judicial de los presupuestos de la solicitud. Finalmente, si la instrucción ya fue objeto de un plazo ampliatorio dispuesto por la autoridad competente (el juez en el caso del Código anterior y el propio Fiscal en el caso del Código de 1991), el juez debe rechazar dicha solicitud.

B. Frente a un pedido de sobreseimiento, el Juez tiene tres alternativas: **1.** Si está de acuerdo con dicha solicitud por darse los presupuestos que lo determinan, dictará auto de sobreseimiento. **2.** Si considera que la investigación que sustenta el pedido de sobreseimiento está incompleta y existen, como dice BELING, "posibilidades de esclarecimiento" [240], puede disponer la concesión de un plazo complementario para que se actúen las diligencias que enumere fijando el término para su actuación. **3.** Si considera que existen los presupuestos para la procedencia

---

[238] Ejecutoria suprema de 6 de setiembre de 1985, Exp. Nº 2222–85, Arequipa (*Anales Judiciales*, T. LXXIII, Lima, 1985, pp. 261–263).

(239) Ejecutoria suprema de 17 de junio de 1988, Exp. Nº 1142–87, Arequipa (*Anales Judiciales*, T. LXXVI, Lima, 1988, pp. 250–251).

[240] BELING: *Derecho procesal penal*, cit., p. 277.

del juicio oral, inicia lo que se denomina "*procedimiento para forzar la acusación*" acudiendo al llamado "control jerárquico", en cuya virtud eleva el proceso al Fiscal superior en grado. La decisión del indicado Fiscal es definitiva, pues si su opinión coincide con el dictamen no acusatorio, el Juez está obligado a dictar auto de sobreseimiento, mientras que si su opinión coincide con el requerimiento judicial, el Fiscal originario –en cumplimiento al principio de dependencia jerárquica, propio del Ministerio Público– deberá formular acusación.

Inicialmente el Código de Procedimientos Penales de 1940 consagró la figura del "control judicial", lo que importaba en caso de discrepancia con el dictamen no acusatorio del Fiscal originario que la opinión judicial se imponía al Ministerio Público: los autos se remitían a otro fiscal del mismo grado y si éste coincidía con el fiscal originario interponía recurso de nulidad, el que era resuelto finalmente por la Sala Penal de la Corte Suprema. Sin embargo, con la entrada en vigencia de la Constitución de 1979, que consagró la autonomía constitucional del Ministerio Público y le entregó la titularidad de la promoción de la acción penal pública, es decir, le atribuyó la función persecutoria del delito, la nueva Ley Orgánica del Ministerio Público, siguiendo los modelos italiano y argentino, instauró el control jerárquico: a la propia institución, a través de sus órganos superiores, le corresponde decidir si formula acusación contra una persona. Amén de la justificación institucional del control jerárquico, es posible justificar esta modificación desde la perspectiva del principio acusatorio, pues si el juez tendría la posibilidad de ordenar que se acuse estaría asumiendo facultades inquisitivas, violatorias del *ne procedat iudex ex oficio*. El control de legalidad del juez tiene límites y uno de ellos descansa en dicho principio.

C. Frente a una acusación, el control judicial tiene determinados baremos, según los sistemas procesales. La doctrina y el derecho comparado aceptan unánimemente que el juez está facultado a ejercer un *control formal*, es decir, si la acusación se pronuncia por todos y cada uno de los delitos y personas contempladas en el auto de apertura de instrucción o de aprobación judicial y, de existir, en sus ampliatorios (arts. 77º CPP de 1941 y 115º CPP de 1991); de mediar alguna omisión en este nivel procede mandar ampliar el dictamen fiscal [241]. Asimismo, el Tri-

[241] Ejecutoria suprema de 26 de mayo de 1981, Cajamarca (TARAMONA: *Compendio de ejecutorias supremas*, cit., T. I, pp. 6–7).

bunal debe advertir si la acusación respeta los hechos objeto de investigación y las calificaciones jurídico–penales, en tanto éstas no importen un cambio de bien jurídico, formalmente incorporadas en las mencionadas resoluciones judiciales. Asumiendo esta posición, la Corte Suprema tiene declarado que formulada la acusación fiscal, el Tribunal debe señalar día y hora para la audiencia, estando prohibido que el Tribunal declare la improcedencia del juicio en esa oportunidad, porque tal declaratoria imposibilitaría al Fiscal de ejercitar sus atribuciones legales e importaría una absolución prematura [242]. En igual sentido, el alto Tribunal tiene consagrado que la acusación fiscal y el auto de enjuiciamiento constituyen dos actos procesales coordinados y unitarios como antecedentes del juicio oral, por lo que formulada acusación se debe dictar el citado auto, al punto que la situación jurídica del acusado debe resolverse en el acto oral [243]. En otra decisión, bajo la misma óptica, el supremo Tribunal ha precisado que la Sala Penal Superior al dictar el auto de enjuiciamiento no puede excluir de la acusación a ningún procesado, lo cual está reservado para el momento de dictar sentencia luego de producido el debate contradictorio, conforme lo establece el art. 229º del Código de Procedimientos Penales, concordante con los arts. 284º y 285º del mismo cuerpo legal [244].

El control judicial formal también se extiende al cumplimiento de los requisitos que debe contener toda acusación fiscal, tales como fundamento probatorio, título de condena, petición de pena y proposición de prueba, entre otras. El incumplimiento de los requisitos de la acusación, obliga al juez a devolver los actuados para que sean subsanados. La Corte Suprema, asimismo, posibilita el control judicial de la acusación cuando el Fiscal califica el hecho imputado por un delito menos grave que el que considera el Tribunal, en cuyo caso entiende que se debe iniciar el procedimiento para forzar la acusación en la forma prevista por la ley, elevando los actuados al Fiscal Supremo [245].

---

[242] *Anales Judiciales*, 1926, Lima, p. 175.

[243] Ejecutoria suprema de 10 de octubre de 1973, Exp. Nº 1255–73, Huánuco (*Anales Judiciales*, T. LXV, Lima, 1973, p. 200).

[244] Ejecutoria suprema de 2 de mayo de 1994, Exp. Nº 717–93, Lambayeque (*Normas Legales*, T. 234, noviembre, 1995, pp. J47–J48).

[245] *Anales Judiciales*, 1948, Lima, p. 311; *Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1949, Lima, p. 91.

Otros ordenamientos procesales, como el alemán, y los Proyectos Maier y peruano de 1995, también incorporan el denominado "control material o sustancial", que al decir de Julio B. J. MAIER, busca racionalizar la administración de justicia, evitando juicios inútiles por defectos de la acusación, por lo que se concede al juez, de oficio o a instancia de las partes, facultades para sobreseer (absolver anticipadamente) o modificar la acusación [246]. El art. 297º del Proyecto de Código Procesal Penal de 1995 consagra esta institución, que puede ejercerse de oficio o a instancia del imputado o del tercero civil y se aplica, *en primer lugar*, cuando el hecho objeto de acusación no constituye delito o existe una causa que extinga el delito (art. 78º CP); *en segundo lugar*, cuando resulta evidente la concurrencia de una causa de exención de responsabilidad penal (arts. 20º, 17º, 18º y 19º CP, así como en los supuestos de invencibilidad de los 14º y 15º CP); y, *en tercer lugar*, cuando se advierte que el delito no existió o que el imputado no lo cometió. En los últimos dos supuestos es de tener presente, como se señala en la Exposición de Motivos, que su interpretación es rigurosamente restrictiva y que su adopción exige certeza, pues ante la duda debe dictarse auto de enjuiciamiento.

La posibilidad arriba enunciada tiene como premisas, en *primer lugar*, que es el Fiscal quien realiza la investigación; en *segundo lugar*, que en estos casos la etapa intermedia constituye, en rigor, un juicio sobre la acusación; y, en *tercer lugar*, que el órgano jurisdiccional está autorizado a disponer la actuación, de oficio o a pedido del imputado, de diligencias instructoras.

En esta etapa el legislador nacional sólo ha previsto la intervención del Ministerio Público, cuya opinión es decisiva para que se dicten los autos de sobreseimiento o de enjuiciamiento. Hay un lamentable olvido del imputado, del actor civil y del tercero civil; ellos no pueden instar la práctica de diligencias previas ni pronunciarse con carácter previo y obligatorio respecto del dictamen fiscal a fin de que el órgano jurisdiccional tenga en cuenta su punto de vista. Tal posición, muy propia de modelos de instrucción judicial, sin duda alguna –como lo reconoce TOMÉ GARCÍA– afecta el principio de igualdad de armas, propio de la garantía del debido proceso, de suerte que resulta necesario reconocer la exigencia constitucional de un previo traslado a las partes acusadas [247].

---

[246] «Exposición de motivos del Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica», en MAIER: *Derecho procesal penal*, cit., T. I–a, p. 305.

[247] En: DE LA OLIVA SANTOS *et. al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 417.

III. EL AUTO DE SOBRESEIMIENTO

1. Concepto y notas esenciales

El sobreseimiento es la resolución firme, emanada del órgano jurisdiccional competente en la fase intermedia, mediante la cual se pone fin a un procedimiento penal incoado con una decisión que, sin actuar el *ius puniendi*, goza de la totalidad o de la mayoría de los efectos de la cosa juzgada [248]. El Tribunal, al resolver, tiene que pronunciarse sobre todos los delitos materia de la investigación, respecto de los cuales se solicita el sobreseimiento [249].

Cuatro son sus notas esenciales:

a) El sobreseimiento, una vez que contra él se ha ejercido todos los recursos que prevé la ley procesal, es una resolución firme que pone fin al procedimiento penal.

b) Es una resolución que, pese a finalizar el proceso, reviste la forma de auto y no de sentencia. Esta forma no ha de impedir, sino, antes al contrario, y debido a que incide en el derecho a la tutela (art. 139º.3 Const.) exigir que contenga una adecuada fundamentación jurídica, con arreglo a lo dispuesto en el art. 139º.5 de la lex superior. Por ello, la opinión fiscal no puede sustentar exclusivamente la decisión judicial, siendo inaplicable a este respecto el art. 142º de la LOPJ, que dispone que si el fallo se dicta de conformidad con el dictamen fiscal, los fundamentos del mismo se consideran como su motivación.

La Corte Suprema, sin embargo, ha establecido que si el auto de sobreseimiento se expide, como es obvio, de conformidad con el dictamen fiscal, se requiere que dicho dictamen haga referencia expresa a los hechos objeto del proceso penal, pues si ello no es así –en el caso que dicho auto pase en autoridad de cosa juzgada, no se podría individualizar los hechos por los cuales no se podría iniciar nuevo proceso [250].

---

[248] Gimeno Sendra *et. al.*: *Derecho procesal*, cit., T. II (*Proceso penal*), 1996, p. 592.

[249] Ejecutoria suprema de 15 de octubre de 1984, Exp. Nº 241–84, Ancash (*Anales Judiciales*, T. LXXII, Lima, 1982–1984, pp.863–864).

[250] Ejecutoria suprema de 16 de enero de 1992, Exp. Nº 1356–91, Ancash (*Normas Legales*, T. 216, mayo, 1994, p. J13).

CORTÉS DOMÍNGUEZ explica que el sobreseimiento es una declaración judicial de que no es posible abrir el juicio oral porque de antemano se sabe que por unas causas o por otras no es posible la condena del imputado, por lo que al negarse anticipadamente el derecho de penar del Estado, se exige la misma estructura externa que la sentencia, sobre todo en lo que se refiere al relato de hechos probados [251].

c) El órgano competente para dictar el sobreseimiento, en el procedimiento ordinario–común para delitos graves, es la Sala Penal Superior y, en el proceso sumario para delitos menos graves, es el Juez Penal, sin perjuicio que dichas resoluciones puedan ser impugnadas.

d) Si bien el auto de sobreseimiento no es la única forma de finalizar anormalmente o sin sentencia el procedimiento, desde que nuestro ordenamiento procesal conoce del auto que declara no haber lugar a abrir instrucción, esta resolución está asociada a los efectos materiales de la cosa juzgada, tal como expresamente lo dispone el art. 139º.13 de la Constitución.

2. CLASES

De la lectura de los arts. 221º del CPP de 1940 y 252º del CPP de 1991, aparece que el sobreseimiento puede ser *definitivo* o *provisional.* Será definitivo cuando no se ha comprobado la existencia del delito o la responsabilidad del inculpado [252]. La Corte Suprema ha dejado sentado que si está acreditada la existencia del delito, mas no se ha identificado a sus autores, el archivo del proceso debe hacerse en forma provisional y no definitiva [253].

El sobreseimiento será provisional cuando se ha probado la existencia del delito pero no la responsabilidad del imputado [254]. En un caso interesante, la Corte Suprema estableció que si de lo actuado surgen indicios

---

[251] En: GIMENO SENDRA *et. al.*: *Derecho procesal penal,* cit., p. 620.

[252] *Anales Judiciales*, 1943, Lima, p. 352.

[253] Ejecutoria suprema de 17 de enero de 1997, Exp. Nº 5194–95–B, Ancash (GÓMEZ MENDOZA, Gonzalo: *Jurisprudencia penal,* IDEMSA, Lima, 1997, T. III, p. 175).

[254] Ejecutorias supremas de 25 de marzo de 1974, Exp. Nº 1498–74 (*Boletín Judicial,* Año IV, Nº 16, Lima, 1975, p. 84); y de 16 de enero de 1997, Exp. Nº 4894–95, Lima (GÓMEZ MENDOZA: *Jurisprudencia penal,* cit., T. III, p. 85).

relacionados con la presencia de terceros en el escenario del crimen, no es aconsejable el archivo definitivo del proceso sino el provisional [255].

Tratándose de *sobreseimiento definitivo,* no sólo genera efectos de cosa juzgada respecto del imputado, sino el archivo definitivo del proceso y el levantamiento de las ordenes de detención, requisitorias y demás medidas coercitivas que se hubieran dictado contra la persona o bienes del sobreseído. Por el contrario, si se dicta *sobreseimiento provisional* –sin perjuicio de liberar de todo cargo al imputado y ser apartado del procedimiento–, la causa es remitida 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. 92º.2 de la LOMP). Es de precisar que en este caso el sobreseimiento es, en rigor, definitivo respecto del imputado, pero las investigaciones no se clausuran, ya que pueden y deben reabrirse en la búsqueda de evidencias que acrediten fundadamente la intervención de determinadas personas en el delito sub–júdice.

En el caso de procedimientos complejos, cuando existe una pluralidad de imputados, el sobreseimiento puede ser *total* o *parcial.* Será total, y se archivará la causa para todos ellos, cuando no se acredita la participación del conjunto de imputados en el delito o su existencia no se ha demostrado. Será parcial cuando de dicha pluralidad de imputados, subsisten cargos contra alguno o algunos de ellos, a quienes se les formula acusación, en cuyo caso se sobreseerá el proceso respecto de unos y se declarará la procedencia del juicio oral contra quienes resulten acusados.

3. Presupuestos

La doctrina reconoce que existen dos órdenes de presupuestos para dictar auto de sobreseimiento: **a)** de derecho material ; y, **b)** de derecho procesal.

A. Presupuestos de derecho material

Son cuatro los presupuestos de derecho material que ha identificado la doctrina procesalista:

---

[255] Ejecutoria suprema de 28 de febrero de 1973, Exp. Nº 2125–72 (*Anales Judiciales,* T. LXV, Lima, 1973, pp. 157–158).

1. Insubsistencia objetiva del hecho: cuando existe certeza negativa, es decir, cuando hay una absoluta convicción de que el hecho que dio origen al proceso nunca ha existido en realidad. Es un juicio exclusivamente fáctico.

2. Inexistencia de hecho punible: cuando si bien el hecho denunciado e investigado existe, empero es atípico, respecto del cual existe certeza absoluta. Aquí el juicio o valoración es tanto fáctica cuanto jurídica.

3. Falta de indicios de responsabilidad penal: cuando se llega a la certeza absoluta de que faltan indicios racionales de delictuosidad en el imputado. Ello se produce: **a)** cuando el imputado no ha participado en el hecho; **b)** cuando existe una causa de justificación en su favor; **c)** cuando el encausado no tiene capacidad penal, actúa mediando error invencible o al amparo de una causa de inexigibilidad; **d)** o cuando falta un requisito que dice de la punibilidad de la conducta.

4. Prueba notoriamente insuficiente para fundamentar la pretensión punitiva. Se trata de una insuficiencia tanto de naturaleza *objetiva*, vinculada a la existencia del hecho, cuanto de naturaleza *subjetiva*, referida a la determinación del presunto autor. Para estos efectos debe tenerse claro que se sobreseerá la causa cuando no es posible que la práctica de la prueba en el juicio oral permita aclarar el material probatorio de imputación, pues si existe duda es del caso que insista en la acusación, porque precisamente, destaca Juan Luis GÓMEZ COLOMER, ".. la prueba, a practicar en el acto de la vista, está destinada a despejar estas dudas" [256].

B. Presupuestos de derecho procesal

Están vinculados a los presupuestos procesales y a todos aquellos elementos que condicionen la correcta persecución penal. Tenemos: **a)** las causas de exclusión de la pena del art. 78º del Código Penal, que se resuelven como impedimentos procesales; **b)** la ausencia de autorización para procesar, así como las inviolabilidades e inmunidades; y, **c)** los presupuestos que condicionan la válida iniciación del procedimiento (condiciones de perseguibilidad). En nuestro sistema procesal se han articulado instituciones específicas para declarar el incumplimiento de esos presupuestos procesales, tales como las cuestiones previas y las excepciones; sin embargo, la vulneración de estos presupuestos impide la continuación de la causa y, obviamente, la procedencia del juicio oral.

[256] En: MONTERO AROCA *et. al.*: *Derecho Jurisdiccional*, cit., T. III *(Proceso penal)*, ed. 1991, p. 266.

4. Recursos

El Código Procesal Penal de 1991 prevé específicamente el recurso de apelación contra el auto de sobreseimiento (art. 255º). El Código de 1940, en el art. 292º.3, permite el recurso de nulidad contra dicho auto, denominado en tal norma "auto que ordena archivar, provisional o definitivamente, la instrucción" [257].

Desde nuestro sistema procesal, la parte legitimada para recurrir del auto de sobreseimiento es la parte o el actor civil. Como se sabe, la emisión del auto de sobreseimiento no está condicionada a la obligatoria intervención de la víctima, la ley tampoco prevé la participación del propio imputado, aunque es del todo posible que emitido el requerimiento fiscal desincriminante o dictamen fiscal no acusatorio todas las partes personadas puedan presentar alegatos e intervenir en la vista de la causa (arts. 131º y 132º LOPJ).

La Corte Suprema ha establecido que si se recurre del extremo de la resolución que declare no haber mérito para pasar a juicio oral, existiendo otro extremo que declara la procedencia del juicio oral contra otro imputado, debe elevarse el principal –y no copias de lo actuado–, salvo que exista reo en cárcel, en cuyo caso se procede a su juzgamiento y se reserva su elevación, según la Ley Nº 24388 [258].

En atención a que el control de legalidad sobre el dictamen fiscal tiene su límite en el principio acusatorio, los poderes del juez revisor o Tribunal *a quem* deben respetar ese principio: ¡no se puede obligar al Ministerio Público a formular acusación! Únicamente es posible revocar el auto de sobreseimiento y disponer que el Fiscal formule acusación, si es que el Fiscal que interviene en la absolución del grado discrepa del dictamen en referencia. Por otro lado, el órgano judicial revisor está autorizado a anular el procedimiento si es que se ha incurrido en una causal de nulidad o a disponer la ampliación de la investigación si considera que las conclusiones fiscal y judicial se han sustentado sobre una información diminuta. El art. 255º CPP de 1991 ha incorporado en el derecho positivo una práctica judicial uniforme en esta materia, seña-

---

[257] Ejecutoria suprema de 10 de agosto de 1976, Exp. Nº 698–76, Puno (*Anales Judiciales*, T. LXVIII, Lima, 1976, pp. 518–519).

[258] Ejecutoria suprema de 12 de junio de 1997, Exp. Nº 5133–96, Ancash (*Normas Legales*, T. 262, marzo, 1998, p. A21).

lando al respecto las cuatro opciones que tiene el juez revisor cuando conoce de una apelación contra el auto de sobreseimiento.

5. SOBRESEIMIENTOS ESPECIALES

Regularmente, el sobreseimiento es una resolución propia de la etapa intermedia, cuyos presupuestos se encuentran rigurosamente definidos. Nuestra legislación, sin embargo, encuentra tres supuestos excepcionales. Son los siguientes:

A. *Cuando se ampara una excepción,* salvo el caso de la excepción de la naturaleza de juicio. En estos casos se archiva el procedimiento, en rigor, se sobresee definitivamente el proceso, dejándose al respecto imprejuzgada la causa. Esta decisión se produce, como consecuencia, generalmente, de un procedimiento incidental, autónomo del procedimiento principal. Así lo disponen los arts. 5º *in fine* del Código de 1940 y 8º *ab initio* del Código de 1991.

B. *Cuando se dispone la libertad incondicional del imputado.* Se trata de una resolución instructora que se dicta cuando en el curso del sumario judicial se demuestra la inculpabilidad del encausado detenido preventivamente. En este caso no sólo opera la excarcelación sino que también se archiva definitivamente el proceso. El art. 201º del Código de 1940, modificado por la Ley Nº 24388, prevé el sobreseimiento cuando se trata de una instrucción simple, es decir, seguida contra una sola persona; así lo tiene decidido el Alto Tribunal en la Ejecutoria suprema de 24 de enero de 1991 [259]. En cambio, el art. 189º del Código de 1991 prevé el sobreseimiento sea que el proceso sea simple o complejo.

C. *Cuando se está ante un concurso real retrospectivo.* El art. 51º del Código Penal, modificado por la Ley Nº 26832, de 7 de julio de 1998, dispone el sobreseimiento definitivo de la causa cuando después de la sentencia condenatoria se descubre otro hecho punible cometido antes de ella por el mismo condenado, siempre que dicho delito, de igual o de distinta naturaleza al objeto de condena, merezca una pena inferior a la impuesta. El Acuerdo Plenario Nº 7–97, de 16 de diciembre de 1997, extendió sus efectos cuando el segundo delito esté conminado con la misma pena del primero.

---

[259] Exp. Nº 608–90, Piura (*Anales Judiciales,* T. LXXIX, Lima, 1991, pp. 327–328).

La ley antes citada estableció un procedimiento especial. Cualquiera sea el estado de la causa, el órgano jurisdiccional, de oficio o a pedido de parte, solicitará copia certificada del fallo ejecutoriado y en mérito a la misma, se dictará la resolución correspondiente de sobreseimiento definitivo.

IV. LA ACUSACIÓN FISCAL

1. Fundamento, concepto y elementos

La necesidad de que el Fiscal formule acusación, requisito indispensable para la apertura del juicio oral, radica en el principio acusatorio, en la vigencia de las máximas romanas "*ne procedad iudex ex oficio*" y "*nemo iudex sine acusatore*". Gimeno Sendra insiste al respecto que "para la apertura del juicio oral es necesario, en el proceso contemporáneo, que la pretensión penal sea planteada y mantenida por un sujeto distinto al órgano jurisdiccional. Mediante la interposición de la pretensión penal por las partes acusadoras se da cumplida respuesta a la referida exigencia" [260]. Desde esta perspectiva la Corte Suprema determinó que el Tribunal no puede declarar la procedencia del juicio oral sin acusación fiscal [261].

La acusación fiscal puede definirse, siguiendo a Juan Luis Gómez Colomer, como el acto procesal mediante el cual se interpone la pretensión procesal penal, consistente en una petición fundada dirigida al órgano jurisdiccional, para que imponga una pena y una indemnización a una persona por un hecho punible que se afirma que ha cometido [262]. En consecuencia, no puede acusarse a una persona incierta y no identificada [263].

Cinco son sus notas esenciales, al decir de Gimeno Sendra [264]:

A. La acusación fiscal es un acto de postulación que asiste al Ministerio Público. Está precedida por la formalización de la denuncia que es

---

[260] Gimeno Sendra *et al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 419.

[261] *Revista de los Tribunales*, 1941, Lima, p. 491.

[262] En: Montero Aroca *et. al.*: *Derecho Jurisdiccional*, cit., T. III *(Proceso penal)*, ed. 1991, p. 284.

[263] Ejecutoria suprema de 9 de julio de 1976, Exp. Nº 578–76, Arequipa (*Anales Judiciales*, T. LXVIII, Lima, 1976, pp. 459–460.

[264] Gimeno Sendra *et. al.*: *Derecho procesal penal*, cit., pp. 307–311.

el escrito que da inicio al procedimiento preliminar y, luego, por los actos de introducción de los hechos al indicado procedimiento.

B. Su contenido esencial consiste en la deducción de la pretensión penal –como objetivo principal– y de la pretensión civil –como objetivo accesorio, pero necesario al sustentarse en la producción de un daño como consecuencia de la comisión de un delito–.

C. La formulación de la acusación integra el objeto procesal penal. Esta última noción, como se sabe, consiste en una petición de pena, basada en un título de condena y fundamentada en la presunta comisión de un delito de carácter histórico por una persona que tiene la calidad inculpada. Sus elementos son de carácter subjetivo y objetivo.

Desde un punto de vista subjetivo es de precisar que la acusación requiere que el acusado esté debidamente individualizado y que previamente haya sido comprendido como inculpado en el auto de apertura de instrucción, con lo que se evita acusaciones sorpresivas.

Por otro lado, desde un punto de vista objetivo, cabe puntualizar: **a)** que el órgano jurisdiccional no está vinculado al monto de la pena pedida por el fiscal, pues puede imponer la pena dentro del límite legal del tipo penal correspondiente; **b)** que el juez, en cambio, sí está vinculado al título de condena, aunque no de manera absoluta, pues puede modificar la calificación jurídico–penal del hecho siempre que no incorpore nuevos hechos y exista identidad de bien jurídico o interés jurídico vulnerado entre el delito objeto de acusación y el delito objeto de condena; y, **c)** que, finalmente, el órgano judicial debe respetar los hechos objeto de acusación (la fundamentación fáctica de la pretensión punitiva es esencial), pues en aras del respeto al derecho de defensa y al principio acusatorio no puede extender su conocimiento a nuevos u otros hechos que no han sido objeto de calificación y de prueba. El primer supuesto del art. 325º.2 del CPP de 1991 sanciona este proceder con la nulidad de la sentencia.

D. El escrito de acusación fiscal importa una calificación provisional. Ello significa que, luego del acto oral, el fiscal puede: **a)** si considera que el hecho delictivo es más grave que el que fue objeto de acusación escrita, formular acusación ampliatoria, previa autorización judicial (art. 293º CPP 1991); y, **b)** pedir aumento o disminución de la pena o reparación civil solicitadas en la acusación escrita (genéricamente, art. 273º CPP 1940; específicamente, art. 296º, segundo párrafo, CPP 1991).

E. La acusación fiscal tiene como función determinar el *tema de la prueba.* Sobre los hechos afirmados en la acusación versará la actividad probatoria en el juicio oral. La regla de la pertinencia es de cumplimiento insoslayable. A este efecto es de tenerse en consideración lo alegado por el imputado en el curso de la instrucción. Será pertinente aquello que verse sobre los hechos afirmados por la acusación y por la defensa, en tanto existe relación con lo fijado en el auto apertorio de instrucción.

2. REQUISITOS FORMALES

El art. 260º CPP 1991, que en este punto ha seguido al Código de 1940 (art. 225º, modificado por la Ley Nº 24388) y a la Ley Orgánica del Ministerio Público (art. 92º, tercer párrafo) fija un conjunto de requisitos formales que debe contener la acusación fiscal, distribuidos en seis incisos, precedidos de tres presupuestos esenciales: **1º**) Necesidad de que el Fiscal considere probado el delito y la responsabilidad del imputado: en buena cuenta, que existan fundamentos razonables que justifiquen un juicio oral y que en esa fase principal pueda esclarecerse definitivamente los cargos que plantea. **2º**) Exposición razonada o fundamentada de las conclusiones que exponen: especial referencia a los actos de investigación y evidencias obtenidas a lo largo de la instrucción con el detalle los motivos del convencimiento fiscal. **3º**) Exigencia de escrituralidad del acto procesal: la calificación de los hechos investigados debe ser por escrito. La escritura otorga seguridad y fehaciencia, a la vez que permite el conocimiento de su contenido por la defensa y el propio órgano jurisdiccional.

El *primer requisito* se refiere a la descripción de los hechos punibles, incluidas sus circunstancias y la descripción de los daños y perjuicios causados por el delito, o la cosa que haya de ser restituida. Este requisito constituye un elemento esencial de la acusación y los hechos que describa deben ser el resultado de la investigación en los marcos definidos en el auto de apertura de instrucción; no puede acusarse por un delito que no fue materia del auto de apertura de instrucción ni de los actos propios de la etapa investigatoria [265]. Si la acusación fiscal omite pronun-

[265] Ejecutoria suprema de 5 de octubre de 1976, Exp. Nº 1072–76, Lima (*Anales Judiciales*, T. LXVIII, Lima, 1976, p. 490).

ciarse por los hechos y delitos objeto de un auto ampliatorio de instrucción, situación no advertida por el Tribunal, todo lo actuado con posterioridad a la acusación es nulo [266].

El *segundo requisito* es la calificación jurídica. Tiene como principal función cuidar que los hechos del sumario tengan la respectiva tipificación y fijar provisionalmente el título de condena: precisión del tipo penal, del grado del delito, del nivel de intervención en el hecho (autor o partícipe) y las circunstancias atenuantes y agravantes, sean éstas genéricas, específicas o especiales. La calificación jurídica del fiscal debe respetar, de modo general, la calificación realizada en el auto de apertura de instrucción. La relativa desvinculación que se permite, siempre que se respeten los hechos punibles investigados en la instrucción, tiene que incorporar un tipo penal que importe la lesión o puesta en peligro, según el caso, del mismo bien o interés jurídico de la figura penal invocada en el auto de apertura de instrucción, pues de este modo se evita la lesión al derecho de defensa con acusaciones sorpresivas.

El *tercer requisito* es la legitimación pasiva. El acusado y el responsable civil (puede haber un tercero civil) deben ser individualizados [267]; además, se debe precisar la conducta incurrida, sino la relevancia jurídica de la misma. Su ausencia no haría sino vulnerar el derecho de defensa.

El *cuarto requisito* es la petición de pena y reparación civil. Si bien este requisito no vincula al órgano jurisdiccional, el Fiscal debe determinar la calidad y cuantía de la pena y de la reparación civil dentro de los parámetros fijados en el Código Penal (arts. 45º, 46º y 92º–95º). La Corte Suprema estipuló que si el Fiscal en su acusación escrita no indica en forma clara y precisa la pena que propone se imponga a los encausados, el juicio oral y la sentencia son nulas [268].

El *quinto requisito* es la proposición de prueba y otras peticiones. El Fiscal señalará los testigos y peritos que, a su juicio, deben presentarse

---

[266] Ejecutoria suprema de 30 de setiembre de 1995, Exp. Nº 1537–85, Lima (*Anales Judiciales*, T. LXXIII, Lima, 1985, pp. 281–282).

[267] Ejecutoria suprema de 27 de setiembre de 1973, Exp. Nº 1128–73 (TARAMONA: *Compendio de ejecutorias supremas*, cit., T. III, p. 75).

[268] Ejecutoria suprema de 27 de setiembre de 1985, Exp. Nº 1364–85, Huánuco (*Anales Judiciales*, T. LXXIII, Lima, 1985, pp. 279–281).

en el juicio oral. También puede solicitar la adopción de medidas cautelares y la modificación, suspensión o revocación de aquellas medidas adoptadas en la etapa de investigación.

La acusación, en suma, debe ser precisa y clara, en lo que respecta al hecho que considera delictuoso y a la norma legal aplicable, y referirse únicamente a los hechos en debate y no a otros nuevos, que deberán ser objeto de otro proceso. Lo contrario sería atentar contra el fundamental principio de inviolabilidad de la defensa en juicio [269].

La Corte Suprema ha declarado que la acusación fiscal debe contener el análisis sobre la participación y la responsabilidad de cada procesado, ocasiona la nulidad del juicio oral [270]. La acusación fiscal, al igual que el dictamen no acusatorio del fiscal, deben motivarse debidamente [271].

La acusación fiscal debe sustentarse en suficientes elementos de juicio. Por tanto, si los cargos sólo se fundamentan en sospechas, en los antecedentes y en el Atestado Policial no cabe formular acusación [272]; asimismo, si se inició la investigación sobre meras presunciones, enervadas en el curso de la instrucción [273], tampoco cabe formular acusación, al igual que si no está acreditado el cuerpo del delito [274]. Cabe acusación, en cambio, cuando existen sospechas fundadas contra una persona que aparecen abonadas por la forma de comisión del delito, el móvil, el ambiente y las circunstancias que rodearon al hecho delictivo y a las vinculación entre imputado y agraviada [275].

---

[269] Levene (h), Ricardo: *Derecho procesal penal*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1980, p. 302.

[270] Ejecutoria suprema de 15 de marzo de 1994, Exp. Nº 1885–92–B (Rojjasi Pella: *Ejecutorias supremas penales. 1993–1996*, cit., pp. 238–240).

[271] Ejecutoria suprema de 12 de octubre de 1972, Exp. Nº 1298–72, Lambayeque (*Boletín Judicial*, Año I, Nº 5–7, Lima, 1972, pp. 309–310).

[272] *Revista del Foro*, Nº 6, Lima, 1950, p. 689.

[273] *Revista de los Tribunales*, 1944, Lima, p. 403.

[274] *El Peruano*, Lima, 10 de setiembre de 1943.

[275] Ejecutoria suprema de 19 de agosto de 1944 (Roncalla Valdivia: *Jurisprudencia en materia procesal penal*, cit., pp. 229–231).

3. CLASIFICACIÓN

La Ley Orgánica del Ministerio Público, en su art. 92º, incorporó una clasificación de la acusación fiscal en función al nivel de convencimiento del Fiscal sobre el material acopiado en el curso de la instrucción. Desde esta perspectiva, la acusación será (1) *sustancial*, "... si las pruebas actuadas en la investigación policial y en la instrucción lo han llevado a la convicción de la imputabilidad (*sic*) del imputado". Por el contrario, la acusación será (2) *formal*, "...si abrigase dudas razonables sobre su imputabilidad". En este último caso, el Fiscal ofrecerá las pruebas que estime necesarias e instruirá el Fiscal Provincial o al Adjunto pertinente, "... para la actuación de las pruebas en la investigación policial ampliatoria que se llevará a cabo en el plazo señalado (el Fiscal Superior al encargar la investigación debe designar el plazo correspondiente), con la citación oportuna, bajo responsabilidad del acusado y su defensor. Las pruebas (*sic*) así actuadas serán ratificadas en el acto del juzgamiento". Su infracción, esto es, la omisión de ordenar la ampliación policial–fiscal de las investigaciones y, en caso que se haga, la no ratificación de las evidencias obtenidas en el juicio oral, determina la nulidad de lo actuado [276].

HURTADO POZO considera defectuoso este sistema, puesto que la acusación formal implica, en realidad, la ampliación de la instrucción para recoger las pruebas que establezcan la plena responsabilidad del acusado; además, por su intermedio, la investigación es puesta en manos de la policía, se despoja al juez instructor de la investigación y se atribuye inconstitucionalmente facultad jurisdiccional a la Policía [277].

El sistema vigente, altamente formalizado en la etapa de instrucción, sin duda alguna se resiente cuando una vez sometida la causa a conocimiento judicial posteriormente se remite la búsqueda de evidencias a la actuación policial, pese a que formalmente concluyó el sumario judicial. Está pues justificada la crítica de HURTADO POZO, al punto que

---

[276] Ejecutoria suprema de 29 de abril de 1988, Exp. Nº 183–88–Lima (*Anales Judiciales*, T. LXXVI, Lima, 1988, pp. 247–249); y de 12 de octubre de 1988, Exp. Nº 445–88, ISP, Ancash (*Jurisprudencia Penal, 1984–1992*, cit., pp. 149–150).

[277] HURTADO POZO, José: *El Ministerio Público*, EDDILI, Lima, 1981, p. 212.

inclusive se denomina "prueba" a lo actuado policialmente y que lo único que cabe en el juicio oral es su "ratificación". Tal concepción, como luego veremos, es absolutamente inconstitucional y violatoria de los principios básicos que sustentan el procedimiento penal y, en lo específico, la actividad probatoria. La citación de la defensa en orden a las investigaciones policiales no transforma sus actuaciones en "prueba" ni da por cumplido los requisitos de inmediación, publicidad, oralidad y contradicción, así como tampoco obvia los requisitos de urgencia e irreproducibilidad propios de la denominada "prueba preconstituida".

V. EL AUTO DE ENJUICIAMIENTO

Emitida acusación fiscal y devuelta con los autos al órgano jurisdiccional, acompañándose las copias suficientes para su entrega a las partes (acusados, parte o actor civil y tercero civil), corresponde –una vez superado el control formal de la misma– dictar el auto de enjuiciamiento, para su correspondiente notificación a las partes.

Esta resolución se limita a aceptar los términos de la acusación fiscal en tanto deba procederse a la realización del juicio oral. Debe entenderse que es la acusación fiscal la que orienta el proceso ante el órgano jurisdiccional. A este respecto, García Rada llega a sostener que el auto de enjuiciamiento cumple una función complementaria al delimitar el delito y su presunto responsable, así como todo lo que será materia del juzgamiento [278]. En tal virtud, como lo tiene establecido el Supremo Tribunal, es nulo el auto de enjuiciamiento que no se refiere a todos los delitos e imputados contra quienes se formuló acusación fiscal [279], así como aquel auto que dispone pasar a juicio oral por un delito que no ha sido materia de la instrucción [280].

El auto de enjuiciamiento, como enseña Ernst Beling [281], es irrevocable. El imputado no tiene contra él ningún derecho impugnaticio (se

---

[278] García Rada: *Manual de Derecho procesal penal*, cit., p. 271.

[279] Ejecutoria suprema de 3 de noviembre de 1972, Exp. Nº 1269–72, Ayacucho (*Boletín Judicial*, Año I, Nº 5–7, Lima, 1972, pp. 304–305).

[280] Ejecutoria suprema de 20 de octubre de 1972, Exp. Nº 1247–72, Puno (*Boletín Judicial*, Año I, Nº 5–7, Lima, 1972, pp. 305–306).

[281] Beling: *Derecho procesal penal*, cit., p. 275.

limita a disponer el pase a la etapa principal, la más importante del proceso penal, donde se discute la realidad de los cargos formulados al imputado). Además, causa estado (BELING, denomina a esta nota distintiva "*efecto formal de cosa juzgada*"), pues a dicho auto sigue irremediablemente el juicio oral.

El auto de enjuiciamiento ocasiona en el proceso, tal como afirma GIMENO SENDRA [282], los siguientes efectos: **a)** Cierra la posibilidad de que ingresen nuevas partes al proceso, en especial que se produzca la constitución de la víctima en parte o actor civil; **b)** clausura la posibilidad de que ingrese nuevo material fáctico, al cerrarse definitivamente la fase de investigación, por lo que las partes deberán fundamentar su pretensión en lo actuado hasta ese momento, sin perjuicio de la actividad probatoria que desarrollarán en el juicio oral; y, **c)** produce la publicidad del procedimiento, pues su proyección al juicio oral exige la posibilidad de asistencia del público a las audiencias.

A nuestro juicio, dicha resolución también determina, *en primer lugar*, lo que va a ser objeto de la defensa, pues –como apunta GARCÍA RADA [283]– tanto el imputado como la parte civil y el tercero civil pueden referirse en sus actos postulatorios y de aportación de hechos a lo que es materia de la acusación; y, en *segundo lugar*, la posibilidad de que las partes puedan precisar sus pretensiones, ofrecer actos de prueba y deducir diversos medios de prueba, la cual ha sido mejor tratada en el Código de 1991.

El auto de enjuiciamiento es resultado de la procedencia de la acusación. Ésta, para su emisión, requiere, como apunta la Ejecutoria suprema de 7 de febrero de 1975, que de lo actuado aparezcan indicios razonables de la comisión del delito y circunstancias que deben esclarecerse debidamente en audiencia [284]. Dicho auto, además, debe referirse a todos los delitos y personas acusadas, cuya omisión produce la nulidad de la resolución [285].

[282] GIMENO SENDRA *et. al.*: *Derecho procesal*, T. II (*Proceso penal*), cit., p. 409.

[283] GARCÍA RADA: *Manual de Derecho procesal penal*, cit., p. 273.

[284] Exp. Nº 118–74, Piura (*Boletín Judicial*, Año IV, Nº 16, Lima, 1975, p. 79).

[285] Ejecutoria suprema de 3 de noviembre de 1972, Exp. Nº 1269–72, Ayacucho (TARAMONA: *Compendio de ejecutorias supremas*, cit., T. III, pp. 112–113).

VI. INTERPOSICIÓN DE MEDIOS DE DEFENSA Y ACTOS DE PRUEBA

1. Aspectos generales

Dictado el auto de enjuiciamiento, la Ley procesal regula la intervención de las partes privadas tanto para que introduzcan sus propias pretensiones, cuanto para ofrecer pruebas e interponer nuevos medios de defensa. La regulación de este momento procesal es, sin embargo, diferente en ambos Códigos. Es de destacar que el nuevo Código –y con mayor alcance el Proyecto de 1996– incorporan un conjunto de actuaciones en orden a la discusión de la pretensión penal del fiscal, a los medios de defensa y a los actos de prueba, tendentes a garantizar tanto la concentración como la definitiva procedencia del juicio oral y a definir el marco de actuación probatoria.

2. El Código de 1940

Una vez que se ha notificado a las partes el auto de enjuiciamiento, la parte civil –hasta tres días antes de la celebración de la audiencia– cuando no se conforme con las cantidades fijadas por el Fiscal, podrá deducir su propia pretensión donde hará constar la cantidad que reclama por daños y perjuicios causados por el delito y la restitución de la cosa o su pago correspondiente. Igualmente, está autorizada a ofrecer testigos y peritos que justifiquen su postulación. Según el art. 227º, los testigos ofrecidos no pueden exceder de tres y los peritos de dos. Del escrito de la parte civil se corre traslado al Fiscal y a las demás partes, quienes a su vez, podrán ofrecer tres testigos y el dictamen de dos peritos para cuestionar lo propuesto por aquélla.

El imputado, luego de conocer la acusación fiscal, y hasta tres días antes de la celebración de la audiencia, puede ofrecer –sin limitación de número– nuevos testigos y peritos indicando los puntos que deben absolver. Ante este ofrecimiento el Tribunal debe dictar la resolución que corresponda ordenando, de ser el caso, la comparecencia de los testigos y peritos ofrecidos, siempre que se cumpla con la presentación del pliego interrogatorio correspondiente [286].

---

[286] Ejecutoria suprema de 10 de febrero de 1981, Exp. Nº 2673–80, Lima (Taramona: *Compendio de ejecutorias supremas*, cit., T. I, pp. 130–131).

Por otro lado, es de anotar que el art. 232º, que reprodujo el art. 204º del Código de Procedimientos en Materia Criminal de 1919, no contempla el escrito de calificación de la defensa que, en rigor, es el verdadero acto de contestación a la acusación fiscal y garantiza el principio contradictorio del procedimiento penal, tal como lo tenía previsto el art. 97º del Código de Procedimientos en Materia Penal de 1891, que decía: "la defensa contendrá la contestación respectiva a los cargos de la acusación".

El Fiscal, no obstante que con el escrito de acusación ofreció la prueba pertinente, también tiene la oportunidad –conocido el tenor de los escritos de la defensa– de ofrecer nuevos y testigos y peritos. En este caso, como en lo atinente a las pruebas ofrecidas por la defensa, corresponde a quien lo ofrece los gastos que origine su comparecencia y actuación.

Este Código no contempla la posibilidad de interponer nuevos medios de defensa ni de actuar pruebas de urgencia. Tampoco obliga a un pronunciamiento previo de aquellos medios de defensa que puedan plantearse en cualquier estado del procedimiento. En puridad, la fase intermedia en el viejo Código tiene un papel muy deslucido, pues no sólo no regula con respeto al principio de igualdad de armas la intervención de las partes, sino que tampoco permite desestimar acusaciones manifiestamente infundadas, ni concentrar las actuaciones del juicio oral y garantizar una audiencia limpiándola de todo obstáculo procesal que impida un pronunciamiento de mérito sobre la pretensión punitiva.

3. El Código de 1991

El nuevo Código regula en los Capítulos II y III, luego de desarrollar lo que denomina "Admisión de la acusación" en el Capítulo I, la interposición de nuevos medios de defensa y del ofrecimiento y la actuación de urgencia de pruebas.

Los nuevos medios de defensa expresamente permitidos son las cuestiones previas, las excepciones y las cuestiones de competencia, obviando las cuestiones prejudiciales. Ello se explica, en *primer lugar*, porque en el nuevo Código estos medios de defensa ya no pueden interponerse en cualquier estado del procedimiento; y, en *segundo lugar*, porque se ha configurado esta fase para garantizar la correcta y adecuada constitución de la relación jurídico procesal penal y el cumplimiento de los presupuestos procesales.

Precisa el nuevo Código que el plazo para que se deduzcan estos medios de defensa es de cinco días de notificado el auto de enjuicia-

miento. El presupuesto de procedencia de estos medios de defensa es que no se sustenten en los mismos hechos que fueron materia de una resolución anterior, obviamente de carácter instructoria. Como se trata, en rigor, de un artículo de previo y especial pronunciamiento, se resuelven previa vista fiscal en el plazo de 3 días. La instalación de la audiencia está condicionada a que la resolución que resuelve la procedencia o fundabilidad de dichos medios de defensa esté firme.

Por otro lado, emitido y notificado el auto de enjuiciamiento, si bien no se reconoce un escrito de calificación de las partes privadas, que sin duda alguna constituye el más serio error técnico del Código, se confiere a las partes la oportunidad de formular pedidos fundamentados de actuación de pruebas; solicitudes que el órgano jurisdicción aceptará siempre que cumplan determinados requisitos, tales como: **a)** que los medios de prueba sean pertinentes, conducentes, legítimos, útiles y no excesivos; y, **b)** que los medios de prueba ofrecidos no se refieran a las máximas de experiencia, leyes naturales, normas jurídicas internas vigentes, cosa juzgada, lo imposible y lo notorio (art. 265º). Ello significa que el pedido de actuación de prueba no vincula al Tribunal, sino que su aceptación está condicionada al cumplimiento de parámetros universalmente aceptados.

El problema del nuevo Código es, como ya se ha tenido oportunidad de criticar, su concepción de los actos de prueba, pues los homologa con los actos de investigación, desconociendo que en cuanto a las diligencias sumariales, y policiales inclusive, su aceptación como tales está condicionada a que se cumplan los requisitos legales en su actuación y se dé la oportunidad de contradicción a las partes, así como que –en el caso de diligencias policiales– se trate de diligencias objetivas e irreproducibles y que quien la confeccionó concurra al acto oral para dar la posibilidad de contradicción.

De este modo, la amplitud del inc. 2 del art. 264º permite una interpretación inquisitiva de la función del juicio oral, pues prescribe que conjuntamente con el ofrecimiento de nuevas pruebas, los sujetos procesales pueden "solicitar la ampliación de pruebas practicadas en la investigación, siempre que su deficiente actuación hubiera limitado el debido esclarecimiento de los hechos". Empero, puede limitarse tan deficiente redacción interpretando extensivamente lo que debe entenderse por "deficiente actuación", siendo del caso introducir en el análisis la posibilidad de contradicción para la actuación de diligencias de investigación.

La Sección II del Capítulo III del Libro Tercero del nuevo Código contempla lo que la doctrina denomina "prueba anticipada", que es una de las excepciones, conjuntamente con la prueba preconstituida, a la exigencia de que las pruebas para ser tales deben actuarse con vigencia de los principios de inmediación, contradicción y publicidad y en el juicio oral ante los jueces de fallo. Esta prueba procede cuando sea previsible establecer que un medio de prueba ofrecido por cualquiera de las partes puede perderse o sobrevenir una dificultad insalvable para su actuación en audiencia. En estos supuestos, que se refieren a los casos de ausencia inminente de un testigo o perito, enfermedad grave o viaje, incluyendo los casos de amenazas y presiones contra ellos, es posible adelantar o anticipar su realización.

En estos casos, de oficio o a pedido de una de las partes, se procede a actuar la prueba bajo los cánones del acto oral. El Juez, o Vocal menos antiguo si el Tribunal es colegiado, cita para la diligencia correspondiente, la que se actuará con asistencia de las partes y en la misma forma en que se actuaría en el juicio oral. Se reproducen los regímenes de actuación probatoria en el debate oral, de suerte que por tratarse de una prueba anticipada se da efectivo cumplimiento a los principios de inmediación, contradicción e interrogatorio cruzado propio de las reglas del acto oral, con la única diferencia de que se trata de un acto único y necesariamente anterior a las sesiones públicas del juicio oral. Esta "actuación de urgencia" se debe realizar en un plazo improrrogable que no podrá exceder de quince días.

4. El Proyecto de Código de 1995

El Proyecto de Código de 1995 tiene parte de la estructura del Código de 1995, pero con las siguientes reformas:

a) Instaura el control material de la acusación fiscal (art. 297º), en cuya virtud regula la institución denominada "absolución anticipada". A pedido del imputado y del tercero civil, es posible dictar una sentencia anticipada siempre que el hecho objeto de la acusación no constituya delito o exista definitivamente establecida una causal de extinción del delito (art. 78º del Código Penal), y siempre que resulte evidente la concurrencia de una causa de exención de la responsabilidad penal (art. 20º del Código Penal), o que el delito no existió o que el imputado no lo ha cometido, no existiendo la posibilidad de incorporar en el acto oral nuevos elementos de prueba.

b) Prescribe la interposición, como medio de defensa técnica, de cuestiones prejudiciales.

c) Aun cuando sigue denominando "prueba" a las diligencias sumariales, permite libremente que se ofrezcan para su judicialización en el acto oral, sin límite alguno. Su actuación no está condicionada a que el acto de investigación se hubiere actuado deficientemente limitando el debido esclarecimiento de los hechos.

d) Siguiendo el modelo italiano incorpora expresamente como causal para la actuación probatoria de urgencia aquellos supuestos en que el testigo o perito ha sido expuesto a violencia, amenaza, ofertas o promesa de dinero, a fin de que no declare o declare en falso.

e) Finalmente, introduce con denominación expresa una nueva resolución, que es la que pone fin a la etapa intermedia: el auto de citación a juicio. Se dicta una vez resueltas todas las incidencias que se han originado a partir de la interposición de nuevos medios de defensa y del ofrecimiento y actuación de pruebas de urgencia.

CAPÍTULO XXII
LA ETAPA DE ENJUICIAMIENTO

SUMARIO: I. Concepto y significado. **II.** Períodos del juicio oral. **III.** Modos de realización del juicio oral: 1. Régimen de la publicidad. 2. Régimen de la oralidad. 3. Régimen de la continuidad. 4. Régimen del contradictorio. **IV.** Poderes y deberes de los sujetos procesales: 1. Del órgano jurisdiccional. 2. De las partes. **V.** Procedimiento del juicio oral: 1. Aspectos generales. 2. El período inicial. 3. El período probatorio. 4. El período decisorio.

I. CONCEPTO Y SIGNIFICADO

Señalan SOSA ARDITI–FERNÁNDEZ, siguiendo a CLARIÁ OLMEDO, que la característica principal del sistema procesal, que tiene como fin la búsqueda de la verdad real, hace que resulte necesario e indispensable que se reciban en forma inmediata, directa y simultánea todas las pruebas que van a dar fundamento a la discusión y a la posterior sentencia [287].

El Juicio Oral es la fase procesal que cumple con dichos requisitos. Esta fase, que se desarrolla en sesiones, es sin duda alguna el período o momento fundamental del proceso penal, dado que está destinada al aporte de las pruebas y a la producción de los informes de los defensores, tanto de la sociedad (Ministerio Público) como privados (imputado, parte o actor civil y tercero civil), frente al órgano jurisdiccional. Como tal, el juicio oral es la discusión de la prueba reunida en el proceso, que se lleva a cabo en forma acusatoria y en la que rigen los principios de contradicción, publicidad, oralidad, inmediación y continuidad.

---

[287] SOSA ARDITI, Enrique y FERNÁNDEZ, José: *Juicio oral en el proceso penal*, Astrea, Buenos Aires, 1994, p. 39.

En tanto que es allí donde se resuelve de modo definitivo el conflicto social que subyace y da origen al proceso penal no puede sino ser el centro del proceso penal [288].

En esta etapa, las sesiones son el escenario donde se practican las pruebas de cargo y de defensa; allí tienen lugar, tanto los planteamientos definitivos de acusación y de defensa, basados en las pruebas prácticas, cuanto los debates jurídicos sobre los hechos penales. Es de insistir, que su primacía e importancia trascendental, por encima de las otras etapas procesales, consiste en que en la audiencia se someten a enjuiciamiento las conductas penales y que, tras el debate, el órgano jurisdiccional, juzgando, dicta sentencia [289].

La etapa del juicio oral, enseña Giovanni LEONE, abarca aquel conjunto de actividades que se despliegan desde el inicio de las formalidades de apertura hasta el final de la discusión [290]. El debate oral es considerado, según el mismo autor, una garantía con referencia a las sentencias de condena. La esencialidad e indefectibilidad del juicio se expresa en el hecho de que: **a)** no es posible pronunciar una sentencia de condena sin debate (si es posible, en cambio, una decisión favorable al imputado sin debate, v. gr.: sobreseimiento, absolución del ausente en nuestro derecho); y, **b)** en relación a la sentencia condenatoria, el debate se constituye en una garantía, tanto para el imputado que de esta forma puede desplegar el máximo de su actividad defensiva, cuanto para la sociedad que queda satisfecha en su ansia de justicia por el libre y amplio despliegue de todas las actividades de las partes [291].

En rigor, el juicio oral se integra por un conjunto de actos formalmente regulados y ordenados conforme a un método dialéctico en función de una lógica jurídica: proposición, prueba y discusión de las cuestiones a decidir, de manera tal que se manifiesta en toda su amplitud el contenido del proceso [292]. Es, pues, una reunión concentrada de las

---

[288] BINDER: *Introducción al Derecho procesal penal*, cit., p. 233.

[289] ESCUSOL BARRA: *Manual de Derecho procesal penal*, cit., p. 459.

[290] LEONE: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. II, p. 334.

[291] LEONE: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. II, p. 334

[292] CLARIÁ OLMEDO: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. VI, p. 232.

actividades de las partes, del juez o tribunal y de los órganos de prueba, tendiente a reproducir todo lo importante que se ha recolectado en el proceso, y a agregar los nuevos elementos –objetivos y subjetivos, fácticos y jurídicos–, que darán o podrán dar fundamento al fallo definitivo.

La nota característica más esencial del debate es la observancia plena de la imputación y del contradictorio. En efecto, el primer principio –*de la imputación*– consiste en la obligación de comunicar al imputado la imputación precisa y las pretensiones de las otras partes; el segundo –*contradictorio*– consiste en el deber del juez de escuchar a todas las partes [293].

En nuestro Código de 1940, por ejemplo, la *imputación*, en los términos descritos por Giovanni Leone, queda asegurada tanto con la notificación de la acusación fiscal, del auto de enjuiciamiento y de las pretensiones de las demás partes, según los arts. 226º, 228º, 229º y 232º, cuanto con la lectura de la acusación fiscal al iniciarse el debate (art. 243º). De igual manera, el *contradictorio* queda asegurado mediante la intervención en el juicio oral de todas las partes (art. 234º), con el derecho de ofrecimiento de pruebas (arts. 238º–241º y 254º), con el derecho de interrogatorio (arts. 247º, 251º y 259º) y con el derecho de alegar tanto sobre cuestiones que surjan en el juicio como sobre el fondo del asunto (arts. 257º, 259º, 262º , 263º, 271º y 272º–279º).

En estas condiciones, el juicio oral se presenta como el mecanismo más apto para lograr la reproducción lógica del hecho delictuoso; como el más eficiente para descubrir la verdad; como el más idóneo para que el Juez forme un recto y maduro convencimiento; como el más capaz de excluir el arbitrio judicial y dar a las partes oportunidad para defender sus intereses; como el que permite el control público de los actos judiciales, que es fuente de rectitud, de ilustración y garantía de justicia; como el que mejor responde a las exigencias constitucionales [294].

Desde esa perspectiva, en tanto en el juicio oral se aportan las pruebas y se producen los informes de los defensores de las partes frente al órgano jurisdiccional, la instrucción sólo tiene una función preparatoria, de indudable valor, pero por sí mismo no vale para suministrar los

---

[293] Leone: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. II, p. 335.

[294] Vélez Mariconde, Alfredo: *Derecho procesal penal*, Marcos Lerner–Editora Córdoba, Córdoba, 1986, T. I, p. 420.

elementos de convicción que son necesarios como base de una sentencia en la que se dispone sobre derechos fundamentales de la persona, mediante una absolución o una condena [295].

II. PERÍODOS DEL JUICIO ORAL

El juicio oral o audiencia, según la denominación que le dan los Códigos de 1940 y 1991, se encuentra regulado en los arts. 234º a 291º del Código de 1940 y en los arts. 268º a 311º del Código de 1991. Esta etapa se inicia luego de dictarse el auto de citación a juicio y culmina con la expedición de la sentencia. Conceptualmente, en tanto se entienda que el juicio oral es una actividad continuativa integrada por una diversidad de actos, es posible dividirlo en tres períodos:

1. *Período inicial.* Comprende dos momentos esenciales: la instalación, o trámite de apertura, y la posible conformidad (arts. 234º–243 del Código de 1940 y arts. 275º–280º del Código de 1991). El último momento está regulado en el nuevo Código de 1991 y puede dar lugar a la expedición de una sentencia de conformidad.

2. *Período probatorio.* Comprende toda la actuación probatoria propiamente dicha y el conjunto de sus incidencias. En este período, de "asunción de pruebas" como lo denomina Giovanni LEONE, se da con toda su fuerza el principio de oralidad y los que de él se deriven: inmediación, concentración y publicidad. Tiene que ver con el examen del acusado, de los testigos –que obviamente incluye a la víctima– y de los peritos, así como con la oralización de los medios probatorios. En el Código de 1940 se sigue el orden precedentemente citado (arts. 243º–262º), por cierto similar a los modernos códigos italiano y argentino; sin embargo, en el Código de 1991 el examen del acusado se realiza después de la actuación de la prueba testifical y pericial y de la oralización de los medios probatorios (art. 281º).

3. *Período decisorio.* Comprende, de un lado, la discusión final o informes de las partes, esto es, la exposición final del fiscal y los alegatos de los defensores del actor o parte civil, del tercero civil y del imputado, y la autodefensa (todo lo cual puede denominarse genéricamente "in-

[295] PRIETO–CASTRO Y FERRÁNDIZ / GUTIÉRREZ DE CABIEDES: *Derecho procesal penal*, cit., p. 326.

formes") y, de otro lado, la deliberación y expedición de la sentencia. Está regulado en los arts. 272º y 279º del Código de 1940 y en los arts. 295º–301º del Código de 1991.

III. MODOS DE REALIZACIÓN DEL JUICIO ORAL

Antes de abordar el estudio de cada uno de los períodos del juicio oral, es decir, del procedimiento o trámite del plenario propiamente dicho, resulta necesario, siguiendo el planteamiento metodológico de Clariá Olmedo, estudiar –en primer lugar– los modos de realización del juicio oral, esto es, sus regímenes y –en segundo lugar– los poderes y deberes del órgano jurisdiccional y de las partes [296].

En lo atinente a los *modos de realización del juicio oral*, es del caso estudiar los siguientes regímenes: publicidad; oralidad, inmediación e identidad física del juzgador; continuidad y concentración; y, contradictorio.

1. Régimen de la publicidad

Conforme se tiene expuesto en la primera parte de este libro, la publicidad es una garantía específica consagrada en el art. 139º. 4 de la Constitución. Un proceso será debido o "con todas las garantías", reconoce nuestra ley superior, sólo si está regulado bajo el régimen de publicidad. La publicidad, en atención a su directa relevancia constitucional –que guarda relación con el contralor popular–, se impone bajo sanción de nulidad (art. 215º, CPP de 1940). Por tanto, la regla general es que "toda persona puede acceder a la sala de debates a presenciar las audiencias" [297]. La publicidad de los debates es la posibilidad de asistencia física de la sociedad en general a la ejecución y práctica de la prueba [298].

El procedimiento escrito –y en su caso el *procedimiento a "puertas cerradas"*, salvo las excepciones permitidas por la Constitución y los Tratados Internacionales, está en pugna con la propia Ley Fundamental, pues no consiente la verdadera publicidad –que se refiere a todos los ciuda-

[296] Clariá Olmedo: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. VI, p. 231.

[297] Sosa Arditi / Fernández: *Juicio oral en el proceso penal*, cit., p. 47.

[298] Gimeno Sendra *et. al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 99.

danos y no sólo a las partes– que es esencial en un régimen republicano de gobierno, desde que la publicidad –bajo el *aspecto político*– acrece en el pueblo el sentimiento de respeto a la ley y sus jueces, a quienes pone al amparo de la sospecha, favoreciendo en último término la cohesión social y el orden jurídico, y –*respecto del imputado*– la publicidad es una garantía de justicia y de libertad, es una tutela contra la calumnia, la ilegalidad y la parcialidad, puesto que el control público frena las ilicitudes y recuerda a los sujetos procesales que están bajo la atenta mirada del pueblo, ante el cual han de rendir cuenta de sus actos [299].

La Constitución permite excepciones a la publicidad del juicio oral, siempre que se encuentren debidamente contempladas en la ley. Sobre el particular, es de precisar que los baremos dentro de los que puede decidir el legislador nacional están fijados por el Derecho Internacional de Derechos Humanos. En efecto, el art. 14º.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prescribe que: "...*La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes, o en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia*". A su vez, el art. 8º.5 de la Convención Americana de Derechos Humanos permite la no publicidad cuando "... *sea necesario para preservar los intereses de la justicia*".

No obstante lo expuesto en ese parámetro genérico de exclusión de publicidad, la propia Ley Fundamental en el aludido artículo constitucional traza un límite a las excepciones que puede prever la ley. Se trata de "*Los procesos judiciales por responsabilidad de funcionarios públicos, y por los delitos cometidos por medio de la prensa y los que se refieren a derechos fundamentales garantizados por la Constitución...*".

El Código de 1940 no contiene norma alguna respecto a la exclusión del público o de los órganos de comunicación social, salvo el caso de los delitos contra la libertad sexual, cuyo art. 310º impone la realización de "audiencias privadas", sin asistencia de público. Sin embargo, el art. 137º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial contiene una prohibición expresa dirigida a los menores de edad.

---

[299] VÉLEZ MARICONDE: *Derecho procesal penal*, cit., T. I, pp. 427–428.

La Corte Suprema ha establecido, amparándose directamente en la Constitución, que por razones de orden público y seguridad nacional, en tanto la publicidad total menoscaba la recta administración de justicia, es posible realizar el acto oral en reserva [300].

El Código de 1991, bajo la inspiración de la Constitución de 1979 –cuyo art. 233º.3 es, sin duda alguna, de mejor factura que el art. 139º.4 de la Constitución vigente– y del Código Procesal Modelo para Iberoamérica (art. 293º), admite dos de los tres tipos de excepciones a la publicidad que reconoce el derecho comparado: *Reserva total y parcial* y *limitación parcial*; no incorpora la *limitación relativa* vinculada a los menores, aunque es de incluirse al amparo del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

a) *Reserva total y parcial* (art. 268º, primer párrafo). En estos supuestos el juicio oral se efectúa total o parcialmente a puertas cerradas. Si todos los actos, simples o complejos, se desarrollan excluyendo al público, la reserva será total. En cambio, si la exclusión comprende sólo algunos actos del debate (v. gr.: alguna declaración o parte ella, una exhibición corporal, etc.), la reserva será parcial.

b) *Limitaciones relativas.* Están referidas a la prohibición de concurrir a las audiencias a determinadas personas. Es el caso específico de los menores de edad (art. 137º TUO de la LOPJ). Explica CLARIÁ OLMEDO que se trata de una limitación subjetiva fundamentada en impedimentos específicos, que debe hacerse efectiva en función de las atribuciones de gobierno que corresponden al órgano jurisdiccional.

c) *Limitaciones parciales.* Comprende el alejamiento de la Sala de Audiencias de personas cuya presencia no fuere necesaria, o a la limitación de los asistentes a un determinado número. Explican esta excepción razones de orden (capacidad de la Sala, poder disciplinario, etc.), decoro, higiene o moralidad (art. 271º).

El art. 268º reconoce tres órdenes de razones para decretar la reserva de la audiencia, entendidas como límites al principio de publicidad general: **1.** Moralidad o afectación grave del orden público o la seguri-

[300] Ejecutoria suprema de 27 de enero de 1989, Exp. Nº 1194–88, Lima (*Normas Legales*, T. 205, junio, 1993, pp. 481–484).

dad nacional; **2.** Intereses de menores o protección de la vida privada de los sujetos procesales; y, **3.** Perturbación a la recta administración de justicia, tales como peligros de secretos que puedan perjudicar injustificadamente a las partes.

Los tipos normativos antes señalados son abiertos e intensamente valorativos, en cuya virtud la propia norma exige una especial motivación. El Juez o Sala Jurisdiccional debe realizar una proporcionada ponderación de dos intereses en conflicto: *acceso al público por razones de control ciudadano a la justicia* vs. *otros intereses o bienes constitucionalmente relevantes* (v. gr.: derecho a la intimidad, honor personal, orden público, seguridad nacional, justicia objetiva e imparcial, etc.). La decisión requiere voto calificado. Si se trata de un órgano jurisdiccional colegiado, la decisión debe ser por unanimidad, por lo que si uno de los Vocales no considera razonable decretar la reserva del plenario, tal medida no podrá producirse.

Finalmente, en aras del respeto al principio de proporcionalidad, si la causa que determinó la reserva o privacidad del juicio desaparece, ésta se debe levantar a la par que permitirse el acceso del público. La reserva, desde luego, obliga a las partes el deber de guardar reserva sobre lo ocurrido en ese acto.

La reserva, sin embargo, no comprende la expedición del fallo, tal como lo recordó el Comité de Derechos Humanos en su Comentario General 13, párrafo 6 [301]. La única excepción posible a la publicidad de los fallos judiciales se circunscribe, para lo penal, "*en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario*" (art. 14º.1 del PIDCP).

2. RÉGIMEN DE LA ORALIDAD

A. Aspectos generales

La oralidad es una consecuencia de la publicidad del debate. Se encuentra taxativamente impuesta en los arts. 207º del Código de 1940 y 268º del Código de 1991. Oralidad significa, al decir de Giovanni LEONE, percepción directa, por parte del juez, de las pruebas y de las manifestaciones de las partes [302].

---

[301] O'DONNELL, Daniel: *Protección internacional de los Derechos Humanos*, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1988, p. 168.

[302] LEONE: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. II, p. 338.

Como consecuencia de la oralidad, expone Florencio Mixán Mass siguiendo a Quevedo Mendoza, el órgano jurisdiccional debe fundar la sentencia que emita en el material probatorio proferido oralmente en el debate [303].

Este principio no es absoluto. Sus derogaciones –siguiendo las palabras de Miguel Fenech– se dan en aquellos supuestos en los que la ley impone o consiente la lectura de algunos actos en el debate.

B. Excepciones a la oralidad

El Código de 1940, en sus arts. 254º, 269º y 262º, permite la lectura de: **a)** declaración del testigo que declaró en la instrucción y que se dirija al tribunal anunciando que no puede concurrir, siempre que se haya ratificado en sus declaraciones y que no se insista en su concurrencia; **b)** declaración del testigo que por justa causa no pueda concurrir a la audiencia; **c)** declaración del testigo que el tribunal considere útil o que sea solicitada por las partes; **d)** dictamen pericial presentado en la instrucción o en la audiencia (supuesto de lectura obligatoria, art. 269º *in fine*); **e)** piezas, o documentos escritos, que existan en la instrucción o que fueran acompañados por el Fiscal en la acusación. El Código de 1991, por su parte, sólo contiene una disposición genérica sin prohibiciones de lectura en ningún caso; el art. 283º se limita a señalar que se oralizarán los medios probatorios que las partes consideren útiles.

En cambio, el Proyecto de Código de 1995, que profundiza la aplicación del principio de oralidad del juicio oral, contiene una serie de reglas limitativas para la lectura, en aras de evitar que la audiencia se convierta en un juicio leído que haga de la oralidad una excepción. El art. 331º prescribe que la oralización o lectura es procedente cuando se trata de:

a) declaraciones de testigos o exámenes de peritos actuadas bajo el sistema de prueba de urgencia;

b) declaraciones de testigos o exámenes de peritos producidas durante la investigación, que sean de imposible actuación en el acto oral debido al fallecimiento, enfermedad, ausencia del lugar de su residencia, desconocimiento de su paradero u otras causas objetivas de los testigos o peritos;

[303] Mixán Mass, Florencio: *Juicio oral*, BLG, Trujillo, 1993, p. 58.

c) denuncia, prueba documental o de informe, dictamen pericial, confrontaciones con las limitaciones reconocidas en los dos puntos anteriores, y las actas de detención, reconocimiento, registro, inspección, revisión, pesaje, hallazgo, incautación o secuestro u otras que incorporen elementos de prueba y se encuentren previstas por la ley.

El art. 243º del Código de 1940 en su versión originaria iniciaba el período probatorio con la lectura de la instructiva del acusado, norma que fue derogada en el año 1981 con la entrada en vigencia del Decreto Legislativo Nº 126. A partir de esa fecha, ya no se da lectura ni a los informes del Fiscal Provincial y del Juez Penal ni a la instructiva, sólo se lee la acusación fiscal. Similar postura adoptó el Código de 1991 en su art. 284º.

Otros Códigos modernos, sin embargo, permiten la lectura de la instructiva o indagatoria, siempre que el imputado resuelva no declarar, o si declara, cuando sus dichos no concuerdan con los vertidos en sus declaraciones anteriores. La lectura, en estos casos, será procedente siempre y cuando en su recepción hayan sido respetadas las específicas normas que la regulan, lo que es perfectamente justificable porque se trata de un acto procesal establecido en defensa del imputado y no destinado a servir de fuente de información a los órganos penales.

En cuanto a las testimoniales y al examen pericial, como se sabe, la regla general es la recepción oral de la declaración del testigo y de las declaraciones del perito, las que no pueden ser suplidas por la lectura de su testimonio o del informe pericial, salvo casos de excepción manifiesta radicada en los supuestos de instrucción suplementaria o prueba de urgencia o cuando el testigo o perito falleció, está ausente o no es habido.

La doctrina moderna es unánime en sostener que dichas *pruebas personales*, en principio y por regla general, deben actuarse en el acto oral, pues de lo contrario no habría inmediación, que es muy importante para una adecuada libre valoración de las pruebas, ni se respetaría el principio de contradicción. Obviamente, como señala ORTELLS RAMOS, por razones de objetiva justificación se exceptúan de su actuación en el juicio oral las denominadas *pruebas anticipadas*, que se realizan cuando media una previsión razonable de que no va a ser posible actuarla en el momento del juicio oral, por lo que su actuación se adelanta bajo la forma de la prueba de urgencia en la etapa intermedia; y, las *pruebas preconstituidas*, que se trata de una objetiva constatación documental de un hecho representativo a efectos probatorios, que por su propia natu-

raleza no requieren la intervención de un órgano jurisdiccional ni que se respete el contradictorio [304].

La lectura –y posterior análisis en la sentencia– de las testimoniales, preventivas, confrontaciones y documentos o actas en general, está condicionada a que se hayan actuado respetando las normas que las disciplinan. Si bien el principio de indagación de la verdad permite la lectura de la prueba preconstituida y de la prueba anticipada, con las excepciones antes indicadas, es del caso respetar en todo momento el principio de legalidad vinculado al respeto de las formas en materia probatoria o de documentación de las diligencias de investigación. Pese a la literalidad de las normas de ambos Códigos nacionales, es del caso postular una interpretación restrictiva en aras de respetar los principios esenciales del enjuiciamiento y, por consiguiente, acomoda la "oralización" a lo que estrictamente necesario y jurídicamente factible.

C. La inmediación

La oralidad genera un principio rector del juicio oral: la inmediación. ESCUSOL BARRA precisa al respecto que toda la actividad procesal del juicio oral ha de producirse ante el órgano jurisdiccional, que enjuicia las conductas penales y dicta sentencia [305]. Señala VÉLEZ MARICONDE que la inmediación es la primera consecuencia de la oralidad: la efectividad de la inmediación requiere que el juicio definitivo se realice oralmente, puesto que la forma escrita constituye una especie de expresión inoriginal, el acta escrita se interpone entre el medio de prueba y el juez [306].

Sostiene Eberhard SCHMIDT que el principio de inmediación se refiere al modo de utilizar la prueba judicial. Esta forma es inmediata, insiste, cuando el tribunal realiza la recepción de la prueba original directamente por sus propios sentidos. En cambio, acota, si entre el tribunal y la prueba original "se intercala un intermediario que transmite el conocimiento de los hechos respectivos", nos encontramos frente a una re-

[304] En: MONTERO AROCA *et. al.*: *Derecho Jurisdiccional,* cit., T. III *(Proceso penal),* ed. 1991, pp. 322–323.

[305] ESCUSOL BARRA: *Manual de Derecho procesal penal,* cit., p. 461.

[306] Citado por SOSA ARDITI / FERNÁNDEZ: *Juicio oral en el proceso penal,* cit., p. 40.

cepción mediata de la prueba [307]. De lo expuesto se desprende, además, que está prohibido en el debate la facultad de delegación de actos procesales a otros órganos jurisdiccionales: la prueba debe dirigirla el propio juez del debate [308].

Obviamente, toda lectura de actas sumariales (de la investigación preliminar policial o de la investigación formal realizada ante el Fiscal Provincial o ante un Juez Penal) constituye una prueba mediata. Sobre el particular, Eberhard SCHMIDT previene que es de tener presente el peligro que ello representa, pues la seguridad de la prueba se debilita de acuerdo al número de los intermediarios [309]. En esta misma perspectiva, Julio MAIER enfatiza que la oralidad –y por ende su derivación que es la inmediación– trae como consecuencia la apreciación en conciencia de la prueba; el juicio público y oral se rige por la convicción real que los medios de prueba concretos, recibidos en la audiencia del debate, producen en el juzgador, sin regla alguna que determine el juicio valorativo [310].

Por consiguiente, como aclara Ricardo LEVENE (H) [311], la inmediación tiene tres notas esenciales que tornan inevitable su incorporación en el proceso penal moderno. Estas son las siguientes: **a)** pone al magistrado en contacto directo con las pruebas y las partes y permite captar aspectos y declaraciones imposibles de conseguir de otra manera, obteniendo así las pruebas de las fuentes originarias; **b)** facilita el mutuo control entre el juez y las partes, y se asegura la comprensión, evitándose que se altere o deforme la realidad, *lo que ocurre cuando ésta llega a conocimiento del tribunal en forma mediata o indirecta por el procedimiento escrito, que de por sí incita a la delegación de funciones*; y, **c)** permite, en las declaraciones indagatorias y testimoniales, en los careos y en las explicaciones verbales de los peritos, que el juez aprecie las condiciones físicas y morales

---

[307] SCHMIDT, Eberhard: *Los fundamentos teóricos y constitucionales del Derecho procesal penal*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1957, p. 261.

[308] LEONE: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. II, p. 342.

[309] SCHMIDT: *Los fundamentos teóricos y constitucionales del Derecho procesal penal*, cit., pp. 262 y 267.

[310] MAIER, Julio B. J.: *Derecho procesal penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1996, T. I, p. 662.

[311] LEVENE (h): *Manual de Derecho procesal penal*, cit., T. I, pp. 111–112.

de los declarantes, y sus reacciones, que pueden estar motivadas por la culpabilidad, el arrepentimiento, la indignación, o denotar su peligrosidad o indiferencia.

D. La identidad física del juzgador

La oralidad y la inmediación exigen a su vez lo que CHIOVENDA denominó la *identidad personal del juzgador.* Estos tres principios, a su vez, no se explican el uno sin el otro. La identidad física del juzgador exige que el mismo magistrado que recibió inmediatamente las pruebas y escuchó las razones de las partes sea quien inmediatamente después dicte personalmente la sentencia [312].

Mediante este principio se puede adquirir un conocimiento directo del caso, lo que al decir de MIXÁN MASS, es uno de los elementos del criterio de conciencia. Conocimiento directo que no sería posible si durante el juicio oral se cambiara al juzgador, pues en tal supuesto el reemplazante no tendrá idea sobre la parte ya realizada y el conocimiento que tenga a partir de su intervención será irremediablemente fragmentario, incompleto [313].

Esta exigencia no sólo afirma el principio de que la sentencia debe ser dictada por los mismos jueces que intervinieron en el debate, sino que impide –lo que es factible en el procedimiento escrito– la *delegación de funciones,* que está en pugna con nuestro sistema de gobierno [314].

El art. 289º del Código de 1991 sanciona expresamente este principio, al señalar que: "*El Juzgador será el mismo desde el inicio hasta la conclusión de la audiencia...*". En esta perspectiva, el art. 269º del Código de 1940, en su texto originario, señalaba que tratándose de tribunales colegiados (único supuesto en que se ponía la norma) si algún miembro enfermaba y no podría cumplir sus funciones, sería reemplazado por otro magistrado a condición de que se señalara fecha para la nueva audiencia; esto es, si el debate oral se quebraba, todo volvía a fojas cero.

---

[312] CAFFERATA NORES: *Introducción al Derecho procesal penal,* cit., p. 209.

[313] MIXÁN MASS: *Juicio oral,* cit., ed. 1993, p. 72.

[314] VÉLEZ MARICONDE: *Derecho procesal penal,* cit., T. I, p. 428.

Sin embargo, el nuevo texto del art. 269º del Código de 1940, instituido por el Decreto Legislativo Nº 126, de 1981, que en este extremo ha sido seguido por el art. 289º del Código de 1991, estableció que si el Vocal por causal de enfermedad no puede restituirse a la Sala antes de vencido el octavo día de suspensión del juicio, será reemplazado siempre que el estado de la audiencia lo permita, vale decir, hasta antes de la acusación oral, que es momento en que se inicia formalmente los informes de las partes. El art. 266º del Código de 1940, modificado por el Decreto Legislativo Nº 126, regula similar proceder cuando el Vocal cese o pase a la condición de jubilado.

Estos cambios legislativos, que en buena cuenta incorporan excepciones al principio de identidad física del juzgador o inalterabilidad de la composición personal del colegio judicial, obedecen a razones pragmáticas y buscan impedir que el juicio se quiebre evitando dilaciones que se consideran indebidas. Es obvio que tales modificaciones al principio se deben a la alta movilidad de los magistrados –fenómeno peligroso que refleja la inestabilidad de la judicatura nacional– y la necesidad de resolver al más breve plazo las causas pendientes, lo que en última instancia refleja el incumplimiento de un presupuesto de dicho principio, que al decir de MASSARI es la necesidad de que el proceso, desde su inicio hasta la sentencia, tenga que desarrollarse con la mayor rapidez [315].

Quienes toleran tal variación, consideran que no hay mayor alteración de los principios del enjuiciamiento en la medida que el reemplazo se entiende sólo con uno de los tres Vocales que integran la Sala Jurisdiccional y que, por lo menos, el nuevo Vocal puede escuchar los informes de las partes y la autodefensa. Empero, es de precisar que si bien sólo dos de los Vocales han presenciado el debate y pueden comunicar sus impresiones al nuevo Vocal, lo cierto es que inevitablemente se lesiona los principios de oralidad e inmediación, que tienen su principal fuente de irradiación en la actuación probatoria, etapa en la que necesariamente no estaría presente el nuevo Vocal.

[315] LEONE: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. II, p. 341.

3. Régimen de la continuidad

A. Concentración

Compatible con la oralidad y la inmediación, el principio de concentración, verdadera base del régimen de la continuidad, requiere –según afirma Cafferata Nores– la mayor aproximación temporal posible entre los momentos en que se recibe la prueba, se argumenta sobre su resultado y se dicta la sentencia. De allí que los códigos modernos exigen que el debate se desarrolle durante todas las audiencias *consecutivas* que sean necesarias para su terminación [316]. A este respecto, la Corte Suprema ha establecido en Ejecutoria del 10 de enero de 1945 que "El juicio oral debe realizarse de manera continua. No es legal realizar audiencias diminutas, interrumpidas por intervalos largos" [317].

En orden al principio de concentración, el art. 266º del Código de 1940 prevé que iniciado el juicio oral, continuará en audiencias consecutivas que sean necesarias hasta su conclusión. El Código de 1991 tiene dos normas básicas al respecto, los arts. 269º y 273º: la primera norma estipula que abierta la audiencia, debe continuar hasta su conclusión, "*salvo que sean necesarias sesiones consecutivas*"; la segunda norma dispone que la audiencia se realizará mediante secuencia preordenada, que se concretará de acuerdo a las exigencias específicas del juzgamiento.

Ambos Códigos, sin embargo, no son más radicales al respecto, pues la pauta en el derecho comparado es que entre una audiencia y otra de un mismo debate no deben interferirse otras actividades fundamentales extrañas al proceso en trámite; es decir, el tribunal no puede legalmente intercalar entre las audiencias de un determinado debate, otras pertenecientes a un debate diverso correspondiente a otro proceso. Esta pauta metodológica garantiza la concentración procesal, aproximándose entre sí lo más posible el desenvolvimiento de toda la actividad que integra el debate con su proyección a la constitutiva del momento decisorio [318]. La Corte Suprema sólo ha previsto esta posibilidad tratándose de proce-

---

[316] Cafferata Nores: *Introducción al Derecho procesal penal*, cit., p. 205.

[317] Guzmán Ferrer, Fernando: *Código de Procedimientos Penales*, Cultural Cuzco, Lima, 1982, p. 455.

[318] Clariá Olmedo: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. VI, p. 252.

sos muy complicados que requieren excepcional dedicación de los magistrados, supuestos en los que el Tribunal puede constituirse "en audiencia permanente y continua" [319].

B. Suspensión e interrupción

Si bien lo ideal es la audiencia única o una sola sesión, lo que puede conseguirse en los procesos simples, diversas circunstancias subjetivas y objetivas imponen el aplazamiento del debate para las sucesivas audiencias o sesiones de días consecutivos, las que obviamente mantienen su unidad. En estas condiciones se produce una *suspensión de la audiencia,* que consiste en el detenimiento de la actividad que se viene cumpliendo en el debate, por un término que en ningún caso puede exceder de 8 días hábiles. Dentro de él, y desaparecida la causa legal que la produjo, se continuará el debate sin repetición de los actos cumplidos hasta su cese [320].

El art. 267º del Código de 1940, modificado por el Decreto Legislativo Nº 126, al igual que el art. 269º, segundo párrafo, del Código de 1991 estatuyen que la suspensión del juicio no puede durar más de ocho días hábiles consecutivos (la norma originaria del Código de 1940 fijaba el plazo en sólo tres días). Por días hábiles entiende el art. 141º del Código Procesal Civil los días comprendidos entre el lunes y el viernes de cada semana, salvo los feriados –se entiende feriados no laborales– y los días de suspensión del Despacho judicial (el art. 247º del TUO de la LOPJ, precisa que el Despacho judicial se suspende los días de duelo nacional y judicial, de inicio del año judicial y día del Juez). El citado art. 267º del Código de 1940, al igual que el art. 288º del Código de 1991, señala que tampoco serán de cómputo los días de suspensión del despacho por fuerza mayor o por causas imprevistas o caso fortuito (v. gr.: huelgas, problemas atmosféricos, catástrofes, etc.). El caso de la huelga del personal judicial ha sido contemplado por la Corte Suprema como motivo expreso de suspensión [321].

La *interrupción* se produce cuando la paralización del debate se prolonga, o sea factible que ello ocurra, más allá de los ocho días hábiles.

---

[319] GUZMÁN FERRER: *Código de Procedimientos Penales*, cit., p. 455.

[320] CLARIÁ OLMEDO: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. VI, p. 253.

[321] Ejecutoria suprema de 14 de julio de 1989, Exp. Nº 229–89, Huancavelica (*Anales Judiciales*, T. LXXVII, Lima, 1989, pp. 212–213).

Dicen los arts. 267º del Código de 1940 y 269º del Código de 1991 que, en este caso, se dejarán sin efecto o insubsistentes las audiencias ya realizadas, señalándose día y hora para el nuevo juicio oral. Este reenvío del debate a tiempo indeterminado importa que el debate entero se remita a otra audiencia, en la cual iniciará nuevamente su desarrollo, sin vinculación alguna con la parte del debate eventualmente desplegado con anterioridad [322]. De este mismo parecer es Florencio Mixán Mass, quien expresa que en estos casos la audiencia realizada hasta antes de la suspensión deviene en insubsistente ("sin efecto", pierde su eficacia); por lo que se tendrá que iniciarla de nuevo en el modo y forma de ley [323]. En el supuesto de *suspensión*, como se sabe, la audiencia se reanuda en el punto en que se paralizó en la sesión anterior; en rigor, la vista oral prosigue luego de superarse el motivo legal que ocasionó la suspensión.

C. Motivos de suspensión

Los Códigos de 1940 y de 1991 son taxativos en la enumeración de los motivos de suspensión del juicio oral. Estos motivos, son clasificados por Clariá Olmedo [324] en dos grupos: **a)** referidos a situaciones de los sujetos procesales y sus colaboradores; y, **b)** referidos a cuestiones objetivas relativas al trámite o a la producción de la prueba.

C.1. Motivos subjetivos de suspensión

Son los siguientes:

1. El motivo de suspensión genérico está regulado en los arts. 266º del Código de 1940 y 288º del Código de 1991. El primer artículo precisa que la suspensión procederá en los supuestos de inasistencia de algún miembro del Tribunal, del Fiscal, del acusado, del abogado defensor o de algún testigo cuya declaración el tribunal considere necesario, en cuyo caso corresponde al órgano jurisdiccional tomar las medidas necesarias para su prosecución. El segundo artículo estipula que la audiencia sólo se suspenderá por causas debidamente justificadas, bajo responsabilidad.

---

[322] Leone: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. II, p. 342.

[323] Mixán Mass: *Juicio oral*, cit., ed. 1993, p. 350.

[324] Clariá Olmedo: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. VI, p. 254.

El párrafo tercero del art. 266º del Código de 1940 contempla un supuesto de inasistencia que determina la suspensión del juicio oral: *jubilación o cese* de un Magistrado integrante del órgano jurisdiccional. En este caso, el juicio no se interrumpe sino que se llama a un reemplazante para que complete el Tribunal. Similar opción contempla el art. 289º del Código de 1991, pues prevé la sustitución del magistrado inasistente por causa justificada. Si el inconcurrente –señala el indicado tercer párrafo del art. 266º del Código de 1991–, es el Fiscal Superior, lo reemplazará su Fiscal Adjunto o, en su defecto, el que designe la Junta de Fiscales o el Fiscal Superior menos antiguo; es una cláusula de remisión a lo estatuido en la Ley Orgánica del Ministerio Público, que por cierto puede ser invocada directamente en el caso del Código de 1991–que no contempla norma alguna al respecto (art. 23º LOMP).

Es de precisar que, según el cuarto párrafo de dicha norma, no es causal de suspensión la licencia, jubilación o goce de vacaciones de los miembros del Tribunal cuando el estado de la audiencia es la de expedir sentencia, pues en este caso están autorizados a continuar interviniendo en el proceso.

2. La enfermedad sobrevenida de un miembro del Tribunal, del acusado, o testigo es un supuesto específico de suspensión del juicio oral. En este caso, dispone el art. 268º, la audiencia continuará, previa citación, al día siguiente de cesar ese impedimento, siempre que no dure más de 8 días. El procedimiento que se debe adoptar en estos casos está regulado en el art. 269º del Código de 1940. Para estos supuestos en el Código de 1991, rige el art. 288º, segundo párrafo, que contempla una opción idéntica.

En el supuesto de enfermedad de un Magistrado miembro del Tribunal, preceptúa el primer párrafo del art. 269º del Código de 1940, si vencido el sexto día de suspensión de una audiencia, es previsible que no pueda incorporarse, será reemplazado, hasta antes de la acusación oral, por el llamado por ley. Tal límite referido al momento procesal del cambio, evidentemente, no rige para el Ministerio Público, lo que se explica por la naturaleza de la institución en la que rige el principio de unidad funcional y porque no le compete dictar sentencia. En el Código de 1991 la sustitución opera en similares términos, con la modificación de que no cabe esperar al sexto día para resolver la sustitución (art. 289º, primer párrafo).

Si el inasistente es el abogado defensor, estatuye el segundo párrafo del art. 269º del Código de 1940, vencido el sexto día de suspensión y siendo previsible que no podrá incorporarse antes del octavo día, se conminará al imputado a que designe otro defensor, caso contrario en ese acto el Tribunal nombrará al abogado que debe hacerse cargo de la defensa. Al octavo día último de la suspensión, si no concurre el defensor titular, sea el defensor primigenio o el que en la sesión anterior designó el acusado, intervendrá indefectiblemente el designado por el Tribunal.

El Código de 1991, en su art. 274º, instaura el procedimiento de exclusión del Abogado Defensor. Autoriza al Tribunal a nombrar otro Defensor si no asiste el designado por el acusado a dos sesiones consecutivas o a tres no consecutivas. La inasistencia es independiente de que sea justificada o no. En el primer supuesto el Tribunal ordenará la intervención del defensor de oficio, si es que el Abogado Defensor no concurre en la segunda sesión. En el segundo supuesto el Tribunal relevará obligatoriamente al Abogado Defensor por el defensor de oficio o por otro que nombre el acusado en el término de cuarentiocho horas. Esta institución procesal persigue evitar que se frustre el juicio oral, de ahí que la exclusión –en principio– no tiene carácter disciplinario, salvo el caso de inasistencia injustificada o maliciosa.

Los arts. 269º, tercer párrafo, del Código de 1940 y 290º del Código de 1991 prevén el supuesto de enfermedad es del acusado. Disponen que si la enfermedad, según apreciación médico–forense, no le permite su reincorporación al plenario, la audiencia podrá continuar con la asistencia de su defensor, sólo si existen otros acusados. En este último caso, si la audiencia se encuentra en estado de sentencia y hasta ese momento no se ha reincorporado el acusado, el proceso debe reservársele, a menos que la sentencia sea absolutoria.

C.2. Motivos objetivos de suspensión

Se centran en razones de prueba. Son los siguientes:

1. Necesidad del tribunal de constituirse en el domicilio de un testigo que se encuentre enfermo, a fin de examinarlo. La suspensión sólo procederá si el testigo se encuentra en la misma localidad, es decir, en la misma sede del tribunal. La audiencia en este caso se realizará con la asistencia de los miembros del tribunal, del fiscal, del defensor, del acusado, de la parte civil –si lo desea– y del Secretario; y, la declaración del testigo, se tornará literalmente, lo que constituye una excepción a la

regla de la confección resumida de las actas del juicio justificada por la limitación ineludible del principio de publicidad. Así lo establece específicamente el art. 270º del Código de 1940.

2. Existen otros dos supuestos posibles de suspensión de la audiencia motivada en razones de prueba. El primer caso imaginable es cuando un órgano de prueba debidamente citado (testigo o perito) no concurre a la audiencia. En tanto su comparecencia se considere indispensable y aún no se han agotado todas las medidas necesarias para efectivizarla, es de rigor suspender la audiencia para concretar su actuación en el debate. El segundo caso imaginable es cuando deba ampliarse la actividad probatoria como consecuencia de revelaciones o retractaciones inesperadas de relativa complejidad en el curso del juicio oral, que es del caso aclarar.

Ambas posibilidades no se encuentran expresamente contempladas en los dos Estatutos procesales, empero se utilizan cotidianamente por los tribunales de justicia, en tanto sea del caso llegar a descubrir la verdad y agotar las fuentes de conocimiento posibles. El art. 288º del Código de 1991 contiene una regla general, que desde luego comprende ambos supuestos, al señalar que "*la audiencia sólo se suspenderá por causas debidamente justificadas...*". El Proyecto de 1995 contempla expresamente el segundo supuesto: acabada la actuación probatoria, reza el art. 339º, el Juez o la Sala Penal, "*...podrá de oficio o a pedido de algún otro sujeto procesal, la actuación de nuevos medios de prueba, si en el curso del debate resultasen indispensables o manifiestamente útiles para esclarecer la verdad*".

C.3. Suspensión por razón del trámite

1. En tanto no sea posible resolver al tribunal en el mismo acto o aplazar hasta la sentencia, el planteamiento de "cuestiones incidentales" (art. 271º del Código de 1940) puede dar origen a una suspensión de la audiencia, a fin de resolverlas reiniciada que sea la audiencia a aplazar su resolución hasta el momento de expedir sentencia [325]. La cuestión incidental es cualquier demanda o conclusión formulada por una de las partes en el curso del debate, y acerca de la cual se suscita un contraste o una

[325] Ejecutoria suprema de 23 de marzo de 1998, Exp. Nº 1162–87, Lima (*Normas Legales*, T. 208, setiembre, 1993, pp. 381–382).

controversia [326]. GIMENO SENDRA, precisando el concepto, indica que la demanda o conclusión puede referirse a *"cualquier cuestión jurídica o de hecho, que precise de una valoración jurídica previa, pero conexa con el objeto del juicio oral, las que pueden ser tanto de derecho material, como procesal"*[327]. La jurisprudencia suprema expresamente excluye deducir como incidente *"las cuestiones fundamentales como la referente a la irresponsabilidad del acusado"* [328].

En este orden de ideas, Florencio MIXÁN MASS [329], siguiendo a nuestra jurisprudencia, identifica algunas cuestiones. Así tenemos los supuestos de incompatibilidad de la defensa y el planteamiento de una excepción. A los que podemos agregar los supuestos de muerte del acusado, indulto, solicitud de declarar la privacidad del juicio, etc.

El Código de 1991 no tiene una norma expresa en materia de suspensión por razón de la introducción de una cuestión incidental. Sin embargo, este supuesto resulta subsumido en el supuesto genérico incorporado en el art. 288º bajo la cobertura de las denominadas "causas debidamente justificadas".

La introducción de todo incidente –que inclusive puede generarse de oficio– origina, como es lógico, un procedimiento específico, que se inicia con la inserción o introducción verbal de la cuestión incidental, continúa con una suerte de mini debate y finaliza, previa presentación bajo pena de nulidad de las conclusiones escritas a cargo de la parte que ha planteado el incidente [330], con una decisión, precedida de una suspensión de la audiencia. Es improcedente formar en estos casos un cuaderno incidental.

No obstante la claridad de esta disposición legal (art. 271º), existe alguna decisión del Alto Tribunal que establece que la deducción de nulidades que requieran resolución con carácter previo no es aceptable, por cuanto

---

[326] LEONE: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. II, p. 353.

[327] GIMENO SENDRA *et. al.*: *Derecho procesal*, cit., T. II (*Proceso penal*), p. 453.

[328] *Anales Judiciales*, 1946, Lima, p. 182.

[329] MIXÁN MASS: *Juicio oral*, cit., ed. 1993, p. 352.

[330] Ejecutorias supremas de 1 de junio de 1956 (RONCALLA VALDIVIA: *Jurisprudencia en materia procesal penal*, cit., pp. 269–270); y de 16 de diciembre de 1957 (*Anales Judiciales*, 1957, Lima, p. 151).

ello "... daría lugar para que proliferen las nulidades en tal etapa con evidente perjuicio para la pronta administración de justicia" [331]. Empero, tal decisión –que obliga a deferir la resolución del incidente al momento de la sentencia–, no sólo no tiene amparo normativo alguno, sino que en sus premisas es falsa, dado que el hecho que se resuelva inmediatamente una incidencia no necesariamente perturba el curso del debate y no necesariamente todas las articulaciones de nulidad son maliciosas, tanto más si la ley brinda los remedios del caso para hacerle frente.

2. La audiencia puede suspenderse cuando el Fiscal varía la acusación escrita que dio lugar al auto de enjuiciamiento. Dos son las posibilidades del Fiscal:

a) Retirar la acusación fiscal, cuando se haya producido durante el enjuiciamiento nueva prueba modificatoria de la condición jurídica anteriormente apreciada (arts. 274º del Código de 1940 y 291º del Código de 1991). Retirada la acusación, el tribunal, previo traslado a las partes, suspenderá la audiencia para emitir la resolución que corresponde (el Código de 1991 fija un plazo especial de suspensión: 2 días hábiles).

En este caso el Tribunal, de conformidad con el art. 275º del Código de 1940, tiene dos alternativas: **a**) disponer que se amplíe la instrucción, o **b**) que pasen los autos a otro Fiscal para que formule nueva acusación; este segundo fiscal puede solicitar que se amplíe la instrucción. Lo que no puede hacer el Tribunal es declarar improcedente la solicitud del fiscal, tal como ha sido precisado por la Ejecutoria suprema de 21 de febrero de 1984 [332]. Es de tener presente, como recuerda CATACORA GONZÁLES, que con la promulgación de la Ley Orgánica del Ministerio Público, la opción del Tribunal –si se encuentra disconforme con la solicitud del fiscal Superior– es elevar los actuados al Fiscal Supremo; la norma del Código de 1940 no fue modificada expresamente, como debió hacerse, pero ello no es óbice para entender, frente al nuevo modelo de organización del Ministerio Público y de sus relaciones con el Poder Judicial, que dicha norma ha sido modificada en esos extremos [333].

---

[331] Ejecutoria suprema de 30 de abril de 1969, Exp. Nº 318–69, La Libertad (RONCALLA VALDIVIA: *Jurisprudencia en materia procesal penal*, cit., pp. 271–272).

[332] *Jurisprudencia Penal, 1984–1992*, cit., p. 197.

[333] CATACORA GONZÁLES, Manuel: *Código de Procedimientos Penales*, Gráfica Horizonte, Lima, 1998, p. 226.

b) Pedir prórroga para formular acusación ampliatoria, en caso el juzgamiento arroje que el delito reviste carácter más grave que el indicado en el escrito de acusación (arts. 263º del Código de 1940 y 293º del Código de 1991). El Tribunal, previo traslado a las partes, resolverá lo conveniente. Si accede a lo solicitado por el Tribunal suspenderá la audiencia. En este caso el Fiscal estará obligado a formular acusación ampliatoria en el plazo de cuarentiocho horas y el Tribunal a fijar audiencia ni antes de los ocho días ni después de los doce (el Código de 1991 determina que necesariamente la audiencia subsiguiente se realizará antes de los ocho días). Aquí se da un supuesto de reapertura de la actividad probatoria, pues el Fiscal ha formulado el requerimiento al culminar –según el Código invocado– la lectura de piezas o el examen del imputado; además, no puede entenderse como una nueva audiencia, sino como la continuación del mismo debate, a cuyo efecto se actuará, de ser el caso, nueva prueba. Sería irrazonable, como lo ha aclarado el Código de 1991, entender que la acusación ampliatoria origina otro juicio dejando sin efecto el anterior, con la irremediable pérdida de todas las pruebas actuadas ante el tribunal.

4. Régimen del contradictorio

En el juicio oral, como se sabe, es donde se manifiesta con más fuerza el principio del contradictorio. A juicio de Gilberto Martínez Rave, este principio, de un lado, permite que en el desarrollo del juicio todos los sujetos procesales puedan controvertir las pruebas, argumentos o posiciones de los otros, y, de otro lado, pretende que los diferentes sujetos procesales puedan no sólo intervenir en la práctica de las pruebas sino que además puedan controvertirlas y oponerse a ellas, con el objeto de purificarlas [334].

El contradictorio, sin duda alguna, se proyecta en la actuación probatoria, aun cuando allí se intensifica la esencialidad del principio. También es del caso destacar que la contradicción será efectiva en tanto se asegure simultáneamente la intimación de las imputaciones al acusado, y la igualdad y equilibrio en las atribuciones y sujeciones de las distintas partes, así como se regule con criterio de reciprocidad las facultades e

[334] Martínez Rave: *Procedimiento penal colombiano*, cit., pp. 14–15.

imposiciones de los intervinientes enfrentados con motivos de las cuestiones propuestas y se otorguen amplios, pero controlados e igualitarios poderes de gobierno y dirección al tribunal [335].

Entre las manifestaciones más importantes de este principio durante el desarrollo de la audiencia tenemos:

A) La intervención de las partes en el debate no tiene la misma intensidad tratándose de los sujetos de la relación procesal penal y los interesados en la cuestión civil. En los primeros su intervención y asistencia es obligatoria (arts. 234º del Código de 1940 y 275º del Código de 1991). La asistencia de las demás partes (actor civil y tercero civil) es facultativa.

B) El acusado no puede ser juzgado en ausencia, ni siquiera en rebeldía (la Constitución expresamente lo prohíbe, art. 139º.12) y debe estar a disposición del tribunal. Además, está ineludiblemente representado por un abogado defensor y, en caso de incumplimiento de sus deberes procesales, el tribunal puede reemplazarlo: el art. 266º del Código de 1940 sólo autoriza el control de justificación de la inasistencia del defensor al acto oral, en cambio el Código de 1991 permite su reemplazo o exclusión (art. 274º). El defensor, en estas condiciones, garantiza la efectiva igualdad para enfrentar técnicamente las posiciones de la acusación pública y de la defensa del actor civil.

C) El tribunal está obligado a dar lectura a la acusación fiscal (art. 243º del Código de 1940), a preguntar al imputado si acepta o no los cargos y, en su momento, a disponer formalmente que se proceda a examinarlo (arts. 280º y 284º del Código de 1991). Estos actos se realizan para definir los marcos de actuación de la acusación y la defensa, así como para fijar los derroteros que habrá de seguir el juicio oral. Sólo sobre esa base será posible que la contradicción sea efectiva y permita el debido esclarecimiento de los hechos.

D) En la recepción de la prueba todas las partes tienen derecho a intervenir para la determinación del orden en que deben actuarse las pruebas admitidas. También tienen derecho a interrogar, oponerse, formular tachas a los peritos y testigos que prueben su parcialidad o incompetencia, según el caso, así como deducir cuestiones incidentales acerca de la

[335] CLARIÁ OLMEDO: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. VI, p. 260.

DE LA CORTE SUPREMA DE LA REPUBLICA

legalidad o pertinencia de la actividad probatoria y de su debida actuación. En este rubro es del caso destacar, entre otros, el examen por separado de los testigos, la indicación de las piezas que deben ser leídas, las confrontaciones, la inserción íntegra de la declaración de un testigo al que se le ha tomado su declaración fuera de la Sala de Audiencias o de la parte pertinente cuando exista contradicción con lo que declaró en la instrucción, la declaración de un testigo enfermo en su casa o clínica donde se encuentre y que el acta importe una transcripción literal del testimonio, etc.

Es de significar que el interrogatorio en el Código de 1940 es indirecto, salvo las preguntas que formule el Fiscal. El defensor del acusado, siempre que lo acepte el tribunal, únicamente podrá interrogar directamente a los testigos, según lo dispuesto en el art. 251º. El Código de 1991 restablece la vigencia del contradictorio efectivo y de un tratamiento igualitario a las partes fijando como pauta que el interrogatorio es directo por las partes (art. 282º).

E) En el momento decisorio, todas las partes tienen derechos equivalentes para analizar la prueba y discutir las consecuencias jurídicas correspondientes, con las obvias limitaciones tratándose del actor civil y el tercero civil, limitados a la cuestión civil (arts. 273º, 276º–279º del Código de 1940 y 296º–301º del Código de 1991). Además, el debate no puede acabar sin que el acusado ejerza su autodefensa (arts. 279º del Código de 1940 y 301º del Código de 1991).

IV. PODERES Y DEBERES DE LOS SUJETOS PROCESALES

1. Del órgano jurisdiccional

La composición del órgano jurisdiccional varía según el tipo o clase de procedimiento. Si se trata un procedimiento común, destinado a delitos graves, el órgano jurisdiccional es colegiado, integrado por tres Vocales. Si se trata de un procedimiento abreviado o sumario, el órgano jurisdiccional es unipersonal, integrado por el Juez Penal. En el sistema procesal vigente ambos procedimientos se denominan ordinario y sumario, respectivamente, mientras que en el Código de 1991 se les califica de proceso especial por razón de delito y proceso ordinario, respectivamente. Desde esta perspectiva es de precisar las atribuciones que corresponde al Tribunal como totalidad y a su propio Presidente.

A. Atribuciones resolutivas del Juez o de la Sala

El Estatuto procesal confiere al juez penal y, en su caso, al pleno de la Sala Penal diversas atribuciones resolutivas. Sobre la base del Código de 1940, tenemos las siguientes:

a) Resolver que el debate se celebre en privado o con una concurrencia limitada (art. 215º del Código de 1940, art. 268º del Código de 1991);

b) Decidir la postergación de la audiencia para posibilitar la concurrencia de las fuentes de prueba (art. 241º del Código de 1940);

c) Ordenar la detención del testigo que ha incurrido en falsedad en la declaración prestada o leída en la audiencia (art. 257º del Código de 1940);

d) Resolver la prórroga para que el Fiscal presente acusación ampliatoria (art. 263º del Código de 1940);

e) Dar por retirada la acusación fiscal o, en su caso, disponer se amplíe la instrucción o pasen los autos a otro Fiscal para que formule nueva acusación (art. 275º del Código de 1940);

f) Acceder al pedido de apertura de instrucción del Fiscal contra persona no comprendida en la acusación o cuando se descubra otro hecho delictuoso similar, distinto o conexo al que es materia de juzgamiento, o elevar los autos al Fiscal Supremo cuando el Fiscal no solicite la apertura de instrucción (art. 265º del Código de 1940);

g) Suspender la audiencia en los supuestos de inconcurrencia de algún sujeto procesal o de un testigo (arts. 266º–270º del Código de 1940);

h) Mandar reservar el proceso, a menos que la sentencia sea absolutoria, si no ha reincorporado el acusado impedido de concurrir a la audiencia iniciada (art. 269º del Código de 1940);

i) Resolver inmediatamente las cuestiones incidentales o aplazarlas para resolverlas en la sentencia (art. 271º del Código de 1940); e,

j) Conceder la palabra, una vez terminados los debates, al Fiscal, a la parte civil, al defensor, al tercero civil y al acusado (art. 272º del Código de 1940).

B. Atribuciones probatorias del Juez o de la Sala

En cuanto a las atribuciones probatorias del Juez o la Sala Penal es de mencionar las siguientes, siempre tomando como referencia el Código de 1940º:

a) Decidir la admisión probatoria, en caso que la defensa, luego de instalada la audiencia, ofrece testigos o peritos nuevos (art. 238º);

b) Resolver si se acepta el testimonio de testigos nuevos ofrecidos por el Fiscal Superior (art. 239º);

c) Ordenar la presentación, en la audiencia, de los objetos que tengan relación con el delito (art. 240º);

d) Postergar para nueva fecha el inicio de la audiencia, en caso no hayan concurrido los peritos o testigos citados o los nuevamente ofrecidos (art. 241º);

e) Interrogar directamente al imputado y al testigo (arts. 243º, 247º y 251º);

f) Decidir el examen del agraviado, de oficio o a petición de parte, cuando ha concurrido voluntariamente a la audiencia (art. 261º);

g) Ordenar la recepción de nuevas pruebas, en tanto, como aclara Clariá Olmedo, se trata de un nuevo medio de prueba indispensable o haber sido conocido durante el debate y, además, manifiestamente útil [336].

Si bien esta última atribución no se encuentra reconocida expresamente al órgano jurisdiccional, los Tribunales nacionales las decretan por entender que resulta imperativo su actuación por motivos de estricta justicia. Esta costumbre judicial, si bien plasma un compromiso entre el principio acusatorio y el de investigación integral, en cambio traduce en los hechos una transacción de dudosa legitimidad. En efecto, según nuestro entender, lesiona el deber de imparcialidad judicial al comprometer al juez en la actividad probatoria y, por ende, alejarlo del papel de árbitro que debe cumplir, tanto más si en la etapa del debate rige el principio de aportación (las pruebas son aportadas exclusivamente por las partes) y constitucionalmente el Ministerio Público es el encargado de perseguir el delito. En estos supuestos, lamentablemente, el Tribunal no cumple un papel decisor sino de simple perseguidor invadiendo las atribuciones instructoras que la Constitución reconoce al Ministerio Público [337].

---

[336] Clariá Olmedo: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. VI, pp. 266–267.

[337] Bovino: «El debate», cit., pp. 180–182.

C. Atribuciones de gobierno y decisión

El art. 217º del Código de 1940 reserva al Presidente la conservación del orden en la Sala y dictar y hacer ejecutar las medidas que correspondan. En cambio, el Código de 1991 entrega esa función en el Colegiado (utiliza el vocablo "Juzgador", con el que envuelve necesariamente al pleno jurisdiccional en caso de tribunal colegiado). El art. 270º de este último Código, en contraposición al art. 217º del Código de 1940, prescribe que es el Juzgador quien tiene poder disciplinario, discrecional, administrativo y de dirección.

El poder disciplinario (que obviamente tiene un mayor alcance que el mero mantenimiento del orden, por lo que en el Código de 1940, implícitamente y por exclusión, está confiado al Colegiado), reza el art. 271º del Código de 1991, permite mantener el orden y el respeto en la Sala, disponer la expulsión de aquel que perturbe el desarrollo de la audiencia y mandar detener hasta por veinticuatro horas a quien amenace o agreda a los sujetos procesales o impida la continuidad del enjuiciamiento, sin perjuicio de las acciones penales a que hubiere lugar. En esa misma línea, el art. 135º de la Ley Orgánica del Poder Judicial sanciona la prohibición de toda manifestación de censura o aprobación en el recinto de las Salas; y, en su consecuencia, permite la expulsión del transgresor y, en caso necesario, el desalojo del local, continuando la audiencia en privado, sin perjuicio de someter a proceso a los infractores.

La expulsión, como es obvio, puede comprender al propio abogado defensor del acusado. En este caso será reemplazado por el que se designe en ese acto o, en su caso, por el de oficio, a criterio del Tribunal. La expulsión, igualmente, puede abarcar al propio acusado, en cuyo caso puede optarse por lo dispuesto en el art. 69º del Código, es decir, suspenderse momentáneamente la sesión del juicio oral y continuarla con la sola intervención de su abogado defensor y demás sujetos procesales, o adoptarse otra decisión discrecional, que tome en cuenta el respeto del contradictorio y el contenido esencial de la defensa en juicio.

Desde una perspectiva disciplinaria y, en resguardo del principio de moralidad o buena fe procesal (art. IV, segundo párrafo, del Código Procesal Civil, en concordancia con el art. 8º de la Ley Orgánica del Poder Judicial), el defensor está obligado a prestar asistencia y patrocinio a su defendido (art. 288º.8 de la LOPJ); deber que se funda, como apunta Mario ALZAMORA VALDEZ, en la trascendente función que realiza

el abogado como depositario de la confianza de sus clientes y como defensores del derecho y de la justicia [338]. Tal obligación se extiende a la concurrencia a las diligencias procesales, en especial a las sesiones del juicio oral (art. 109º.5 del CPC). La sanción procesal prevista para el abogado inasistente es la contemplada en el art. 274º del Código de 1991, sin perjuicio de las medidas disciplinarias que prescriben tanto el art. 110º del CPC y los numerales 9º y 292º de la LOPJ.

Si el abogado defensor no asiste a dos sesiones consecutivas, en esa última ocasión intervendrá indefectiblemente un Abogado defensor de oficio, quien continuará con el patrocinio del imputado hasta que éste ratifique al abogado apartado en la sesión anterior o nombre otro. Por otro lado, si el Abogado defensor no asiste a tres sesiones no consecutivas, la Sala lo excluirá definitivamente, estando el acusado obligado a nombrar otro defensor en el término de cuarentiocho horas. Se entiende que la audiencia debe suspenderse por ese término, a fin de dar oportunidad al acusado a que consiga otro Abogado defensor, y que en su defecto actuará indefectiblemente el defensor de oficio hasta que se nombre un abogado de confianza.

D. Atribuciones del Presidente de la Sala

Como ya se puntualizó, el Código de 1940 encarga al Presidente de la Sala conservar el orden en la Sala y dictar y hacer ejecutar las medidas que correspondan. Estas funciones, sin embargo, son delegables (art. 216º), en cuya virtud debe distribuir equitativamente los procesos, designando el ponente o Director de Debates por sorteo, según el art. 45º.2 de la LOPJ.

Otras funciones de dirección están previstas en el art. 45º de la LOPJ. El Presidente debe designar la fecha de las causas, según riguroso orden de ingreso y a su naturaleza (básicamente si se trata de causas con reos en cárcel o reos libres); debe controlar que las causas se resuelvan dentro de los términos que para las audiencias fija el Estatuto procesal; debe cuidar que las audiencias se inicien a la hora señalada; y debe suscribir las comunicaciones, los exhortos, los poderes y demás documentos que emanen de la Sala.

[338] Alzamora Valdez, Mario: *Derecho procesal civil. Teoría general del proceso*, Sesator, Lima, 1974, p. 190.

Desde el punto de vista del proceso, según el Código de 1940, corresponde al Presidente: **a)** mandar entregar a las partes personadas, del escrito presentado por las partes solicitando la incorporación de nueva prueba al acto oral y ordenar la comparecencia de los testigos y peritos ofrecidos (art. 231º); **b)** cuidar que se hallen listos y en lugar apropiado los objetos que deben presentarse en la audiencia (art. 233º); **c)** declarar abierta la audiencia (art. 234º); **d)** tomar las medidas necesarias para que los testigos no puedan dialogar entre sí y llamarlos cuando deban declarar (art. 236º); **e)** ordenar al Relator dar lectura a la lista de peritos y testigos y, acto seguido, preguntar a las partes si tienen algún perito o testigo nuevo que presentar (art. 237º); **f)** disponer que el Relator dé lectura al pliego interrogatorio de los testigos y peritos nuevos presentados por la defensa (art. 238º); **g)** preguntar a la parte contraria cuando se pida la postergación del inicio de la audiencia por inconcurrencia de los peritos o testigos citados (art. 241º); **h)** dirigirse al defensor para que exhorte al acusado que guarda silencio cuando es interrogado, a fin de que lo exhorte a aplicarse o para que indique los motivos a que él atribuye su negativa a contestar (art. 245º); **i)** examinar separadamente cuando se trata de varios acusados, o a uno en presencia de otros (art. 246º); **j)** dirigir las preguntas al acusado que le formulen el defensor y el abogado de la parte civil (art. 247º); **k)** establecer el orden en que deben declarar los testigos (art. 248º); **l)** formular preguntas al testigo, cuando notare diferencias en puntos importantes entre las declaraciones prestadas en la instrucción y en la audiencia; **m)** declarar impertinentes las preguntas que las partes formulen al testigo, cuando no se relacionen con los hechos objeto del proceso, y suspender en su caso el desarrollo de los interrogatorios (art. 251º); **n)** ordenar al Secretario escribir inmediatamente la parte de la declaración del testigo que esté en disconformidad con la prestada en la instrucción (art. 252º); y, **ñ)** conceder la palabra, por orden, al Fiscal, a la parte civil, al defensor, al tercero civilmente responsable y al acusado, una vez terminados los debates (art. 272º).

El Código de 1991 no atribuye al Presidente función de dirección, decisión y disciplinaria alguna. Todas ellas están concentradas en el Colegiado. El Código de 1940, sin embargo, concentra íntegramente la función de dirección en el Presidente y alguna disciplinaria, sin embargo la función decisoria y la propiamente disciplinaria (imposición de sanciones) está a cargo del Colegiado.

2. DE LAS PARTES

A. Aspectos iniciales

Todas las partes, activas y pasivas tienen durante el debate atribuciones y sujeciones genéricas, y además algunas específicas propias de los alcances de la intervención de cada uno de ellos [339].

El debate oral no se entiende sin la concurrencia obligatoria del Fiscal y del acusado y de su defensor (arts. 209º y 210º del Código de 1940 y art. 275º del Código de 1991). La parte civil debe ser citada; su asistencia es un derecho, pero su presencia no es obligatoria, salvo que el Tribunal así lo haya acordado (art. 231º del Código de 1940). El tercero civil, asimismo, debe ser citado, pero su concurrencia tampoco es obligatoria, tal como lo preceptúan los arts. 100º del Código de 1940 y 90º del Código de 1991.

Toda la interpretación de las normas que regulan la intervención en la audiencia de las partes accesorias, parte o actor civil y tercero civil, está en función a un principio esencial del enjuiciamiento: con la sola asistencia del Fiscal, del acusado y del defensor (partes necesarias) es posible instaurar el debate oral. El juicio contradictorio no se entiende si no existe una parte que tiene a su cargo las funciones de persecución (el Ministerio Público), y otra que tiene o asume la función de resistencia en defensa del derecho a la libertad (el acusado y su defensor).

A partir de estas bases, el estatuto procesal asegura a las partes no sólo el conocimiento de los cargos, sino poderes efectivos de intervención coordinados, bajo la dirección del Juez o Sala Penal. Las partes tienen facultad de interrogar a las otras partes y a los testigos y peritos (en el Código de 1940 el interrogatorio de las partes privadas se realiza por intermedio del Juzgador o del Presidente de la Sala), bajo un único límite razonable: la pertinencia del interrogatorio (art. 251º *in fine* del Código de 1940).

Igualmente, se reconoce a las partes facultades legales para deducir nulidades ante actos procesales ineficaces que les causen perjuicios o impugnaciones. También pueden promover incidentes, ofrecer pruebas, lecturas de documentos, etc. Todo ello tiende a materializar el *con-*

[339] CLARIÁ OLMEDO: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. VI, p. 270.

tradictorio eficaz, esto es, como precisa Julio B. J. MAIER, "no sólo el derecho de ser oído sobre el hecho, sino el de probar, controlar la recepción de la prueba –para ello la inmediación, la oralidad, la concentración, la presencia y la sentencia como resultado del debate– y discutir, valorando el material incorporado al debate e indicando al juzgador, mediante las conclusiones, el sentido que debe tener el fallo" [340].

B. El acusado

El acusado está obligado a comparecer al Tribunal para dar inicio y dar curso al juicio oral. Sin su presencia no es posible la realización del debate oral (art. 210º del Código de 1940). En atención al principio de incoercibilidad del imputado, debe comparecer –cuando está sujeto a mandamiento de detención– sin ligaduras ni prisiones, acompañado solamente de los miembros de la policía necesarios para evitar la fuga (art. 212º del Código de 1940).

En nuestro sistema procesal se exige la presencia del imputado durante todo el desarrollo del debate. No se permite su representación por mandatario. El Código de 1991, por razones de disciplina procesal, permite excepcionalmente ordenar la continuación del debate sin el imputado (arts. 271º y 301º).

La participación efectiva del imputado se expresa en todos aquellos actos vinculados a su defensa material. El acusado, en la audiencia, debe ser intimado de los cargos formulados en su contra (art. 243º del Código de 1940); al ser sometido a interrogatorio, las preguntas deben ser directas y precisas (art. 284º del Código de 1991). El examen puede realizarse en presencia o separadamente de sus coacusados (art. 286º del Código de 1991). Su interrogatorio está condicionado a que acepte declarar (art. 284º, primer párrafo, del Código de 1991). Al finalizar el debate, tiene derecho potestativo de exponer lo que estime conveniente a su defensa (arts. 279º del Código de 1940 y 301º del Código de 1991); autodefensa que está condicionada a lo que es materia del juicio y al tiempo fijado al efecto, cuya inobservancia autoriza al Juzgador a llamarle la atención y requerirlo, así como –ante la persistencia del incumpli-

[340] MAIER, Julio B. J.: «La Ordenanza Procesal Penal alemana», en *Doctrina Penal,* Año 2, Nº 5–8, Buenos Aires, 1972, p. 979

miento– a dar por terminada su exposición y, en caso grave, disponer se le desaloje de la Sala de Audiencia (art. 301º del Código de 1991).

Un caso especial reconocido por la jurisprudencia es la del acusado enfermo que por su situación de salud se encuentra imposibilitado de concurrir al Tribunal para su juzgamiento. En este caso, señala el alto Tribunal, es factible que se inicie la audiencia, claro está, si existen acusados presente, que el reo sea defendido por un abogado defensor presente en dicho acto y que el tribunal finalmente decida sobre su situación jurídica, pudiendo ser absuelto o mandándose reservar el proceso para su juzgamiento en el momento oportuno [341]. Es de significar que tratándose de enfermos mentales –que es del caso de la Ejecutoria anterior–, otras legislaciones prevén la posibilidad de un "procedimiento de seguridad" y su juzgamiento sin su presencia (v. gr.: art. 415º de la OPP alemana).

C. El Ministerio Público

El papel más importante del Fiscal en la audiencia es sostener la acusación pública. Su presencia en la audiencia es obligatoria, salvo en los delitos de ejercicio privado de la acción penal. La omisión de tal intervención es causal de nulidad (art. 209º del Código de 1940). El Fiscal titular del caso puede ser reemplazado por otro Fiscal, atento al principio de unidad del Ministerio Público, ya sea por razones institucionales o por enfermedad u otro impedimento (arts. 211º y 266º del Código de 1940).

El Fiscal en el Código de 1940º interroga directamente al imputado y a las demás fuentes de prueba, lo que no es posible a la defensa que tiene que valerse del Presidente de la Sala. Puede proponer nueva prueba al iniciarse el debate, la cual no está condicionada, como en el caso de la defensa, a que presente pliego interrogatorio (art. 238º). Puede, asimismo, tachar la prueba instrumental presentada en el juicio oral, impugnar otras pruebas, pedir se detenga al testigo que ha incurrido en falsedad y se le procese penalmente (arts. 257º del Código de 1940 y 309º del Código de 1991), así como requerir la apertura de proceso penal cuando "los debates arrojen responsabilidad sobre persona no

[341] Ejecutoria suprema de 1 de junio de 1956 (RONCALLA VALDIVIA: *Jurisprudencia en materia procesal penal*, cit., pp. 265–270).

comprendida en la acusación escrita, o se descubra otro hecho delictuoso similar, distinto o conexo al que es materia de juzgamiento ..." (arts. 265º del Código de 1940 y 309º del Código de 1991).

Una vez culminado el período probatorio, el Fiscal tiene tres opciones: **a)** *retirar la acusación escrita*, siempre que "... se hayan producido en la audiencia nuevas pruebas modificatorias de la condición jurídica anteriormente apreciada ..." (arts. 274º del Código de 1940 y 291º del Código de 1991); **b)** *proferir acusación oral*, en la medida en que lo actuado en el acto oral ha ratificado la acusación escrita (arts. 273º del Código de 1940 y 296º del Código de 1991); y, **c)** *solicitar prórroga para formular acusación ampliatoria*, "si de los debates resultara que el delito reviste un carácter más grave que el indicado en el escrito de acusación" (arts. 263º del Código de 1940 y 293º del Código de 1991).

V. PROCEDIMIENTO DEL JUICIO ORAL

1. ASPECTOS GENERALES

A. El orden del debate

El juicio oral, "*en cuando actividad procesal penal compleja y unitaria*" [342], está regulado puntualmente. La ley impone un orden sucesivo o una secuencia de actos procesales, inmodificable en sus rasgos generales, aunque bajo posibles alteraciones en atención a las necesidades del debate y siempre que se tienda a impedir retardos o sea útil para el descubrimiento de la verdad. El objetivo de esta regulación, como enseña LEONE, tiende a dos finalidades: **a)** coordinar y escoltar las actividades de las partes y del juez hacia la decisión final; y, **b)** garantizar a las partes el tempestivo ejercicio de sus derechos y facultades [343]. La Corte Suprema tiene establecido al respecto que "... los actos procesales propios del juicio oral están debidamente determinados en nuestro ordenamiento procesal vigente el que incluso precisa las formalidades que deben observarse, de tal manera que la omisión de uno de ellos acarrea la nulidad insalvable de la audiencia [344].

---

[342] MIXÁN MASS: *Juicio oral*, cit., ed. 1993, p. 156.

[343] LEONE: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. II, p. 348.

[344] Ejecutoria suprema de 25 de mayo de 1998, Exp. Nº 160–98, Piura.

El Código de 1940 reconoce los tres grandes períodos del juicio oral. Los actos procesales que se llevan a cabo son: **1.** En el *período inicial*, los trámites de la apertura de la audiencia (art. 234º) y las operaciones preliminares, consistentes en todas aquellas cuestiones vinculadas a la aceptación de nuevos medios probatorios (art. 237º), a la presentación de los objetos relativos al delito (art. 240º) y a la presencia de los testigos y peritos (art. 241º). **2.** En el *período probatorio*, el examen del acusado (art. 243º), la declaración de testigos (art. 248º), el examen de peritos (art. 259º), el examen del agraviado constituido en parte civil –en caso se le haya citado obligatoriamente al juicio– se efectuará después del acusado y antes de los testigos (art. 260º), mientras que si concurre voluntariamente, se le interrogará antes de la acusación (art. 261º) y la lectura de piezas o examen de la prueba instrumental (art. 262º). **3.** En el *período decisorio*, la acusación oral (art. 273º), el alegato de la parte civil (art. 276º), la defensa del acusado (art. 277º), la exposición oral del tercero civil (art. 278º), la autodefensa y la sentencia (art. 279º).

El Código de 1991 reconoce, igualmente, los tres grandes períodos del juicio oral. Los actos procesales que contempla, son los siguientes: **1.** En el *período inicial*, los trámites de la apertura de la audiencia (art. 275º), las operaciones preliminares referidas a la presencia de los medios de prueba y la posibilidad de la conformidad (art. 280º). **2.** En el *período probatorio*, el examen de los testigos y peritos (art. 282º), la oralización de los medios probatorios (art. 283º) y el posible interrogatorio o examen del acusado (art. 284º). **3.** En el *período decisorio*, la acusación oral del fiscal (art. 296º), los alegatos del actor civil (art. 297º) y del tercero civil (art. 298º), el alegato del abogado defensor del acusado (art. 299º), la autodefensa del acusado y la sentencia (art. 301º).

El orden impuesto en el desarrollo del juicio, esencialmente el respeto a línea secuencias de los tres períodos no puede modificarse o alterarse. Una tal inversión, siguiendo a LEONE, al afectar el derecho de defensa o la correcta intervención de las partes en el debate, determina la nulidad del juicio [345].

[345] LEONE: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. II, p. 350. En igual sentido, CLARIÁ OLMEDO: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. VI, p. 278.

B. El acta del debate

Señala PRIETO CASTRO Y FERRÁNDIZ que "en un proceso donde todas las palabras fundamentales se pronuncian de viva voz, un acta lo más completa posible es necesaria" [346]. El acta del debate está destinada, en lo esencial, a servir de prueba, como documento auténtico, en el recurso impugnatorio correspondiente, es decir, para el control que debe ejercitarse en sede de impugnación [347]. El acta, aclara GÓMEZ ORBANEJA, da fe de la declaración o no de un testigo, de que el juzgador se negara a que un órgano de prueba contestase una pregunta, y cuál fuese el tenor de ella, cuál fuese la calificación o conclusiones de las partes y los puntos que hayan sido objeto de la acusación y la defensa, de que se haya procedido o no conforme lo determina la ley ante una incidencia determinada, pero no puede prejuzgar la valoración de las pruebas, cuyo contenido eventualmente recoja, función intransferible, y no sometida a reglas legales, del tribunal de instancia [348].

El art. 291º del Código de 1940, modificado por el Decreto Legislativo Nº 126, preceptúa: **a)** que el acta contendrá una síntesis de lo actuado; **b)** que deben firmarla los miembros del tribunal, el fiscal, el abogado de la parte civil y el defensor del acusado (no el acusado, la víctima, los testigos, los peritos, el intérprete u otro participante procesal); y, **c)** que los miembros del tribunal, el fiscal y los abogados de las partes privadas pueden hacer constar las observaciones al acta que estimen conveniente. El art. 272º del Código de 1991, recogiendo una antigua costumbre judicial, prescribe que el acta debe ser leída y aprobada con o sin observaciones antes de empezar la sesión subsiguiente.

La Corte Suprema ha establecido, en *primer lugar*, que el acta debe contener pormenorizadamente lo ocurrido en la audiencia y que una vez suscrita y autenticada, constituye un documento que acredita el desarrollo de la audiencia con las formalidades de ley y, junto con la sentencia, constituye el juzgamiento; en *segundo lugar*, que el juzgamiento es nulo si el acta no está firmada por los juzgadores, el fiscal y la defensa y no está autorizada

---

[346] PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ / GUTIÉRREZ DE CABIEDES: *Derecho procesal penal*, cit., p. 333.

[347] LEONE: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. II, p. 362.

[348] GÓMEZ ORBANEJA / HERCE QUEMADA: *Derecho procesal penal*, cit., p. 261.

por el Secretario [349]; y, en *tercer lugar*, que si no existe acta de una sesión, el juicio es irremediablemente nulo [350], así como si en ella no constan las preguntas hechas al acusado y sólo se consignan las respuestas [351].

La confección del acta, según el art. 213º del Código de 1940 correspondía al Secretario de Sala, quien no sólo debía asistir a las audiencias, sino extender un acta en que "constará con precisión todo lo ocurrido en la audiencia". Sin embargo, el art. 260º de la Ley Orgánica del Poder Judicial modificó dicho dispositivo legal. Preceptúa la norma antes invocada que la redacción de las actas compete al personal autorizado (es el Oficial Auxiliar de Justicia a que hace referencia el art. 272º.3 de la LOPJ), mientras que al Secretario de Sala le corresponde controlar que se redacten las actas y que se agreguen al expediente en el término de cuarentiocho horas de realizada la diligencia, debiendo informar al Presidente de la Sala el retardo en que se incurra en la redacción de las mismas.

Los textos legales anotados destacan que el acta del debate debe contener lo fundamental del mismo. Esta "esencialidad", como es obvio, de acuerdo a la naturaleza y circunstancias del caso concreto [352]. No hay pautas fijas (la única excepción está reconocida en el art. 252º, que –a instancia de parte– obliga a escribir inmediatamente la parte de la declaración del testigo evacuada en la audiencia que esté en disconformidad con la prestada en la instrucción). La discrecionalidad y experiencia del funcionario responsable, con la intervención de los jueces y de las partes a través de sus observaciones, permitirá construir un documento lo más adecuado posible a las necesidades del proceso y, sobre todo, para el control en sede de impugnación. La Corte Suprema determinó, hace muchos años, que "las actas de los debates deben contener una síntesis clara y precisa de la acusación y de la defensa y de todo lo que ocurre en la audiencia" [353].

---

[349] Ejecutoria suprema de 17 de abril de 1991, Exp. Nº 718–90, Ayacucho (*Normas Legales*, T. 206, julio, 1993, pp. 314–315.

[350] Ejecutoria suprema de 26 de noviembre de 1973, Exp. Nº 1291–73 (*Anales Judiciales*, T. LXVI, Lima, 1974, p. 165).

[351] Ejecutoria suprema de 25 de julio de 1963 (RONCALLA VALDIVIA: *Jurisprudencia en materia procesal penal*, cit., pp. 274–275).

[352] MIXÁN MASS: *Juicio oral*, cit., ed. 1993, p. 151.

[353] Oficio Circular de 15 de diciembre de 1932 (RONCALLA VALDIVIA: *Jurisprudencia en materia procesal penal*, cit., p. 263).

2. EL PERÍODO INICIAL

Este período está destinado a instalar la audiencia y a constatar la correcta constitución de la relación jurídico procesal. En la medida que pueda declararse instalada la audiencia, que las pruebas ofrecidas se encuentren a disposición del órgano juzgador y que, finalmente, se pueda afirmar el contradictorio –lo que justifica la inclusión de la institución de la conformidad en este período–, es que va a ser posible abrir el período principal: el debate propiamente dicho, es decir, la actividad probatoria.

A. La apertura de la audiencia

Es una actividad compleja que consiste en la constatación previa de la asistencia a la Sala de Audiencias de los sujetos procesales principales, de los órganos de prueba citados y de la puesta a disposición de los objetos relativos al delito.

Para que se dé por instalada la audiencia, se requiere la presencia obligatoria de los miembros del órgano jurisdiccional, del representante del Ministerio Público, del acusado y de su abogado defensor. Sólo si estos sujetos procesales están presentes, es posible que el Presidente o el Director de Debates declare abierta la audiencia (arts. 234º del Código de 1940 y 275º del Código de 1991). El nuevo Código incluye una formalidad: se debe enunciar el número del proceso, el delito, el nombre del agraviado, el nombre y demás datos de identidad personal del acusado.

La ubicación física de los sujetos procesales está consignada en el art. 235º del Código de 1940: el órgano enjuiciador tendrá a su frente al acusado, a su derecha al Fiscal y a la parte civil, y a su izquierda la defensa. Los testigos y peritos ocuparán, hasta el momento que deban intervenir, una sala contigua a la del tribunal, tomándose las medidas necesarias para evitar que conversen entre sí. Al ser examinados, según costumbre tribunalicia nacional, declaran de pie y a un costado del tribunal, en una línea paralela a la del acusado.

La pauta fundamental para instalar la audiencia está dada por la absoluta necesidad de que el acusado se encuentre presente en el acto del juicio. Por ello, el nuevo Código sanciona tres reglas esenciales:

a) Si son varios los acusados y alguno de ellos no concurra, la audiencia se iniciará con los asistentes, ordenándose la conducción compulsiva por la policía de los inasistentes sin justificación.

b) Si se trata de un solo acusado y no concurre, se señalará nuevo día y hora, ordenando la conducción compulsiva por la policía, salvo que hubiera justificado su inasistencia.

c) Si uno de los acusados es capturado o se presente voluntariamente durante la sustanciación del juicio, en los casos de audiencias complejas, puede participar en el acto oral siempre que tal presentación se produzca antes que el Fiscal formula acusación oral, es decir, antes que se haya clausurado el período probatorio o principal.

El acusado, en nuestro ordenamiento jurídico, debe estar presente durante todo el acto oral. Esta opción, desde luego, no es la única posible. Resulta interesante al respecto lo dispuesto por la Ordenanza Procesal penal alemana. Si bien, el art. 230º de la OPP, en su primer párrafo, sanciona la obligación de asistencia del acusado, empero, en su segundo párrafo, precisa que si el acusado no comparece o se ausenta a la prosecución de un debate suspendido, éste puede ser llevado en su ausencia hasta la terminación si ya había prestado declaración sobre la acusación y el tribunal no estima necesaria su posterior presencia. Asimismo, el art. 232º de la OPP permite llevar el juicio en ausencia del acusado cuando la pena que es de esperar no es grave (no hay riesgo de pena privativa de libertad efectiva o medida de seguridad privativa de la libertad). Finalmente, el art. 233º de la OPP permite la dispensa del acusado de asistir al debate en caso pueda esperarse sanciones leves, en cuyo caso debe obtenerse una declaración del imputado ante un juez vía exhorto.

La ley procesal nacional, bajo la premisa de la obligatoriedad de la asistencia del acusado al debate, dispone que si deja de asistir a la audiencia o si al tiempo de su instalación no está presente se le declare reo contumaz. El art. 276º *in fine* del Código de 1991 señala que la declaratoria de contumacia se producirá al culminar el período probatorio o principal. Por otro lado, si el acusado se enfermara o por cualquier otra causal acreditada no pueda concurrir a la Sala de Audiencias, el enjuiciamiento puede realizarse en el lugar donde se encuentre, siempre que lo permita su estado de salud.

B. Ofrecimiento y admisión de las pruebas del acto oral

El auto de citación a juicio no sólo emplaza a los sujetos procesales, también cita a los testigos y peritos, al igual que dispone se pongan a disposición del órgano jurisdiccional los objetos relativos al delito. Corresponde al tribunal, luego de declarar abierta la audiencia al estar presentes los sujetos procesales principales (miembros del tribunal, fiscal, acusado y aboga-

do defensor), constatar si los testigos y peritos convocados se encuentran presentes. La ausencia de un testigo o perito permite a las partes solicitar la postergación de la audiencia, la que será acordada discrecionalmente por el juzgador siempre que no sea posible convocar al testigo o perito para la sesión correspondiente (art. 241º del Código de 1940).

Los peritos y testigos, inclusive la parte civil en caso sea citada obligatoriamente, que dejen de concurrir sin justa causa debidamente comprobada, será sancionada con una multa (art. 242º).

El Código de 1940 autoriza a las partes a proponer nueva prueba, una vez instalada la audiencia. En este caso, con una evidente afectación al principio de igualdad de armas, exige que la defensa presente por escrito el pliego interrogatorio. La aceptación de la nueva prueba está condicionada a un previo debate con el Fiscal y la parte civil, y a la pertinencia de los elementos de prueba que aportarían los testigos y obviamente de los peritos (art. 238º). En el caso de ofrecimiento de pruebas por el Fiscal, el art. 239º estatuye que en caso de oposición de la defensa, el Tribunal resolverá si acepta o no el testimonio en vista de las razones que se aduzcan; razones que obviamente están en función a la pertinencia y utilidad de la prueba, es decir, a su vinculación con el objeto del proceso y a la posibilidad de aportar elementos de convicción capaces de esclarecer un extremo del debate. En todo caso, si se admite la actuación de una prueba en el acto oral y, pese a ello, no se actúa en el curso del debate, se incurre en causal de nulidad [354].

C. El acto imputativo y la conformidad

C.1. El acto imputativo

Una vez instalada la audiencia, definida la presencia de las partes y resuelto el tema de la actividad probatoria, el siguiente paso consiste en dar lectura a la acusación fiscal, que es el acto imputativo base del debate. El art. 243º del Código de 1940, modificado por el Decreto Legislativo Nº 126, en su primer extremo, precisa: "*Continuando la audiencia, el Director de Debates dispondrá que se dé lectura a la acusación fiscal, a fin de conocer los cargos que formula contra el acusado*".

[354] Ejecutorias supremas de 18 de marzo de 1982, Exp. Nº 2602–81, Callao (TARAMONA: *Compendio de ejecutorias supremas*, cit., T. III, pp. 11–12); y de 27 de noviembre de 1990, Exp. Nº 934–90, Huánuco (*Anales Judiciales*, T. LXXVIII, Lima, 1990, pp. 191–193).

El Código de 1991 no prevé expresamente la lectura de la acusación fiscal. El art. 280º, primer párrafo, señala al respecto que: "*El Juzgador, una vez instalada la audiencia, preguntará al o los acusados si se confiesan autores o partícipes del hecho punible materia de la acusación fiscal, y de responsables de la reparación civil*". Sin embargo, la intimación es un acto formal, absolutamente necesario, para que el acusado pueda estar en antecedentes de los cargos formulados en su contra y, de ese modo, regular debidamente su defensa y entender cabalmente el sentido del período probatorio. Siendo así, resulta un paso implícito, obligatorio, puesto que no puede preguntarse al acusado si está conforme con la acusación si previamente y con todo rigor no se le ha puesto en conocimiento actualizado del tenor de la pretensión fiscal.

C.2. La conformidad

a) *Ubicación conceptual.* El Código de 1991, siguiendo el modelo español, contempla un paso esencial: la conformidad. Esta institución procesal, si bien algunos autores la incardinan en el denominado *principio de oportunidad* –opuesto al principio de legalidad–, nosotros, siguiendo a Leopoldo PUENTE SEGURA, la situamos en una especie de tercer género, denominada *principio del consenso.* En efecto, la conformidad es esencialmente un acto unilateral del acusado, asistido de su letrado, por el cual se produce un aquietamiento con la petición del Fiscal; en cambio, la oportunidad se limita a conceder al Fiscal facultades excepcionales que le permitan solicitar el sobreseimiento o, en otras legislaciones, requerir una pena inferior a la legalmente prevista. Tales facultades, sin embargo, no son de abono en la conformidad, toda vez que esta institución tiene como presupuesto que el Fiscal haya solicitado la sanción y reparación civil que legalmente corresponda, sin que esté autorizado a pedir una pena menor o a inhibirse de formular acusación. El Fiscal –al igual que la parte civil en su caso–, no ve alteradas sus funciones o facultades, ante una decisión del acusado de aceptar los términos de la acusación fiscal [355].

El art. 280º del Código de 1991 dispone dos supuestos de conformidad: en *primer lugar,* si el o los acusados se confiesan autores o partícipes del delito materia de la acusación fiscal y responsables de la reparación

[355] PUENTE SEGURA, Leopoldo: *La conformidad en el proceso penal español,* Colex, Madrid, 1994, pp. 9–10.

civil, en la medida en que el defensor muestre su conformidad y no considere necesario la oralización algún medio probatorio o un debate acerca de la aplicación de la pena y de la reparación civil. En este caso, la sentencia se dictará en esa misma sesión o en la siguiente, que no podrá postergarse por más de cuarentiocho horas, bajo pena de nulidad. En *segundo lugar*, si sólo se acepta la realidad del delito, pero no el monto de la pena y la reparación civil, el juzgador limitará la discusión y la producción de pruebas a esos extremos.

En cuanto a su naturaleza jurídica, la conformidad es una institución de naturaleza compleja que consiste en un acto unilateral basado en una declaración de voluntad, declaración conformada por dos voluntades. La conformidad importa la aceptación de los hechos y de las sanciones. Sus efectos son meramente procesales, pues sobre la base de la economía y celeridad procesales, provoca el acortamiento procedimental, esto es, prescinde del período probatorio dictándose, sin más, la sentencia [356].

Su origen se encuentra en el enjuiciamiento criminal inglés que reconoce la posibilidad al acusado de declararse culpable (*plea guilty*) o inocente (*not guilty*), de modo que si se confiesa culpable no es preciso constituir el Jurado ni celebrar el juicio, siendo sentenciado en base a su propia confesión (*own confession*) [357].

La conformidad en nuestra legislación exige del o de los acusados una declaración de voluntad que consiste, de un lado, en aceptar su intervención como autor o partícipe del hecho punible materia de acusación fiscal y, de otro lado, en reconocer la responsabilidad civil por el hecho delictivo admitido. El Código equivocadamente califica esta declaración de voluntad como confesión, puesto que esta última es un medio de prueba en sí mismo mientras que la admisión produce no ya la prueba sino la exclusión de la necesidad de dicha prueba.

b) Clasificación. La conformidad en el Código de 1991 presenta –siguiendo parcialmente a GIMENO SENDRA [358]– la siguiente clasificación:

---

[356] BARONA VILAR, Silvia: *La conformidad en el proceso penal*, Tirant lo blanch, Valencia, 1994, pp. 302–303.

[357] BARONA VILAR: *La conformidad en el proceso penal*, cit., p. 286.

[358] GIMENO SENDRA *et. al.*: *Derecho procesal penal*, cit., pp. 331–332.

i) Desde un punto de vista subjetivo, puede ser *total o propia*, cuando la totalidad de los acusados la presten; y, *parcial o impropia*, en el supuesto de que, ante una pluralidad de acusados, tan sólo alguno de ellos la prestara. El Código de 1991 no se pronuncia sobre qué sucede en estos casos; sin embargo, el proyecto de 1995 permite que continúe el proceso con los no conformados, reservando la sentencia de conformidad hasta que se expida sentencia final con todos los acusados.

ii) Atendiendo al número y naturaleza de las pretensiones, puede ser *absoluta*, si se extiende a las pretensiones penal y civil, o *limitada* exclusivamente a la pretensión penal, en cuyo caso el juicio oral continuará a los solos efectos de debatir la pretensión civil.

iii) Atendiendo al ámbito de disposición, puede distinguirse una *conformidad plena*, que se proyecta no sólo contra los hechos punibles objeto de acusación, sino también sobre la petición de pena y de reparación civil; y, una *conformidad limitada*, a la aceptación de los hechos punibles objeto de acusación, no así a la petición de pena o al monto de la reparación civil.

En el caso de una *conformidad limitada*, se produce en puridad una censura del juicio oral. Se pasa al período probatorio del juicio oral, pero limitando la actuación probatoria a determinar la entidad de la pena o el monto de la reparación civil. En este supuesto, la responsabilidad por los hechos objeto de conformidad no se discuten. Sobre el particular, acota GIMENO SENDRA, no se vulnera la presunción de inocencia, pues la conformidad exime a la acusación de la carga de la prueba de los hechos constitutivos, siéndole de aplicación el principio de *que "nadie puede ir contra sus propios actos"*, de tal suerte que, reconocido un hecho, no puede posteriormente el acusado negar o modificar ese relato fáctico [359].

La conformidad, en cualquier supuesto y como consecuencia del carácter dual de la parte pasiva, requiere la aquiescencia del abogado defensor del acusado, sin cuya aceptación no cabe otra opción que disponer la continuación del juicio declarando improcedente la conformidad.

c) La sentencia de conformidad. Una vez producida la conformidad del acusado y su defensa, corresponde al Tribunal efectuar un control de la

[359] GIMENO SENDRA *et. al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 330.

misma y, en consecuencia, emitir la resolución que corresponda. Este control parte de un principio esencial: la conformidad es un acto procesal de parte, de los denominados actos de postulación, que tiene sus propias características. Por consiguiente, es de rigor tener presente que si el órgano jurisdiccional considera que los hechos no están suficientemente probados, en aplicación directa de los arts. 2º.24.e) y 139º.3 de la Constitución, que garantiza un debido proceso y la presunción de inocencia, desestimará la conformidad y dispondrá la continuación de la audiencia, abriendo el período probatorio [360].

Por otro lado, el órgano enjuiciador puede estimar probados los hechos objeto de la conformidad, pero conserva sus plenas facultades para calificar los mismos en la forma que le parezca más correcta desde el punto de vista dogmático. En tal virtud, puede considerar que la calificación jurídica que le viene propuesta por las partes no es la procedente, por lo que, como el control de legalidad siempre debe entenderse *in bonam partem*, está facultado para modificar el título de incriminación subsumiendo la conducta incrimina en un tipo penal menos grave, siempre que respete el principio de correlación, como derivado del principio acusatorio. Tal modificación no sólo alcanza un tipo penal distinto, aunque mediando similitud de bien o interés jurídico, también comprende la posibilidad de reconocer atenuaciones, eximencias incompletas, diferentes grados de ejecución y formas de participación en el delito.

Respecto a la pena objeto de conformidad, de una mayor presencia en los casos que en su oportunidad vendrán a conocimiento del tribunal, es de reconocer, en principio, que el juzgador conserva sus facultades de individualización de la pena a tenor de lo dispuesto en el art. 46º del Código Penal. En este punto es posible que se presenten dos situaciones, sea que el órgano sentenciador considere que la pena acordada es inferior a la legalmente prevista o, por el contrario, estime que la pena acordada es superior a la que en puridad corresponde imponer. En el primer caso, lo más prudente es disponer la continuación del juicio, abriendo el período probatorio que lo limitará a la discusión sobre la pena, en cuyo caso al final del debate impondrá una pena mayor siempre que el Ministerio Público en la acusación oral interese una pena más

[360] PUENTE SEGURA: *La conformidad en el proceso penal español*, cit., p. 116.

grave que la propuesta en la acusación escrita (art. 296º del Código de 1991). En el segundo caso, la única conclusión posible es imponer directamente una pena menor, no siendo necesaria la continuación del debate puesto que existiendo conformidad con los hechos y no siendo del caso esperar que el Fiscal en su acusación oral pida una pena menor, desde que el principio acusatorio en su concepción más radical proscribe imponer una pena mayor que la pedida por el Fiscal, el tribunal está facultado, dentro de sus poderes de individualización de la pena, a imponer la sanción que estime arreglada a derecho.

Respecto a la reparación civil, la conformidad del acusado tampoco vincula al tribunal, por lo que el juzgador puede imponer el monto que estime conveniente, sea igual, menor o mayor que la indicada en la acusación fiscal. Para ello, sin embargo, será menester que el tribunal declare que se trata de una conformidad limitada a los hechos y a la petición de pena y, a su vez, disponga la continuación del debate para esclarecer el tema de la responsabilidad civil. De igual manera, precisa PUENTE SEGURA, si media oposición de la parte civil o del tercero civil, el tribunal declarará que la conformidad es limitada a los hechos y a la pena, no así a la reparación civil, por lo que deberá abrirse el período probatorio circunscrito a la responsabilidad civil [361].

3. EL PERÍODO PROBATORIO

A. Aspectos generales

El período probatorio es la parte más esencial del debate. Allí se concreta la producción de pruebas a iniciativa de las partes. Las pruebas han de haber sido debidamente propuestas y admitidas en la etapa intermedia y, sólo en el caso del Código de 1940, en el período inicial del juicio oral. Este período comienza inmediatamente después de resolver las cuestiones vinculadas a la presencia de los sujetos procesales principales y a la presentación de los órganos y objetos de prueba (en el Código de 1991 se añade un último paso vinculado a la posible conformidad) y concluye en el momento en que corresponde al Fiscal formular acusación oral.

[361] PUENTE SEGURA: *La conformidad en el proceso penal español*, cit., p. 139.

La ley procesal, en este período, como apunta TOME GARCÍA [362], no regula específicamente la actuación de cada medio de prueba, por lo que es de rigor remitirse a lo estatuido para el correspondiente acto de investigación sumarial o instructorio. Asimismo, no regula, aunque sí menciona, la declaración del acusado como medio de prueba a practicar en el juicio oral. Tampoco contempla los problemas que plantea la práctica de los modernos medios de prueba: fotografía, vídeo, cintas magnetofónicas, télex, etc.

Lo esencial en este período, propio del debate oral, es que en la práctica de las pruebas, al decir de ORTELLS RAMOS [363], rigen las siguientes pautas: **a)** la actuación probatoria está sometida a las reglas sobre contradicción, inmediación, concentración, publicidad y documentación; **b)** el régimen de la práctica de las pruebas está sometida a un orden predeterminado, no obstante el cual puede ser modificado para facilitar el cumplimiento de la finalidad de la prueba y para evitar la suspensión de la audiencia: y, **c)** la prueba ha de practicarse ante el órgano jurisdiccional sentenciador, salvo si es necesario actuarse fuera de la sede o de la demarcación, debiendo acudirse al exhorto con arreglo al art. 156º de la LOPJ.

En cuanto al orden de las pruebas, el Código de 1940 tiene la siguiente secuencia: **1.** Interrogatorio del imputado (art. 243º). **2.** Interrogatorio de los testigos en el orden que decida el Presidente, precediendo el examen del agraviado en caso haya sido citado obligatoriamente (arts. 248º y 260º). **3.** Examen de los peritos, sin perjuicio de la lectura obligatoria del dictamen o informe pericial (art. 259º). **4.** Examen de la prueba instrumental acompañada en la instrucción y la presentada en el juicio oral.

Respecto al interrogatorio a los órganos de prueba, el Código de 1940 impone la siguiente metodología: **1.** El interrogatorio directo del acusado es iniciado por el Fiscal (art. 243º) y seguido por el Presidente –o Director de Debates– y los otros miembros del Colegiado; a continuación, corresponde el turno al defensor y al abogado de la parte civil, quienes interrogarán "*por intermedio del Presidente*" (art. 247º). **2.** El inte-

[362] En: DE LA OLIVA SANTOS *et. al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 455.

[363] En: MONTERO AROCA *et. al.*: *Derecho Jurisdiccional*, cit., T. III (*Proceso penal*), ed. 1991, p. 342.

rrogatorio de los testigos y peritos será efectuado directamente en un orden que inicia el Presidente, continúan los demás miembros del Tribunal y el Fiscal, y culminan el defensor y el abogado de la parte civil (arts. 251º y 259º). **3.** El examen de la prueba instrumental, que se inicia con la lectura de la misma, tiene como base las propuestas del Fiscal, de la parte civil y del acusado, en ese orden (art. 262º).

La secuencia y la metodología de la actuación probatoria en el Código de 1991 tiene sensibles modificaciones. De la concordancia de los arts. 281º a 284º es posible anotar las siguientes conclusiones: *en primer lugar*, altera el interrogatorio del imputado, pues la envía al final, luego de la oralización de la prueba instrumental; *en segundo lugar*, el orden en que deben actuarse las pruebas es decidida por el Juzgador, pero primero se examina a los testigos y, luego, a los peritos; *en tercer lugar*, el interrogatorio a los órganos de prueba es directo por los sujetos procesales; y, *en cuarto lugar*, el Juzgador sólo interroga en los casos en que hubiera quedado algún vacío (art. 285º), el mismo que es iniciado por el Fiscal, seguido por los defensores del actor civil y del tercero civil y culminado por el defensor del acusado (art. 284º), orden que es similar al seguido al oralizar los medios probatorios útiles (art. 283º). La última intervención está reservada al acusado, "con lo que se busca que el defensor pueda estar mejor preparado y de esta forma el contradictorio tenga mayor eficacia" [364].

B. Los medios de prueba

B.1. Aspectos problemáticos

La ley procesal, respecto de los medios probatorios, sólo hace mención a la declaración del imputado, a la prueba testifical, a la prueba pericial y a la prueba documental. No se refiere, empero, al careo o confrontación, al reconocimiento judicial o inspección ocular y a las piezas de convicción u objetos o instrumentos del delito. Estas pruebas, con las limitaciones propias del juicio oral y la posibilidad de haberse realizado durante la instrucción, son plenamente aceptadas y, por tanto, es factible que se desarrollen en el juicio oral.

[364] PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ / GUTIÉRREZ DE CABIEDES: *Derecho procesal penal*, cit., p. 329.

Sobre el *careo o confrontación*, que en rigor no es propiamente un medio probatorio, sino una ampliación de las pruebas personales (declaración del acusado y testimoniales), es del caso acotar, como señala TOMÉ GARCÍA, que tiene un carácter subsidiario y potestativo, pudiendo actuarse cuando no fuere conocido otro modo de comprobar la existencia del delito o la culpabilidad de alguno de los procesados [365]. Para su adopción, afirma MONTÓN REDONDO, es necesario que los resultados de la declaración del acusado y de las testimoniales sean contradictorios o disconformes [366].

En lo atinente al *reconocimiento judicial o inspección ocular*, que consiste –según explica Eladio ESCUSOL BARRA– en la personación *in situ* del tribunal para describir el lugar o la cosa inspeccionada, haciendo constar las huellas o vestigios del delito cometido y las observaciones que las partes hagan [367], su adopción puede justificarse en la medida en que no se haya practicado en las etapas anteriores al juicio oral y que no resulte inútil, dado el tiempo transcurrido. El presupuesto de esta prueba es que preexistan determinados vestigios o instrumentos materiales de su perpetración, huellas o vestigios que normalmente no permanecerán hasta el momento del juicio oral [368]. Por lo demás, como apunta MONTÓN REDONDO, es una prueba que limita los principios de concentración y publicidad al producirse fuera de la sala del juicio, lo que aconseja su restricción a situaciones en que no se disponga de ningún otro medio para la determinación de los hechos [369].

La Corte Suprema ha determinado que si el Fiscal Superior en su acusación solicita se realice una inspección ocular, ésta debe realizarse en el acto oral y no por el juez penal previa devolución de los actuados [370].

En relación a las piezas de convicción en general, el art. 240º del Código de 1940 precisa que si el Tribunal lo cree conveniente, se pue-

---

[365] En: DE LA OLIVA SANTOS *et. al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 461.

[366] En: MONTERO AROCA *et. al.*: *Derecho Jurisdiccional*, cit., T. III *(Proceso penal)*, ed. 1991, p. 357.

[367] ESCUSOL BARRA: *Manual de Derecho procesal penal*, cit., p. 476.

[368] GIMENO SENDRA *et. al.*: *Derecho procesal*, cit., T. II (*Proceso penal*), p. 445.

[369] En: MONTERO AROCA *et. al.*: *Derecho Jurisdiccional*, cit., T. III *(Proceso penal)*, ed. 1991, p. 357.

[370] Ejecutoria suprema de 19 de junio de 1992, Exp. Nº 325–91–B, Arequipa (ROJJASI PELLA: *Ejecutorias supremas penales. 1993–1996*, cit., pp. 338–339).

den presentar en la audiencia los objetos que tengan relación con el delito. Su presentación también puede ser instada por las partes; en caso de negativa, debe constar en el acta el motivo de su petición. Otorgar al Tribunal la iniciativa, según razones de conveniencia, obviamente vinculadas a las reglas de legitimidad, pertinencia, utilidad y posibilidad material de su presentación, recoge el principio de investigación oficial [371].

Las piezas de convicción, apunta MONTÓN REDONDO, en tanto objetos inanimados que pueden servir para atestiguar la realidad de un hecho y que se hayan incorporado al proceso, bien uniéndolos materialmente a los autos o conservándose a disposición del Tribunal, decidida su presentación en la audiencia, deben ser expuestas públicamente, incluyendo su reconocimiento y la declaración específica sobre ellos, a fin de ser utilizadas por él directa, inmediata e independiente o servir como complemento de otras pruebas [372].

Su práctica puede irse practicando simultáneamente con las declaraciones de los imputados y testigos, o en momentos independientes, exhibiéndoseles a éstos y también a las partes civiles, conforme corresponda. La oportunidad más adecuada para ello ha de ser cuando el órgano de esta prueba se refiera a dichas piezas en el transcurso de su declaración o exposición [373].

Finalmente, siguiendo las advertencias de ESCUSOL BARRA [374], es de tener presente que en materia de actividad probatoria la regla básica es que no se practican otras diligencias de prueba que las propuestas por las partes, ni ser examinados otros testigos que los comprendidos en las listas presentadas. Las excepciones son las siguientes:

a) los careos o confrontaciones, cuando resulten procedentes, sea de oficio o a propuesta de cualquiera de las partes, desde que la posibilidad de contradicción de las versiones, presupuesto del careo o confrontación, recién se pueda establecer una vez que los órganos de prueba hayan declarado;

---

[371] GÓMEZ ORBANEJA / HERCE QUEMADA: *Derecho procesal penal*, cit., p. 274.

[372] En: MONTERO AROCA *et. al.*: *Derecho Jurisdiccional*, cit., T. III *(Proceso penal)*, ed. 1991, p. 356.

[373] CLARIÁ OLMEDO: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. VI, p. 297.

[374] ESCUSOL BARRA: *Manual de Derecho procesal penal*, cit., p. 477.

b) la actuación de pruebas de oficio, en tanto el tribunal las considere necesarias para la comprobación de cualquiera de los hechos que hayan sido objeto de acusación o defensa. Esta posición es asumida por el Código de 1940, que asume un mayor compromiso con el principio de investigación oficial en comparación a la neutralidad propuesta por el Código de 1991;

c) las diligencias de prueba que en el acto ofrezcan las partes para acreditar alguna circunstancia que pueda influir en el valor probatorio de la declaración de un testigo. Al respecto, el art. 254º del Código de 1940 estatuye que "los testigos que se ofrezcan para demostrar los motivos de parcialidad que tiene un testigo del juicio, y cuyo numero puede exceder de dos se limitarán a declarar sobre esta materia". Obviamente, una vez que el testigo ha declarado y luego se conoce alguna causal de parcialidad o tacha, en estricta justicia debe permitirse a las partes perjudicadas por el testimonio tener la oportunidad de realizar actividad probatoria específica para cuestionar la imparcialidad del testigo.

B.2. Declaración del acusado

El Código de 1940 considera a la declaración o interrogatorio del acusado como primera prueba a practicar. El Código de 1991, la considera, en cambio, como última prueba a ejecutar. En ambos casos, luego de haber puesto al imputado en contacto con la acusación, el paso siguiente consiste en hacerle un *interrogatorio de identificación*, que lógicamente es de responsabilidad del Presidente del Tribunal y al cual el imputado no puede negarse. A continuación, en resguardo de la garantía constitucional de no autoincriminación, reconocida por el ordenamiento jurídico internacional (art. 8º. 2. 'g' de la Convención Americana de Derechos Humanos), corresponde al Presidente del Tribunal preguntar al acusado si quiere declarar respecto de los hechos que se le atribuye, haciéndole saber que puede o no hacerlo, sin que su silencio implique presunción de responsabilidad alguna o pueda impedir la continuación del juicio.

El interrogatorio propiamente dicho se iniciará sólo si el acusado hubiera accedido al mismo. El art. 245º del Código de 1940, ante el silencio del imputado, previene al Presidente que se dirija al defensor para que lo exhorte a explicarse o para que indique los motivos a que él atribuye su negativa a contestar; y, si el acusado insiste en su actitud, el Presidente seguirá con los interrogatorios, pero al concluir cada uno de ellos, preguntará al acusado si tiene algo que decir. Esta disposición pre-

supone, sin duda alguna, la obligación del imputado de someterse al interrogatorio, por lo que debe entenderse abrogado por la Constitución de 1993, que por aplicación de la Cuarta Disposición Final y del principio del debido proceso reconocido en el art. 139º.3, ha incorporado al derecho interno lo dispuesto en los arts. 8º.2.'g' de la Convención Americana de Derechos Humanos y 14º.2.'g' del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que garantizan el derecho del imputado a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable. Por ello, el art. 284º del Código de 1991 señala que previo al examen del acusado, el Juzgador le advertirá que puede abstenerse de declarar y que el debate continuará aunque no lo haga.

Si el acusado acepta ser examinado, el interrogatorio tendrá como base las declaraciones prestadas en su instructiva y estará destinado a que explique los hechos en que tomó parte y los que hubiere propuesto para exculparse, así como a conocer su índole, modo habitual de proceder y los motivos determinantes del delito. El art. 284º del Código de 1991 señala expresamente que el interrogatorio también puede versar sobre "... *las circunstancias y demás elementos necesarios para la medición de la pena y de la reparación civil*".

El interrogatorio se estructura en base a preguntas claras, directas y precisas, volcadas a lo útil y necesario. No son admisibles preguntas repetidas sobre aquello que el acusado ya contestó, salvo que sean absolutamente necesarias y sea del caso aclarar aspectos de una respuesta anterior. Tampoco se aceptan preguntas sobre temas prohibidos, así como capciosas, con respuestas sugeridas e inútiles. Comenzada la declaración del imputado, en tanto se requiere que sus dichos y respuestas sean espontáneas, no se le puede hacer ningún tipo de sugerencia o indicación, infracción que al decir de SOSA ARDITI y FERNÁNDEZ será corregida disciplinariamente [375].

Para el caso de varios acusados, tanto el art. 246º del Código de 1940 como el numeral 286º del Código de 1991, autoriza al Presidente a examinarlos separadamente, o a uno en presencia de otros. Si se decide el examen por separado, antes de que comience el Fiscal su acusación, se leerán las declaraciones de todos los acusados. El objetivo de esta facul-

[375] SOSA ARDITI / FERNÁNDEZ: *Juicio oral en el proceso penal*, cit., p. 94.

tad es evitar que el interrogatorio a uno de los imputado pueda alertar a los otros o que la declaración del que lo haga antes pueda influir en las de los que lo hagan después. Sobre el particular, señalan SOSA ARDITI y FERNÁNDEZ, "saber si un imputado miente es fundamental en la tarea del tribunal. La confrontación de las indagatorias prestadas en forma independiente favorece la labor de los magistrados, pues les permite interrogar sobre ciertos detalles difícilmente tenidos en cuenta por los imputados si intentaran 'armar' sus dichos. Siempre quedará un punto, un pormenor, un residuo al que se pueda llegar mediante preguntas y que no podrá ser previsto por ningún imputado, por más lúcida que sea. En ese caso, al confrontarse las declaraciones, surgirán sus aspectos contradictorios que pondrán en evidencia la falsedad de alguna de ellas" [376].

No obstante tal claro objetivo que justifica la necesidad de lectura de las declaraciones de los procesados, el Alto Tribunal ha señalado de modo genérico que tal omisión no afecta el valor de las pruebas, la defensa de los procesados, ni el debido proceso, por lo que no es del caso anular el juicio siguiendo un rigor o ritualismo procesal atentatorio en este caso contra el derecho de defensa y por los principios de economía y celeridad previstos en el art. 6º de la TUO de la LOPJ [377].

Es de extrañar que expresamente no se comprenda, en aras de un eficaz derecho de defensa y del debido esclarecimiento de los hechos y, como por ejemplo, lo exige el art. 257º de la Ordenanza Procesal Penal alemana, que después de la declaración de cada uno de los testigos, peritos o co–acusados, así como después de la lectura de cada uno de los documentos, no se pregunte al acusado si tiene algo que aclarar al respecto. En este caso, el formalismo, traducido en el respeto a la regla de preclusión, se ha impuesto sobre la necesidad de agotar la discusión y dar oportunidad al imputado para que conforme se desenvuelva el plenario pueda formular las aclaraciones o explicaciones que correspondan.

B.3. La prueba testifical

Los testigos deben declarar en el orden que señala el Presidente, previa intervención de las partes (arts. 248º del Código de 1940 y 282º

[376] SOSA ARDITI / FERNÁNDEZ: *Juicio oral en el proceso penal*, cit., p. 91.

[377] Ejecutoria suprema de 15 de octubre de 1996, Exp. Nº 3860–96, Ica (*Normas Legales*, T. 248, enero, 1997, pp. A34–A36).

del Código de 1991). Una característica esencial de esta prueba estriba en que los testigos deben ser examinados por actos independientes, sin que se comuniquen entre ellos o con otras personas, a fin de que no puedan enterarse ni ser informados de lo que está ocurriendo en la sala de audiencia [378]. No cabe que las declaraciones de testigos se lleven a cabo ante un notario, pues tal diligencia no es de competencia notarial [379].

El Código de 1940 sanciona bajo pena de nulidad que se dé lectura a la declaración del testigo prestada en la instrucción. Tal prohibición, sin embargo, no la tienen otros Códigos, como es el caso de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española, cuyo art. 714º prescribe que en caso de discrepancia entre ambas declaraciones puede disponerse la lectura del acta sumarial para que el testigo dé las explicaciones que correspondan. Mariano H. CORNEJO, en defensa de esta prohibición, señala que si lee su declaración "...ya no tiene libertad y que, por consiguiente, está viciada la prueba" [380].

Si bien es de aceptar la interdicción de la lectura previa del acta sumarial, a fin de garantizar la espontaneidad y que el testigo no se sienta obligado a decir exactamente lo mismo, permitiéndole que si faltó a la verdad en el juzgado, pueda decirla ante el Tribunal [381], no creemos que sea suficiente la realización de un interrogatorio específico para que explique clara y detalladamente la razón de esas diferencias, como apunta el art. 250º del Código de 1940. En efecto, es de considerar que un interrogatorio de esa naturaleza puede resultar lesivo a la posición del testigo y no necesariamente puede ser esclarecedor, mientras que si se lee la declaración sumarial será posible un contrainterrogatorio más objetivo y eficaz.

Desde la perspectiva procedimiental, el art. 252º del Código de 1940 prescribe que en caso de diferencia entre ambas declaraciones, se escribirá inmediatamente la parte de la declaración evacuada en la audiencia que esté en disconformidad con la prestada en la instrucción, la cual será leída para ver si el testigo se conforma con ella.

---

[378] CLARIÁ OLMEDO: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. VI, p. 296.

[379] Ejecutoria suprema de 21 de febrero de 1995, Exp. Nº 119–94, Huánuco (ROJJASI PELLA: *Ejecutorias supremas penales. 1993–1996*, cit., pp. 348–350).

[380] Citado por GUZMÁN FERRER: *Código de Procedimientos Penales*, cit., p. 442.

[381] GARCÍA RADA: *Manual de Derecho procesal penal*, cit., p. 289.

El interrogatorio del testigo se sigue en igual forma a los ritos establecidos para la instrucción. Las preguntas se hacen oralmente y en forma directa. El interrogatorio, en primer lugar, se dirige a determinar sus condiciones personales y su relación con los acusados y demás partes; y, en segundo lugar, al conocimiento que tenga sobre el hecho y demás circunstancias específicas que determinaron su convocatoria y que se estimen oportunos y pertinentes. Resulta obvio que los testigos, como acota MONTÓN REDONDO, contestarán a las distintas preguntas con la claridad y precisión posibles, expresando "la razón de su dicho" e indicando la fuente o persona de la que hubieran obtenido la información cuando se trate de los llamados "testigos de referencia" [382]. Una exigencia de primer orden estriba en que, tratándose de parientes, se les debe advertir del derecho que les asiste, conforme a ley, para rehusar la declaración, lo que está sancionado con la nulidad del juicio [383].

Culminado el interrogatorio del testigo, es posible que sea requerido, no sólo para someterse a aclaraciones o ampliaciones de su testimonio (a partir de las declaraciones de otros testigos o de las informaciones adicionales proporcionadas por el imputado), sino también para ser sometido a una confrontación.

El Código de 1940 tiene cinco normas especiales sobre la declaración testimonial:

a) Los testigos pueden declarar sin ser escuchados por los otros, o que sea examinado delante de uno o más testigos determinados (art. 256º), pero la regla es que no pueden estar presentes en la audiencia ni menos escuchar el testimonio de los otros testigos.

b) Los testigos no pueden dialogar ni interpelarse entre sí. Esta disposición (art. 255º), empero, no es aceptada en el Código de 1991 (art. 213º).

c) Si el testigo citado a declarar en la audiencia no concurre al debate, pero se presenta antes de que se produzca la acusación, procede examinarlo oralmente (art. 249º). Sin duda, la necesidad de esclarecimiento y de búsqueda de la verdad que informa al proceso penal, explican esta alteración relativa a la regla de preclusión.

---

[382] En: MONTERO AROCA *et. al.*: *Derecho Jurisdiccional,* cit., T. III *(Proceso penal),* ed. 1991, p. 352.

[383] Ejecutoria suprema de 9 de diciembre de 1939 (RONCALLA VALDIVIA: *Jurisprudencia en materia procesal penal,* cit., pp. 127–130).

d) Si de los debates resulta que un testigo incurrió en falsedad al declarar en audiencia, de oficio o a petición de las partes, puede ser detenido hasta que se pronuncie sentencia y se resuelva si hay motivos para abrir instrucción contra él (arts. 257º del Código de 1940 y 309º del Código de 1991). Es de aclarar, empero, que tratándose inevitablemente de una medida cautelar, la restricción de la libertad está condicionada al cumplimiento de los dos clásicos presupuestos materiales: *fumus boni iuris,* o sea principio de prueba o atribución razonable del hecho punible; y, *periculum in mora,* esto es, gravedad del hecho punible y riesgo muy serio de fuga o de entorpecimiento de la actividad probatoria. Además, como ha sido fijado por el alto Tribunal, esta medida está reservada al Juez del Juicio, no pudiendo dictarse durante la etapa de instrucción [384].

e) Si se considera que un testigo que declaró en juicio violó el deber de imparcialidad, es posible a las partes ofrecer dos testigos para que declaren exclusivamente sobre ese extremo. Esta es una segunda causal determinante de la alteración de la regla de preclusión, que limita el ofrecimiento de pruebas a la etapa intermedia y, en el caso del Código de 1940, al inicio de la audiencia, que se justifica en aras de garantizar la espontaneidad y veracidad de la declaración testifical.

La declaración del agraviado es considerada un testimonio más y, como tal, es tratada por la Ley procesal (art. 143º del Código de 1940 y 212º del Código de 1991). Si su declaración ha sido solicitada y aceptada por el órgano jurisdiccional, debe declarar antes que los testigos. Además, tiene la posibilidad de presentarse voluntariamente al acto oral y solicitar que sea examinado, en cuyo caso el interrogatorio se llevará a cabo antes de la acusación (arts. 260º y 261º del Código de 1940). En este último caso, GARCÍA RADA considera que la declaración se producirá indefectiblemente antes de la acusación [385]; sin embargo, es de considerar que lo que la ley prescribe es la factibilidad de la declaración del agraviado, aun cuando no haya sido citado por el órgano jurisdiccional, por lo que ésta podrá llevarse a cabo siempre que la presentación del agraviado se produzca antes de la acusación. Resulta obvio que si se presenta al inicio de la audiencia, la

[384] Ejecutoria suprema de 11 de octubre de 1943 (RONCALLA VALDIVIA: *Jurisprudencia en materia procesal penal,* cit., pp. 117–118).

[385] GARCÍA RADA: *Manual de Derecho procesal penal,* cit., p. 289.

declaración se producirá antes que los testigos propiamente dichos y en el momento en que corresponda la prueba testifical.

B.4. La prueba pericial

El art. 259º del Código de 1940 reconoce expresamente la necesidad de examinar a los peritos o técnicos citados, tomándoseles juramento o promesa de honor de decir la verdad; su omisión es sancionada con la nulidad del juicio [386]. El Código de 1991 sencillamente hace mención en el art. 282º, segundo párrafo, al examen de los peritos, el mismo que se realizará directamente por los sujetos procesales, remitiendo su actuación a las normas pertinentes de la instrucción.

La citación de los peritos tiene como objeto, apunta MONTÓN REDONDO, su interrogatorio sobre el contenido de su informe o sobre las cuestiones que se estimen oportunas. Si se trata de peritos nuevos (prueba pericial propuesta "*ex novo*"), como es obvio, presentarán su informe y serán examinados sobre su contenido. Las declaraciones de los peritos, a diferencia de los testigos, se harán conjuntamente por todos ellos, si se hubieran de manifestarse sobre unos mismos hechos [387]. El interrogatorio, como apunta el art. 228º del Código de 1991 estará orientado a "*obtener una mejor explicación sobre la comprobación que hayan efectuado respecto al objeto de la pericia, sobre los fundamentos y la conclusión que sostienen*".

El art. 259º del Código de 1940 incorpora una regla básica en materia de prueba pericial: la lectura obligatoria del informe de los peritos, previo al interrogatorio de los mismos. Este interrogatorio busca, según SOSA ARDITI y FERNÁNDEZ, ampliar y esclarecer los puntos sobre los cuales las partes se interesen, incluso los peritos podrán ser preguntados sobre cuestiones no tratadas en su dictamen, contando siempre con la pertinencia genérica de la interrogatoria [388].

El citado art. 259º del Código de 1940 privilegia esta prueba, pues no somete a una estricta regla de preclusión la solicitud de examen

---

[386] Ejecutoria suprema de 1 de junio de 1944 (RONCALLA VALDIVIA: *Jurisprudencia en materia procesal penal*, cit., pp. 134–136).

[387] En: MONTERO AROCA *et. al.*: *Derecho Jurisdiccional*, cit., T. III *(Proceso penal)*, ed. 1991, pp. 353–355.

[388] SOSA ARDITI / FERNÁNDEZ: *Juicio oral en el proceso penal*, cit., p. 106.

pericial. Dicha norma señala que las partes pueden solicitar que se examine a los peritos o técnicos en el caso que no hubiesen sido citados por el Tribunal, el que resolverá si procede o no ese examen.

En la audiencia, de existir disconformidad de las conclusiones entre las pericias, debe abrirse un debate contradictorio, cuyo contenido debe ser incluidas en el acta, a fin de que consten las razones aducidas por los peritos [389].

B.5. La prueba documental

Una vez culminados los interrogatorios a los peritos, corresponde el examen de la prueba instrumental u oralización de los medios probatorios. Para este efecto, señalan los arts. 262º del Código de 1940 y 283º del Código de 1991, debe precisarse las piezas o documentos incorporados al expediente, en cualquier etapa del procedimiento. El Código de 1940 contempla la necesidad de la lectura íntegra de las piezas o documentos, mientras que el Código de 1991 exige que la parte que ofrece la prueba exponga un resumen oral de su contenido, salvo que se solicite su lectura, en cuyo caso indefectiblemente debe leerse.

En tanto que en el debate debe haberse recibido toda la prueba existente y necesaria para resolver el caso, enseñan Sosa Arditi y Fernández, se hace indispensable que se introduzcan mediante su lectura, oralizándola, toda aquella que esté materializada en constancias escritas y merezca la consideración necesaria [390]. Es de significar que los documentos preconstituidos al proceso mismo, tales como contratos, certificaciones o constancias, etc., pueden ser tachados en el acto oral, siempre que se hubieran presentado en el curso del juicio oral, caso contrario serán consideradas como argumentos de defensa (art. 262º *in fine* del Código de 1940).

En principio, y más allá de su eficacia probatoria, se entiende por documento todo aquello que puede servir para atestiguar la realidad de un hecho y que se haya incorporado en la causa, bien uniéndolo mate-

[389] Ejecutoria suprema de 24 de setiembre de 1995, Exp. Nº 942–75, Lima (*Anales Judiciales*, T. LXVIII, Lima, 1976, pp. 481–482).

[390] Sosa Arditi / Fernández: *Juicio oral en el proceso penal*, cit., p. 127.

rialmente a los autos o conservándose a disposición del órgano jurisdiccional. Se leerá, dice MONTÓN REDONDO, sin duda alguna, el documento que contiene la representación gráfica del pensamiento que se plasma por escrito; y se apreciará, obviamente, todo otro instrumento mueble apto para la incorporación de señales expresivas de un pensamiento y que lo reproducen, más o menos fidedignamente, tales como videos, cine, fotografías, grabaciones magnetofónicas, diskettes, etc. [391].

Ambos Códigos procesales no tienen límites en cuanto a la oralización o lectura de documentos. Puede tratarse de actas judiciales como policiales, sin que en este último caso, como por ejemplo lo hace el Código nacional argentino, se exija la ratificación de los intervinientes ante el Juzgado Penal. Sin embargo, respecto a la prueba personal (preventivas, testimoniales y exámenes periciales), es de precisar en orden a las exigencias del principio de oralidad, y como explica CLARIÁ OLMEDO, que la regla es la recepción oral de la declaración, la que solamente puede ser suplida, bajo sanción de nulidad, cuando se dé un supuesto de excepción expresamente previsto en la ley [392]. Al respecto, resulta interesante lo dispuesto en el art. 250º de la OPP alemana, que dice: "*Si la prueba de un hecho se basa en la observación de una persona, ésta debe declarar en el debate. La declaración no puede ser reemplazada por la lectura de un acta labrada sobre una declaración anterior o de una aclaración escrita*".

En aras de consolidar un juicio justo y equitativo, es de advertir, siguiendo a GIMENO SENDRA, que sólo se leerá lo que no se pueda reproducir en el debate [393]. En tal virtud, siguiendo lo mejor del derecho comparado, sólo se leerán las actas que comprendan: **a)** la prueba anticipada; **b)** la declaración preliminar o instructora de un testigo o de un perito que hubiere fallecido, se encuentre ausente o no se le pueda ubicar, así como cuando éste haya declarado mediante exhorto internacional; **c)** las actas policiales; en este caso su posible lectura está condicionada a que el agente policial hubiera sido interrogado previamente como testigo; **d)** la declaración de los imputados contumaces o condenados

[391] En: MONTERO AROCA *et. al.*: *Derecho Jurisdiccional,* cit., T. III *(Proceso penal),* ed. 1991, p. 356.

[392] CLARIÁ OLMEDO: *Tratado de Derecho procesal penal,* cit., T. VI, p. 244.

[393] GIMENO SENDRA *et. al.*: *Derecho procesal,* cit., T. II (*Proceso penal*), p. 445.

como intervinientes en el delito objeto del juicio oral; y, **e)** la prueba preconstituida, tales como la denuncia, los documentos propiamente dichos, el informe de los peritos, las confrontaciones siempre que los declarantes hayan sido examinados en el debate, las actas de detención, reconocimiento, registro, inspección, revisión, pesaje, hallazgo, incautación, etc. (arts. 511º–514º del Código de Procedimiento Penal italiano, art. 251º de la Ordenanza Procesal Penal alemana, art. 300º del Código Procesal Modelo para Iberoamérica y art. 331º del Proyecto de Código peruano de 1995).

La lectura y examen procura garantizar que haya prueba contradictoria sobre el documento [394]. Por consiguiente, un acta labrada en sede judicial o extrajudicial, será prueba, libremente valorada, siempre que se haya desarrollado con arreglo a las exigencias legales correspondientes y en la medida en que en su propia actuación o en el juicio oral hayan sido actuadas en condiciones que permiten a la defensa someterla a contradicción [395].

La lectura de los documentos se hace por su orden. El art. 262º del Código de 1940 prescribe, al igual que el art. 283º del Código de 1991, que en primer lugar se lee y examina la prueba ofrecida por el Fiscal, luego de la parte civil y, finalmente, del acusado. El Código de 1991 aclara que antes de la estación de lectura piezas requeridas por el Defensor, corresponde hacer lo propio a las solicitadas por el tercero civil.

Por otro lado, el art. 262º del Código de 1940 prescribe que contra las pruebas instrumentales presentadas en el juicio oral proceden las tachas, las que se resolverán en la sentencia; por consiguiente, deviene improcedente tachar instrumentos agregados en otras etapas del proceso [396].

La ley procesal vigente señala que deben ser sometidas a debate las declaraciones de los testigos que no asistan a la audiencia, así como las testimoniales actuadas en el sumario judicial que se consideran necesarias o las solicitadas por las partes. Al respecto la Corte Suprema resolvió que no sólo se deben leer las testificales de cargo sino también, aun

---

[394] Escusol Barra: *Manual de Derecho procesal penal*, cit., p. 475.

[395] Rives Seva: *La prueba en el proceso penal*, cit., p. 203.

[396] Ejecutoria suprema de 13 de julio de 1990, Exp. Nº 180–90–ISP, Callao (*Normas Legales*, T. 207, agosto, 1973, pp. 436–438).

cuando su lectura no haya sido pedida por la defensa, las de descargo, para lo cual está facultado el Tribunal al amparo de sus poderes de instrucción de oficio [397].

4. EL PERÍODO DECISORIO

Una vez que se ha verificado toda la actividad probatoria, el Ministerio Público y las partes privadas, tienen la oportunidad de expresar definitivamente sus planteamientos teniendo en consideración el resultado de la prueba. Precisamente el período decisorio está destinado, en primer lugar, a las alegaciones del Fiscal y las demás partes procesales, cuyo sustento es la prueba actuada en el curso del juicio oral y, su límite, la acusación fiscal y el auto de enjuiciamiento (*discusión final*); y, en segundo lugar, la deliberación y lectura de la sentencia en acto público.

A. La discusión final

La discusión final es el momento del juicio oral a cargo de las partes procesales, destinado al análisis crítico del conjunto de la prueba realizada en el debate. CLARIÁ OLMEDO señala que la discusión final es un momento dialéctico de contradicción sobre el fondo de la cuestión debatida y es obra de las partes, las cuales deben actuar bajo la dirección del Tribunal, que está obligado a moderar la discusión y a solicitar aclaraciones de conceptos oscuros o de omisiones fundamentales en el discurso de las partes [398].

Se llama final a esta discusión, aclara Giovanni LEONE, para distinguirla de las eventuales discusiones acerca de las cuestiones preliminares o incidentales; mientras que en estas últimas se discuten sólo las específicas cuestiones planteadas, en la discusión final las partes discuten todo el contenido de la causa y tienen, por tanto, la más amplia libertad para elegir el tema o los temas de discusión, que quedan encomendados a la sensibilidad y sagacidad del defensor [399].

---

[397] Ejecutoria suprema de 16 de junio de 1941 (RONCALLA VALDIVIA: *Jurisprudencia en materia procesal penal*, cit., pp. 282-283).

[398] CLARIÁ OLMEDO: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. VI, p. 300.

[399] LEONE: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. II, p. 407.

Es, como acotan SOSA ARDITI y FERNÁNDEZ, una etapa obligatoria que no puede obviarse de ninguna manera. Deben intervenir en ella todas las partes, a quienes con tal fin se les concede el uso de la palabra [400]. Es un período que, en atención a los principios que sustentan este modo de enjuiciamiento, se cumple oralmente y ante el público y, como insiste CLARIÁ OLMEDO, no pueden leerse memoriales o apuntes, lo que no impide que con la moderación del caso, se lean normas legales, resúmenes de jurisprudencia, breves trozos de doctrina, fracciones de documentos introducidos al proceso u operaciones numéricas [401]. Por otro lado, las exposiciones no deben ser interrumpidas –cuya vigencia es de responsabilidad del Tribunal– a menos que el alegato contenga alguna omisión, sea necesario aclarar algún punto, se exceda del tiempo prudencial que se le otorgue o resulte manifiestamente impertinente o temerario.

El orden de exposición de las partes está taxativamente contemplada en la ley procesal. El art. 272º del Código de 1940 estipula que expondrán oralmente, por su orden, el Fiscal, el defensor de la parte civil, el defensor del acusado, el defensor del tercero civil y, al final, el acusado. El art. 295º del Código de 1991 respeta en lo esencial ese orden, aunque estipula que el defensor del tercero civil hace uso de la palabra antes que el defensor del acusado, a quien le pertenece la última palabra, antes que lo haga el propio acusado.

A.1. La exposición del Fiscal

El Fiscal tiene tres opciones: **a)** formular acusación oral, si lo actuado en el juicio oral, a su juicio, ratificó lo realizado en el sumario judicial y calificado en la acusación fiscal (art. 273º del Código de 1940 y 296º del Código de 1991); **b)** solicitar una prórroga para formular una acusación ampliatoria, si de los debates resultara que el delito reviste un carácter más grave que el indicado en el escrito de acusación (art. 263º del Código de 1940 y 293º del Código de 1991); y, **c)** retirar la acusación fiscal, siempre que en la audiencia se hayan producido pruebas nuevas modificatorias de la condición jurídica anteriormente apreciada (art. 274º del Código de 1940 y 291º del Código de 1991).

---

[400] SOSA ARDITI / FERNÁNDEZ: *Juicio oral en el proceso penal*, cit., p. 131.

[401] CLARIÁ OLMEDO: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. VI, p. 302.

Las dos últimas opciones han sido tratadas como supuestos de suspensión del juicio oral. No obstante ello, es del caso precisar lo siguiente:

a) Que, en el caso de acusación ampliatoria, el *elemento base* estriba en que el Fiscal en la acusación escrita calificó jurídicamente los hechos objeto del proceso penal y, sobre esa base, tuvo lugar el juicio oral y las partes acusadas estructuraron su estrategia de defensa.

b) Que como nuestro ordenamiento procesal exige, desde la promoción de la acción penal por su titular y del auto judicial que se pronuncia respecto de ella, la calificación exacta del delito que debe ser investigado (arts. 94º de la LOMP, 77º del Código de 1940, y 114º y 115º del Código de 1991), toda variación del requerimiento fiscal desde una perspectiva que agrave la situación jurídica del acusado, requiere, en primer lugar, una aprobación judicial, y, en segundo lugar, un debate ampliatorio para asegurar la defensa del imputado. La Corte Suprema estipuló, sobre el particular, que el Fiscal no puede evitar el trámite de pedir prórroga para formular acusación ampliatoria, pues si no lo hace está obligado a mantener la acusación escrita [402].

c) Que esta situación tiene lugar, ejemplifica MIXÁN MÁSS, si el juicio oral se inicia por un delito tipo (básico) o por un delito atenuado, pero el debate oral permite descubrir la verdad concreta de un delito 'calificado por agravación', como sería el caso de homicidio simple frente a un asesinato [403].

d) Que, por otro lado, en el caso de retiro de la acusación escrita, el Fiscal puede hacerlo cuando, como consecuencia de la actividad probatoria del plenario resulta evidente para el Ministerio Público que el acusado no ha intervenido en el delito objeto del proceso o que éste no ocurrió; la duda no puede fundar el retiro de la acusación, sino el convencimiento de la inculpabilidad del acusado [404].

---

[402] Ejecutoria suprema de 7 de setiembre de 1979, Lima (TARAMONA: *Compendio de ejecutorias supremas*, cit., T. III, pp. 24–25).

[403] MIXÁN MASS: *Juicio oral*, cit., ed. 1993, p. 354.

[404] *Revista del Foro*, 1938, Lima, p. 872.

La Corte Suprema en una decisión, ratificando otras anteriores, y seguida por otra dictada al año siguiente [405] precisó que el retiro de la acusación sólo es posible si se han producido en la audiencia nuevas pruebas modificatorias de la condición jurídica anteriormente apreciada y que no cabe sustentar el retiro de la acusación en diligencias actuadas en el debate que ya lo han sido en la etapa de instrucción, no obstante que los órganos de pruebas variaron o rectificaron sus versiones prestadas ante el Juez Instructor [406].

En otra decisión el Supremo Tribunal resolvió que las diligencias actuadas en la etapa de instrucción, al igual que las mismas testificales o exámenes periciales llevadas a cabo en el acto oral, deben ser apreciadas en su integridad y con relación con las otras pruebas al sentenciarse el proceso [407]. En esa misma línea el Alto Tribunal sancionó que "... el Fiscal para retirar su acusación no puede fundarse en los mismos elementos de la instrucción que sirvieron de base a la acusación escrita: la concurrencia al acto oral de testigos y peritos no constituye la nueva prueba que exige el art. 274º del Código, sino que ella ha tenido por objeto el mejor esclarecimiento de los hechos, materia de la investigación, cuyo resultado debe apreciarse y compulsarse debidamente en el debate y sentencia que ponga término al juicio oral" [408].

e) Que, sin embargo, tal concepción en cuanto define lo que debe entenderse por "*nueva prueba*" parte de una perspectiva inquisitiva del acto de prueba, al otorgarle tal condición a toda actuación sumarial o acto de investigación, obviando el principio de igualdad de armas que en la actividad probatoria expresan la inmediación, la contradicción, la oralidad y la publicidad.

---

[405] Ejecutorias supremas de 12 de julio de 1976 (*Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1976, Lima, p. 577); y de 19 de diciembre de 1977, Exp. Nº 1771–77, Arequipa (*Anales Judiciales*, T. LXIX, Lima, 1977, p. 372).

[406] Cfr. MIXÁN MASS: *Juicio oral*, cit., ed. 1993, p. 358; GARCÍA RADA: *Manual de Derecho procesal penal*, cit., p. 295.

[407] Ejecutoria suprema de 12 de julio de 1976, Exp. Nº 2274–75, Junín (*Anales Judiciales*, T. LXVIII, Lima, 1976, pp. 515–517).

[408] Ejecutoria suprema de 24 de marzo de 1959 (*Anales Judiciales*, T. LIV, Lima, 1959, p. 173).

f) Que, en consecuencia, desde nuestra concepción acusatoria del acto de prueba, lo "*nuevo*" debe entenderse como todo *elemento de prueba*, esto es, dato objetivo incorporado legalmente al proceso con capacidad para producir un conocimiento acerca de los extremos de la incriminación delictiva, que introduzca en el debate aportes fácticos relevantes que no estaban presentes cuando el fiscal formuló acusación escrita.

Por lo demás, la Corte Suprema ha delimitado el retiro de la acusación fiscal al aspecto probatorio de la pretensión penal, mas no al cambio de apreciación jurídico penal del hecho imputado, así éste deviene en atípico o en falta [409].

Es claro que al producirse el retiro de la acusación fiscal se debe dictar el auto correspondiente, no siendo legal que la decisión del Tribunal se haga constar en el acta de la audiencia "... porque esa constancia no es la resolución que conforme a ley debe dictarse [410].

En cuanto a la *acusación oral*, el art. 273º del Código de 1940 estipula que el Fiscal debe exponer los hechos que considere probados en el juicio y su calificación legal, la responsabilidad de los acusados y la civil que afecta a terceros, así como todas las consideraciones conducentes a ilustrar al Tribunal, cuya omisión determina la nulidad del juicio [411]. Dicha norma, a su vez impone: **a)** un límite a la exposición oral: mantenerse dentro de los términos fijados en el escrito de acusación; y, **b)** la necesidad de una conclusión: plantear los hechos sobre los que debe pronunciarse el Tribunal, pidiendo la pena que juzgue legal y la indemnización que corresponda, la cual debe pasarlas por escrito al Tribunal. La omisión de las conclusiones escritas ha sido considerada en el pasado como causal de nulidad del juicio [412].

La Corte Suprema ha entendido los límites de la acusación oral bajo los siguientes parámetros: **a)** que el Fiscal no puede variar la condición jurídica del acusado, considerándolo como autor de delito distinto o

---

[409] Ejecutoria suprema de 3 de abril de 1978, Exp. Nº 825–77, Puno (*Anales Judiciales*, T. LXX, Lima, 1983, p. 380).

[410] Ejecutoria suprema de 24 de noviembre de 1945 (RONCALLA VALDIVIA: *Jurisprudencia en materia procesal penal*, cit., pp. 286–287).

[411] *Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1974, Lima, p. 1363.

[412] *El Peruano*, Lima, de 6 de enero y 5 de setiembre de 1944.

que no fue materia de la instrucción; **b)** que si a juicio del Fiscal el delito reviste más gravedad, debe solicitar una acusación ampliatoria; y, **c)** que no puede pedir una pena distinta por el mismo delito objeto de acusación escrita [413].

Sin embargo, este modo tan rígido de entender la relación entre acusación escrita y oral es insatisfactorio, pues en buena cuenta limita la función del juicio y supervalora la de la instrucción, a la par que cae en el serio error de estimar que los actos de investigación tienen calidad de prueba y, por tanto, que el Fiscal debe asumir una posición pasiva respecto a las incidencias del juicio oral al atarlo a un pedido de pena y reparación civil, sin que pueda asumir en su alegato final el valioso material aportado en el debate. Mixán Máss, considera que tal rigorismo, limitado a la imposibilidad de variar la pena y la reparación civil, en tanto se mantenga dentro del mismo tipo penal o uno progresivamente de menor entidad, siempre dentro del mismo rubro y bien jurídico lesionado, es una tautología, por lo que estima que es razonable que el Fiscal adecúe esos detalles (monto de pena y reparación civil) a lo que corresponde de acuerdo a la realidad emergente del debate oral precedente [414].

Tal concepción, felizmente, ha sido superada por una jurisprudencia posterior [415], que respetando el contenido esencial del principio acusatorio, es decir, atando al fiscal al delito objeto de acusación escrita, le permite variar la pena y la reparación civil, aumentándola o disminuyéndola, lo cual ha sido consagrado legislativamente en el art. 296º *in fine* del Código de 1991. Es de entender que la opción del Fiscal de pedir en la acusación oral una pena más grave, sólo se justifica en la medida en que se mantenga dentro la escala penal del delito objeto de acusación oral, mientras que el pedido de una pena menor le permitiría invocar un tipo penal distinto, de menor entidad, siempre que se mantenga dentro del mismo rubro y bien jurídico lesionado, pues de otro modo se perjudicaría el entorno jurídico del acusado incurriéndose en indefensión de sus derechos.

---

[413] *El Peruano*, Lima, 20 de setiembre de 1954; *El Peruano*, Lima, 5 de junio de 1955; *Revista de los Tribunales*, 1946, Lima, p. 119.

[414] Mixán Mass: *Juicio oral*, cit., ed. 1993, p. 234.

[415] Ejecutoria suprema de 10 de diciembre de 1965 (*Anales Judiciales*, T. LX, Lima, 1965, p. 266).

Finalmente, de conformidad con lo dispuesto en el art. 265º del Código de 1940, repetida en el art. 309º del Código de 1991, el Fiscal –en todos los casos– si de los debates surja responsabilidad sobre persona no acusada, o se descubra otro hecho delictuoso, debe pedir la apertura de instrucción. Si no lo hace, el Tribunal debe mandar formar cuaderno aparte y elevarlo en consulta al Fiscal Supremo en lo Penal [416].

Todo lo expuesto líneas arriba permite sostener, en principio, que la conclusión fiscal, al final del debate, está limitada lo que, en estricto, es la acusación fiscal (art. 225º del Código de 1940 y art. 260º del Código de 1991), que es la que precisamente provoca el juicio e introduce la hipótesis fáctica y jurídica que, en su momento, valorará el Tribunal. Si bien, como apuntan Julio MAIER y Máximo LANGER, la conclusión fiscal sólo representa una opinión sobre la acusación escrita [417], en nuestro proceso ella tiene importantes efectos, al punto que impide que el Tribunal siga con la causa, aunque le faculta instar el procedimiento para forzar la acusación, situación que puede llevar a pensar en una tergiversación del principio acusatorio, confundiéndolo con el dispositivo, al entender que la "*acusación oral*" integra finalmente la imputación. El Proyecto de Código de 1995, siguiendo el modelo italiano, modifica la vigente estructura legal y solamente atribuye al Fiscal solicitar la absolución, sin que dicha solicitud merezca una decisión de previo y especial pronunciamiento, al punto que la Tribunal puede absolver o condenar libremente.

A.2. La exposición de la parte civil

Una vez que el Fiscal acusó oralmente, corresponde su turno al abogado de la parte civil. En tanto que la parte civil tiene legitimación sobre la acción civil *ex delicto* y ésta se encuentra atada a la acción penal, el alegato debe circunscribirse a la fundamentación de los respectivos derechos restitutorio, reparatorio e indemnizatorio. En tal virtud, el abogado de la parte civil puede invocar a la prueba de cargo y rechazar la de descargo, a fin de sostener la existencia del delito y la cuantía de la reparación civil. El art. 276º del Código de 1940 permite a la parte civil "*escla-*

[416] Ejecutoria suprema de 2 de diciembre de 1081, Exp. Nº 1081–81, Cuzco (TARAMONA: *Compendio de ejecutorias supremas*, cit., T. II, pp. 63–64).

[417] MAIER, Julio B. J. y LANGER, Máximo: «Acusación y sentencia», en: *Nueva Doctrina Penal*, 1996/B, Buenos Aires, 1996, p. 622.

recer con toda amplitud los hechos delictuosos que originan la responsabilidad y las demás circunstancias que influyan en su apreciación, absteniéndose únicamente de calificar el delito". A su vez, el art. 297º del Código de 1991 autoriza al abogado del actor civil ha realizar un análisis de la prueba en orden a sostener la existencia del hecho delictuoso y la cuantía de la reparación civil. En ambos casos, es imprescindible que se presenten las conclusiones escritas, en las que, acota GARCÍA RADA, la parte civil resumirá su punto de vista y expondrá sus pretensiones económicas [418].

A.3. La exposición del abogado del tercero civil

A continuación toca el turno a las partes acusadas. El Código de 1991 concede el primer turno al abogado del tercero civil y el segundo turno al abogado del acusado; turnos que están invertidos en el Código de 1940. En tanto que es privilegio de la parte acusada alegar en último término, a fin de que pueda contestar las imputaciones formuladas por las partes acusadoras, y correspondiendo el papel más trascendente, en cuanto parte necesaria, al defensor del acusado y al propio imputado través de la autodefensa, resulta por demás lógico que, de existir parte civil constituida en autos, sea ella la que alegue en el primer turno.

El alegato del abogado del tercero civil está limitado a convenir o negar la obligación indemnizatoria. En este último caso, podrá alegar la inexistencia del daño, la falta de motivos generadores de responsabilidad solidaria, y todo aquello que convenga a la exoneración del tercero civil. De igual forma presentará sus conclusiones escritas. En tanto que la calidad de parte del tercero civil en el proceso penal se limita a la acción civil, su ámbito de actuación se circunscriba a probar que no existe el vínculo de obligación o que la responsabilidad invocada por las partes acusadoras es de menor gravedad [419]; además, en tanto la responsabilidad del tercero civil es subsidiaria, podrá pronunciarse acerca de la solvencia económica del acusado y, en consecuencia, solicitar que se le libere de todo pago [420].

[418] GARCÍA RADA: *Manual de Derecho procesal penal*, cit., p. 296.

[419] MIXÁN MASS: *Juicio oral*, cit., ed. 1993, p. 280.

[420] GARCÍA RADA: *Manual de Derecho procesal penal*, cit., p. 297.

A.4. La exposición del abogado defensor del acusado

El último alegato técnico corresponde al del defensor del acusado. El defensor tiene amplia libertad para evaluar la prueba actuada, lo que no obsta, al decir de CLARIÁ OLMEDO, a ser claro, concreto y específico en sus conclusiones, tanto con respecto a la cuestión penal como a la civil [421]. Le corresponde: **a)** analizar los elementos de cargo y de descargo; **b)** realizar la correspondiente apreciación jurídico–penal de los hechos y del derecho en defensa de los intereses del acusado, tanto desde el punto de vista del juicio de culpabilidad –que involucra tanto el análisis de la antijuricidad penal del hecho imputado cuanto de la imputación personal–, como en su caso, del juicio de determinación de la sanción; y, **c)** concluir pidiendo la absolución o la disminución de la pena solicitada por el Fiscal, todo lo que se fijará por escrito. La conclusión escrita debe establecer los puntos de hecho sobre los que debe pronunciarse el Tribunal y la calificación del delito que reconozca.

Es de recordar que nuestro sistema procesal, a diferencia de otros ordenamientos como el art. 393º del Código Procesal Penal de la Nación argentina, no permite a las partes acusadoras replicar y a las partes acusadas duplicar. Sobre el particular, la jurisprudencia ha establecido que "En el juicio oral, producida la defensa del acusado, no proceden las aclaraciones o rectificaciones solicitadas por el Fiscal o la defensa; debiendo votarse las cuestiones de hecho inmediatamente después de terminados los informes" [422].

A.5. La autodefensa: el derecho de última palabra del acusado

Concluidos los informes orales de las partes acusadoras y de las partes acusadas, la Ley procesal reconoce un derecho o facultad procesal al acusado: decir ante el tribunal la última palabra. Como apunta GIMENO SENDRA, tal exposición es una actividad propia de la autodefensa, la cual consiste en la intervención directa y personal del imputado en el proceso, realizando actividades encaminadas a preservar su libertad: impedir la condena u obtener la mínima sanción penal posible [423]. Este derecho a la última pala-

[421] CLARIÁ OLMEDO: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. VI, p. 305.

[422] Ejecutoria suprema de 25 de julio de 1941 (*Revista de los Tribunales*, 1941, Lima, p. 375).

[423] GIMENO SENDRA *et. al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 359.

bra, que permite al acusado dirigirse directa, personalmente y de viva voz al tribunal, exponiendo lo que crea conveniente a su posición jurídica, emana –como puntualiza IBÁÑEZ Y GARCÍA–VELASCO– del deseo de conservar siempre un acto de defensa con inmediación absoluta y total por el que el acusado tiene la seguridad y garantía de ser oído en cuanto desee, sin más limitaciones que la pertinencia respecto al hecho debatido y, en cuanto a la forma, que en su uso no se ofenda a la moral ni al respeto debido al Tribunal o a las personas que hayan intervenido en el proceso [424]. La omisión de este trámite vicia de nulidad el juicio y el fallo [425].

El art. 301º del Código de 1991 precisa que, en cuanto derecho potestativo, si el acusado desea ejercer la última palabra, limitará su alegato a lo que es materia del juicio y se ceñirá al tiempo fijado. Si no se le sujeta a las limitaciones impuestas, absolutamente razonables, se le conminará a que lo haga, y en caso negativo podrá darse por terminada su exposición y, en caso grave, disponer se le desaloje de la Sala de Audiencia.

B. La deliberación y sentencia

Una vez que el acusado haya culminado de hacer uso de la palabra, se inicia el momento final del debate: la deliberación y expedición de la sentencia. Siguiendo a CLARIÁ OLMEDO [426], este momento está integrado por dos pasos esenciales: **1.** La deliberación y votación de las cuestiones sometidas a decisión como consecuencia del debate; y. **2.** El pronunciamiento y documentación de la sentencia.

El art. 279º del Código de 1940 estipula que concluido los informes de las partes y la autodefensa, "... *se suspenderá la audiencia para votar las cuestiones de hecho y la sentencia. Reabierta la audiencia, que no podrá dejar de serlo en el mismo día, serán leídas la votación de las cuestiones de hecho y la sentencia. La expedición de la sentencia no podrá postergarse por más de 24 horas, bajo pena de nulidad*". El art. 301º del Código de 1991 elimina las cuestiones de hecho o veredicto, razonable desde que no existe un sistema de enjuiciamiento por jurados, y permite la suspensión de la audiencia para la expedición de la sentencia hasta por un día hábil, bajo pena de nulidad.

---

[424] IBÁÑEZ Y GARCÍA VELASCO: *Curso de Derecho procesal penal*, cit., p. 270.

[425] Ejecutoria suprema de 11 de setiembre de 1942 (RONCALLA VALDIVIA: *Jurisprudencia en materia procesal penal*, cit., pp. 294 215).

[426] CLARIÁ OLMEDO: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. VI, p. 310.

La Corte Suprema, ratificando lo previsto en el art. 279º del Código de 1940, ha señalado que constituye causal de nulidad que para plantear y votar las cuestiones de hecho y dar lectura a la sentencia, no se suspenda la audiencia por breve término [427].

B.1. La deliberación

Este paso tiene dos características fundamentales: **1.** Sucede al debate inmediatamente, sin solución de continuidad; y, **2.** Es absolutamente reservado o secreto. Explican SOSA ARDITI y FERNÁNDEZ que lo primero se fundamenta en el hecho de que el debate ha sido una vivencia y por ello es menester que quienes la han percibido resuelvan lo más inmediatamente posible, a fin de evitar que se desdibuje esa percepción; y, lo segundo, en que se busca impedir que argumentaciones posteriores de terceros puedan influir de cualquier modo en la resolución, pues los jueces deben resolver teniendo únicamente en cuenta todo lo que acaba de ocurrir en el debate cerrado, y es menester cuidar que ello suceda así [428]. El requisito de continuidad, si es violado, se sanciona con la nulidad del juicio; en cambio, el requisito del secreto, sólo importará la nulidad del juicio si su vulneración es obra de una de las partes.

La deliberación está regulada en los arts. 281º y 282º del Código de 1940. El art. 281º señala, en primer lugar, que el Tribunal debe plantear, discutir y votar las cuestiones de hecho, a cuyo efecto tendrá en consideración las conclusiones escritas de las partes. En segundo lugar, votada las cuestiones de hecho, el Tribunal procederá a votar la pena, siempre –claro está– que la conclusión fuese incriminatoria. El art. 282º prescribe que para la resolución de las cuestiones de hecho, así como para condenar o absolver, bastará mayoría de votos (dos votos conformes son suficientes). Si la disconformidad fuere de la pena, se procederá a una segunda votación, esta vez sólo de los puntos en que se haya disentido. Si en esa segunda ocasión continúa la disconformidad entre los tres magistrados, se pondrá la pena intermedia. Es de entender que si dos

[427] Ejecutoria suprema de 21 de junio de 1977, Exp. Nº 526–77, Lima (*Anales Judiciales*, T. LXIX, Lima, 1977, pp. 358–359).

[428] SOSA ARDITI / FERNÁNDEZ: *Juicio oral en el proceso penal*, cit., p. 145.

magistrados están conformes con una pena y el otro discrepa de ella, no se seguirá el procedimiento de segunda votación.

Las cuestiones de hecho o veredicto exigen del Tribunal que se concrete exclusivamente a establecer los puntos probados y no probados objeto del proceso penal, haciéndose total abstracción de consideraciones jurídicas y concentrándose en lo fáctico. La Corte Suprema ha establecido lo siguiente, respecto de las cuestiones de hecho: **a)** que deben responder cada una a una sola circunstancia del hecho subjudice y votarse separadamente de la pena; **b)** que deben constar en pliego aparte y ser firmadas con indicación de la fecha por todos los miembros del Tribunal y autorizada por el Secretario; **c)** que deben responder a cada una de las propuestas por las partes; **d)** que deben comprender todos los temas de relevancia jurídica, es decir, todas las circunstancias que permiten formarse juicio sobre la culpabilidad o inculpabilidad del acusado, así como los elementos calificativos del delito; **e)** que no sólo deben concretarse a la materia controvertida, sino que además deben ser planteadas de modo que puedan ser absueltas afirmativa o negativamente con los monosílabos "sí" o "no" [429].

La Corte Suprema ha señalado que las cuestiones de hecho deben ser planteadas ínterrogativamente, de modo que puedan ser absueltas, cada una, en forma afirmativa o negativa [430]. Asimismo, ha precisado que para formular las cuestiones de hecho debe tener en cuenta las conclusiones escritas del fiscal, de los defensores y de la parte civil [431]. También ha estipulado que es nulo el fallo y el juicio si se votan las cuestiones de hecho sin que el fiscal haya presentado sus conclusiones escritas [432]; y que se declarará la nulidad de lo actuado si las cuestiones de hecho son ambiguas y contradictorias y si alguna de ellas no son tomadas en cuenta en el fallo [433], si no se precisa la fecha en que se

---

[429] GUZMÁN FERRER: *Código de Procedimientos Penales*, cit., pp. 478–480.

[430] Ejecutoria suprema de 12 de julio de 1976, Exp. Nº 618–76, Arequipa (*Anales Judiciales*, T. LXVIII, Lima, 1976, p. 468).

[431] Ejecutoria suprema de 13 de octubre de 1976, Exp. Nº 1243–76, Junín (*Anales Judiciales*, T. LXVIII, Lima, 1976, p. 492).

[432] Ejecutoria suprema de 10 de mayo de 1979, Exp. Nº 677–75, Ancash (RONCALLA VALDIVIA: *Jurisprudencia en materia procesal penal*, cit., p. 320).

[433] Ejecutoria suprema de 1 de abril de 1963 (RONCALLA VALDIVIA: *Jurisprudencia en materia procesal penal*, cit., pp. 318–319).

cometieron los hechos materia del juzgamiento [434], o si no se refieren a todos los delitos y acusados [435].

Todo lo expuesto, en buena cuenta, se precisó con alguna nitidez en la Circular Nº 4, de 1945 del Supremo Tribunal. Dicha Circular dejó sentado: 1. Que las cuestiones de hecho deben referirse a cada uno de los hechos y circunstancias que constituyan el suceso o sucesos investigados (querrá decir ¡juzgados!): antijuricidad penal, importancia de su gravedad, lugar de comisión, calidad y caracteres de la participación delictiva, condiciones personales del agente; 2. Que las cuestiones de hecho deben corresponder cada una a una sola circunstancia, para evitar la imprecisión y confusión inevitables cuando en una sola interrogación se incluye referencias a tiempo, lugar, modo, etc. y aun al agente y a las atenuantes o agravantes de su responsabilidad [436].

El Supremo Tribunal ha establecido que debe existir plena coherencia entre las cuestiones de hecho y la sentencia, siendo nulo el fallo y el juicio oral si el contenido absolutorio de las primeras no guardan relación con la sentencia [437], o son incongruentes con el fallo [438].

Como quiera que las "cuestiones de hecho" no tienen sentido en tribunales integrados por jueces profesionales, a quienes les corresponde en la sentencia pronunciarse acerca de la prueba actuada y de todas las cuestiones jurídicas consiguientes, tal como lo exigía originariamente el Código de 1940, normas posteriores han venido suprimiendo la necesidad de un veredicto previo a la emisión de la sentencia. El Decreto Legislativo Nº 126 prescribió que la votación de las cuestiones de hecho es facultativa: a) cuando corresponda imponer una condena condicional (por extensión, debe entenderse comprendida en esta norma la

[434] Ejecutoria suprema de 1 de abril de 1969 (RONCALLA VALDIVIA: *Jurisprudencia en materia procesal penal*, cit., pp. 292–293).

[435] Ejecutoria suprema de 9 de octubre de 1976, Exp. Nº 2101–75, Piura (RONCALLA VALDIVIA: *Jurisprudencia en materia procesal penal*, cit., p. 291).

[436] FREYRE VILLAVICENCIO, Herbert: *Manual del juicio oral*, Sesator, Lima, s/f, p. 147.

[437] Ejecutoria suprema de 17 de agosto de 1992, Exp. Nº 785–91, Lima (*Normas Legales*, T. 226, marzo, 1995, pp. J28–J29).

[438] Ejecutoria suprema de 12 de octubre de 1976, Exp. Nº 1098–76, Ica (*Anales Judiciales*, T. LXVIII, Lima, 1976, p. 521).

reserva de fallo condenatorio, por constituir una alternativa a la pena privativa de libertad de corta duración cuyo fundamento preventivo especial es el mismo que la condena condicional); **b)** en los supuestos de sentencia absolutoria; y, **c)** cuando la sentencia fuere emitida por un Juez o un Tribunal Unipersonal. En consecuencia, la obligatoriedad de las cuestiones de hecho ha quedado reducida a las sentencias condenatorias a pena efectiva emitidas por Tribunales Colegiados. Esta evolución ha culminado con el Código de 1991, pues no consagra la institución de las "cuestiones de hecho".

El Código de 1991, en cuanto a las reglas para la deliberación, únicamente sanciona que en las Salas Penales Superiores es suficiente la mayoría de votos para hacer resolución. Por consiguiente, ha de estarse a lo prescrito en la Ley Orgánica del Poder Judicial. Así tenemos las siguientes reglas: **a)** el art. 133º del TUO de la LOPJ afirma el secreto de la deliberación, obligando a todos a la reserva sobre las opiniones vertidas durante el curso de la misma; **b)** el art. 138º obliga a que la votación de la sentencia deba estar precedida de una ponencia escrita del Vocal Ponente o, en este caso, Director de Debates (la naturaleza oral del debate y el requisito de inmediatez del momento de deliberación, permiten concluir que, en todo caso, la ponencia debe ser oral y no escrita); **c)** el art. 142º señala que los Vocales emiten su voto comenzando por el Ponente o Director de Debates y luego por los demás siguiendo el orden del menos al más antiguo; y, **d)** el art. 149º estatuye que los Vocales están obligado a emitir su voto, aun en caso de impedimento, traslado, licencia, vacaciones, cese o promoción.

B.2. El pronunciamiento y documentación de la sentencia

Una vez que se han votado las cuestionado de hecho y la pena, corresponde redactar la sentencia, en cuyo texto se dará cuenta de lo discutido y votado en el momento de deliberación. La sentencia, como se ha precisado, será firmada por los tres miembros del Tribunal, o sólo por el Juez en caso de Tribunal Unipersonal. Si se trata de una sentencia acordada por mayoría, tal situación debe reflejarse en su texto; esto es, si un Vocal discrepa de los fundamentos de la sentencia, debe emitir por escrito y suscribir su voto singular; en cambio, si sólo discrepa de determinados fundamentos de la sentencia pero no de su sentido, debe firmar dicho fallo y fundamentar por escrito su voto singular, que el Secretario certificará (arts. 143º y 146º *in fine* del TUO de la LOPJ).

Acordada la sentencia se reabrirá la audiencia. Esta reapertura, en el Código de 1940 debe producirse en el mismo día de la suspensión una vez escuchada la autodefensa del acusado, mientras que en el Código de 1991 puede producirse hasta un día hábil después de ocurrida la suspensión. El Código de 1940 permite que el mismo día de la suspensión sólo se lean las cuestiones de hecho y que la expedición de la sentencia pueda realizarse hasta 24 horas después de la lectura del veredicto.

Reabierta la audiencia, en primer lugar, se leerán las cuestiones de hecho y, luego, la sentencia. El Código de 1940 exige la presencia de las partes cuando se lean las cuestiones de hecho y la sentencia; sin embargo, una Ejecutoria suprema precisó que la inconcurrencia del acusado a las audiencias en las que se produjo su defensa y fueron leídas las cuestiones de hecho y la sentencia, de la que el acusado interpuso recurso de nulidad, no anulan el juicio oral [439]. Las innumerables dificultades que confronta un modelo de lectura del fallo en presencia de los acusados, determinó que el art. 301º del Código de 1991 permita la lectura del fallo no estando presente el acusado, siempre que con anterioridad hubiera sido expulsado de la Sala de Audiencia por indisciplina manifiesta o cuando por causas no imputables al Juzgador no pueda cumplirse con el oportuno traslado del acusado a la Sala de Audiencia, en cuyo caso debe asistir su Defensor o el nombrado de oficio.

Culminada la lectura de las cuestiones de hecho y de la sentencia, corresponde al Presidente preguntar al acusado y al Fiscal si interponen el correspondiente recurso impugnatorio. En este caso, el acusado, previa consulta con su abogado defensor, puede interponer en el acto recurso impugnatorio, sin necesidad de fundamentarlo; si se está ante un acusado ausente o contumaz debe preguntarse al defensor de oficio, quien representa al acusado, si interpone o no recurso de nulidad [440]. Asimismo, al igual que el Fiscal, puede reservarse, por un día, el derecho de impugnar, oportunidad en que sólo podrán hacerlo por escrito (art. 289º del Código de 1940).

---

[439] *Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1980, Lima, p. 78; GUZMÁN FERRER: *Código de Procedimientos Penales*, cit., p. 472.

[440] Ejecutoria suprema de 17 de febrero de 1976, Exp. Nº 2178–75, Huánuco (*Anales Judiciales*, T. LXVIII, Lima, 1976, p. 509).

El alto Tribunal ha precisado que si no se pregunta a los acusados y al fiscal si interponen recurso de nulidad, tal comisión acarrea la nulidad de la sentencia y del juicio [441]. Igualmente tiene declarado que si el acusado se conforma con el fallo en el acto de la audiencia, deviene improcedente que, luego, interponga recurso de nulidad por escrito [442]. Llama la atención, sin embargo, que en decisiones posteriores sostenga que impedir que el sentenciado cambie de opinión y, por ende, desestimar su recurso por escrito se opone al derecho de defensa y derecho al recurso previstos en la Constitución y en la Convención Americana de Derechos Humanos [443], desde que el derecho al recurso se desarrolla en el ámbito legalmente previsto y si una de las partes consistió en el fallo, tal situación determina que éste pase a tener el carácter de cosa juzgada; además, es de tener presente que al sentenciado se le brindó la posibilidad de impugnar en el acto, consentir o reservarse el derecho, de suerte que no es posible estimar que se le restringió el derecho de defensa y el de recurrir, integrante este último del derecho a la tutela judicial efectiva.

La parte civil y también el tercero civil pueden impugnar por escrito en el plazo de un día luego de leída la sentencia. Es de mencionar que el art. 290º del Código de 1940 únicamente se refiere a la parte civil, sobre la que precisa que sólo puede impugnar el monto de la reparación civil, salvo el caso de sentencia absolutoria. La omisión al tercero civil, sin embargo, no es relevante, desde que constitucionalmente tiene derecho impugnatorio; la referencia específica a la impugnación oral sólo se circunscribe a las partes principales y necesarias, sin que por ello pueda entenderse que, como los Códigos de 1940 y 1991 no hacen referencia expresa al tercero civil, no puede impugnar.

Es de tener presente que la impugnación de la parte civil no alcanza a la pena en una sentencia condenatoria, puesto que, como señala el

---

[441] Ejecutorias supremas de 5 de noviembre de 1973 Exp. Nº 1371–93, Piura (Taramona: *Compendio de ejecutorias supremas*, cit., T. III, p. 77); y de 2 de julio de 1997, Exp. 490–96, Lima.

[442] Ejecutorias supremas de 11 de julio de 1977, Exp. Nº 562–77, Cuzco (*Anales Judiciales*, T. LXIX, Lima, 1977, p. 360); y de 31 de julio de 1992, Exp. Nº 313–92–B, Lima (Rojjasi Pella: *Ejecutorias supremas penales. 1993–1996*, cit., p. 413).

[443] Ejecutorias supremas de 9 de agosto de 1995, Exp. Nº 426–94–B, Lima (Rojjasi Pella: *Ejecutorias supremas penales. 1993–1996*, cit., pp. 410–411); y de 31 de agosto de 1995, Exp. Nº 887–94–B, Lambayeque (*Normas Legales*, T. 247, diciembre, 1996, pp. A18–A19).

Alto Tribunal, su intervención se limita únicamente a reclamar los daños y perjuicios causados por el delito [444]. En otra decisión, el Supremo Tribunal precisó que no es posible que la parte civil recurra de la pena impuesta, por cuanto el art. 276º del Código limita su intervención prohibiéndole calificar el delito, por lo que si no puede esto último tampoco puede recurrir solicitando una pena más grave [445]. Finalmente, la Corte Suprema ha permitido categóricamente a la parte civil a impugnar la sentencia absolutoria, en tanto que ella afecta su derecho al resarcimiento del daño sufrido [446].

El Código de 1991 exige la motivación de las impugnaciones (art. 334º), la cual sin embargo puede hacerse posteriormente, aunque es indispensable que el impugnante haga una específica mención de los puntos objeto de agravio (art. 322º). El Proyecto de Código de 1995, en su art. 354º, introduce la idea de formalización del recurso ratificando de este modo el presupuesto de motivación. El recurso se interpone en el acto de la lectura de la sentencia y se formaliza dentro de tercero día, bajo apercibimiento de tenerlo por no interpuesto si no lo cumple con fundamentarlo.

[444] Ejecutoria suprema de 27 de setiembre de 1967 (*Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1967, Lima, p. 1209).

[445] Ejecutoria suprema de 4 de noviembre de 1979 (*Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1971, Lima, p. 126).

[446] Ejecutoria suprema de 19 de junio de 1969 (*Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1969, Lima, p. 979).

CAPÍTULO XXIII
LA SENTENCIA PENAL

SUMARIO: **I.** Concepto. **II.** Formación. **III.** Estructura externa: 1. Encabezamiento. 2. Parte expositiva o antecedentes. 3. Parte considerativa o motivación. 4. Parte dispositiva o fallo. **IV.** Génesis lógica: 1. El juicio histórico. 2. El juicio jurídico. **V.** Exhaustividad. **VI.** Efectos de la sentencia. 1. Aspectos generales. 2. Eficacia negativa de la cosa juzgada penal. 3. Eficacia positiva de la cosa juzgada penal. 4. Límites de la cosa juzgada. **VII.** Perspectivas actuales de la correlación entre acusación y sentencia.

I. CONCEPTO

Una vez culminado en el curso del juicio oral el momento de la *discusión final* se inicia, dentro del periodo decisorio, el momento final de la *deliberación y sentencia.* El último paso del debate es el *pronunciamiento y documentación de la sentencia.* En tal virtud, la sentencia, explica GÓMEZ ORBANEJA, es el acto jurisdiccional que cierra la instancia, decidiendo definitivamente la cuestión criminal [447]. El art. 280º del Código de 1940 sanciona puntualmente que la sentencia pone término al juicio. Hacia ella se encamina todo el proceso, siendo por consiguiente el acto típico de terminación o finalización del procedimiento penal.

Podemos definir la sentencia, siguiendo a DE LA OLIVA SANTOS, como la resolución judicial que, tras el juicio oral, público y contradictorio, resuelve sobre el objeto del proceso y bien absuelve a la persona acusada (arts. 284º del Código de 1940 y art. 303º del Código de 1991) o declara, por el contrario, la existencia de un hecho típico (en rigor, típicamente

[447] GÓMEZ ORBANEJA / HERCE QUEMADA: *Derecho procesal penal,* cit., p. 283.

antijurídico) y punible, atribuye la responsabilidad de tal hecho a una o varias personas y les impone la *sanción penal* correspondiente (pena o medida de seguridad, según el caso) y –agregamos nosotros– la *reparación civil* a que hubiere lugar (arts. 285º del Código de 1940 y art. 304º del Código de 1991) [448].

Desde el punto de vista de su *naturaleza jurídica,* siguiendo a VIADA–ARAGONESES, la sentencia es tanto un juicio lógico y una convicción psicológica, cuanto una declaración de ciencia y de voluntad del juez. El Juez en la sentencia no sólo refleja una simple operación lógica (el silogismo judicial), sino también su convicción personal e íntima, formada por la confluencia no sólo de la relación de hechos aportados al proceso, sino de otras varias circunstancias (impresiones, conductas, ambientes, fuerzas sociales, etc.). Además, la sentencia encierra una declaración de ciencia, una declaración o expresión de voluntad, en cuya virtud el juez, después de realizar el juicio de hecho y el de derecho, dicta el fallo como conclusión entre la relación de aquellos dos juicios, equivalentes al juicio histórico y al juicio lógico [449].

II. FORMACIÓN

Finalizado el período probatorio con la autodefensa del imputado, inmediatamente se inicia el período decisorio con sus momentos de deliberación y sentencia. El art. 279º del Código de 1940 exige la suspensión de la audiencia para el inicio de este periodo, la cual deberá ser reabierta el mismo día para votar las cuestiones de hecho y la sentencia, bajo pena de nulidad. El art. 301º, segundo párrafo, del Código de 1991 fija el término en un día hábil (el Proyecto de 1995, art. 349º *in fine,* fija el término en 6 días naturales). Es de precisar, como luego se verá, que el Código de 1940 dispone que una vez suspendida la audiencia, en el mismo día debe leerse obligatoriamente las cuestiones de hecho, pudiendo postergarse la lectura del fallo por no más de 24 horas, igualmente bajo pena de nulidad.

---

[448] DE LA OLIVA SANTOS *et. al.*: *Derecho procesal penal,* cit., p. 501.

[449] VIADA, Carlos y ARAGONESES, Pedro: *Curso de Derecho procesal penal,* Editorial Prensa Castellana, Madrid, 1971, T. I, p. 425.

La Ley Orgánica del Poder Judicial determina el sistema de votación de las sentencias en los casos de tribunal colegiado. Sin embargo, en los casos penales, el Código de la materia (arts. 282º del Código de 1940 y 302º *in fine* del Código de 1991) precisa que hay resolución con mayoría de votos, es decir, con dos votos. El resultado así emitido, anota GÓMEZ ORBANEJA, vale como voluntad unitaria del tribunal como un todo, incluso de aquel de sus componentes que hubiese disentido de la mayoría [450]. El Vocal que discrepa del voto de mayoría debe emitir su voto singular. No caben discordias, lo que se explica técnicamente por la vigencia de los principios de oralidad, inmediación y contradicción en el acto oral.

Es de tener presente que a la *votación* precede la *discusión* o *deliberación*. La discusión importa la exposición del Vocal Ponente o Director de Debates, la lectura de las piezas del expediente que resulten pertinentes y el intercambio de puntos de vista entre los integrantes del Tribunal, "sobre cada uno de los pronunciamientos de hecho y de derecho que hayan de hacerse" [451]. Se verifica a puerta cerrada y es secreta.

El art. 142º del TUO de la LOPJ señala que la votación comienza con el voto del Vocal Ponente o Director de Debates y luego por los demás siguiendo el orden del menos al más antiguo. La votación puede ser separada para cada pronunciamiento o conjunta de todos los pronunciamientos, según lo decida el Colegiado. Si el acuerdo es una sentencia condenatoria y no existe conformidad sobre la pena, se produce una segunda votación y si continúa la disconformidad se impondrá la pena intermedia, esto es, "... *la pena por la que votó el miembro del Tribunal en disentimiento, con los que votaron por pena superior o inferior*", tal como lo señala el art. 282º del Código de 1940. Terminada la votación, recuerda IBÁÑEZ Y GARCÍA–VELASCO, el magistrado ponente redacta la sentencia, salvo que haya votado en contra, en cuyo caso se encarga a otro magistrado de redactarla, que firmarán todos los magistrados que no se encuentren impedidos para hacerlo [452]. Sólo terminada la redacción y firma de la sentencia se lee en audiencia pública.

---

[450] GÓMEZ ORBANEJA / HERCE QUEMADA: *Derecho procesal penal*, cit., pp. 283–284.

[451] TOMÉ GARCÍA, en: DE LA OLIVA SANTOS *et. al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 342.

[452] IBÁÑEZ Y GARCÍA VELASCO: *Curso de Derecho procesal penal*, cit., p. 287.

La formación adecuada de la sentencia requiere, sostiene GÓMEZ ORBANEJA, que sobre la cuestión principal, absolución o condena, se decida previamente, con independencia de las diversas razones o motivos de hecho y de derecho en que la conclusión se apoye. Sólo así el acuerdo corresponde a la voluntad común del tribunal. Este es el criterio dominante hoy en la doctrina [453].

En el Código de 1940, al considerarse que el Tribunal actúa como *jurado de hecho*, se impone al Colegiado la redacción –previa discusión y votación– de las denominadas *cuestiones de hecho* o veredicto, cuya omisión acarrea la nulidad de la sentencia [454]. El veredicto, acota la Corte Suprema, debe referirse, bajo sanción de nulidad, a todos los acusados y delitos [455].

Sin embargo, la modificatoria del art. 286º de dicho Código dispuesta por el Decreto Legislativo Nº 126 de 1981 estableció que tratándose de sentencias absolutorias y de suspensión de ejecución de la pena, las cuestiones de hecho son facultativas. En vía de interpretación analógica es posible extender esa posibilidad a la reserva del fallo condenatorio, que es una modalidad alternativa a la pena de privación de la libertad efectiva. No es posible, sin embargo y por el mismo motivo anteriormente expuesto, que proceda para otras clases de pena, si es que son efectivas. Tratándose de tribunales unipersonales, igualmente, no es obligatoria la votación de las cuestiones de hecho.

El Código de 1991 no contempla la posibilidad de emitir cuestiones de hecho, pero a su vez es más riguroso en la determinación de los hechos probados, que forma parte de la sentencia.

La sentencia es leída en acto público y en presencia del imputado. La Circular Nº 15–H, de 25 de octubre de 1977, reconoció una excepción. Señaló que cuando el juicio no pueda continuar por inconcurrencia del acusado debida a imposibilidad de su traslado al Tribunal por causa

---

[453] GÓMEZ ORBANEJA / HERCE QUEMADA: *Derecho procesal penal*, cit., pp. 284–285.

[454] Ejecutorias supremas de 16 de junio de 1988, Exp. Nº 289–88, Cuzco (*Anales Judiciales*, T. LXXVI, Lima, 1988, p. 188); de 2 de setiembre de 1988, Exp. Nº 844–88, Puno (*Anales Judiciales*, T. LXXVII, Lima, 1988, p. 286); y, de 2 de setiembre de 1988, Exp. Nº 844–88, Lima.

[455] Ejecutoria suprema de 9 de febrero de 1976, Exp. Nº 2101–75, Piura (*Anales Judiciales*, T. LXVIII, Lima, 1976, p. 419).

de fuerza mayor, para evitar la frustración del juicio oral se realizará la audiencia sin dicha concurrencia, con intervención del defensor del acusado, quien podrá hacer uso de los recursos que la ley le franquea. Por su parte, el art. 301º del Código de 1991 reconoce dos excepciones a la lectura de la sentencia en presencia del imputado: **a)** cuando el imputado es expulsado de la Sala de Audiencias por razones disciplinarias; y, **b)** cuando por causas no imputable al juzgador no pueda cumplirse con el oportuno traslado del acusado a la Sala de Audiencias; en ambos casos debe estar presente el abogado defensor.

Las sentencias se leen, lo que presupone su previa confección por escrito. Nuestro sistema procesal no permite las sentencias *de viva voz* o *in voce* y su ulterior protocolización por escrito. La Constitución, art. 139º.5, exige la motivación escrita de las resoluciones; por consiguiente, cuando el Tribunal ha de emitir una resolución en el curso del juicio oral debe redactarla por escrito en la forma prevista por el art. 122º del Código Procesal Civil y, luego, disponer su lectura.

III. ESTRUCTURA EXTERNA

En cuanto a la estructura externa de la sentencia penal, han de combinarse los arts. 284º y 285º del Código de 1940 (arts. 303º y 304º del Código de 1991) con las normas pertinentes del Código Procesal Civil (art. 122º) y del TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial. En virtud de dichos preceptos, la sentencia de primer grado se compone de las siguientes partes:

1. Encabezamiento

En esta primera parte debe constar: **a)** lugar y fecha del fallo; **b)** el número de orden de la resolución; **c)** los hechos objeto del proceso: indicación del delito y del agraviado, así como las generales de ley del acusado, vale decir, sus nombres y apellidos completos, apodo, sobrenombre y sus datos personales, tales como su edad, estado civil, profesión, etc.; y, **d)** el nombre del magistrado ponente o Director de Debates y de los demás jueces.

2. Parte expositiva o antecedentes

En esta segunda parte se incorporan dos secciones. La primera, que consiste en la exposición de la imputación, es decir, de los hechos y de

los cargos tal y como han sido formulados por el Fiscal en su acusación; su omisión –ha declarado el Supremo Tribunal– genera la nulidad del fallo [456]. La segunda, que importa detallar el itinerario del procedimiento en sus extremos más importantes (art. 122º, cuarto párrafo, CPC).

3. Parte considerativa o motivación

En esta tercera parte se integran dos secciones. La primera, denominada *fundamentos de hecho*; y, la segunda, denominada *fundamentos de derecho*, tal como lo prescribe el art. 122º.3 del CPC. Cada fundamento fáctico o jurídico debe ser objeto de una enumeración independiente y correlativa entre sí, sujetándose por cierto al mérito de lo actuado y al derecho.

A. Fundamentos de hecho

Esta sección constituye el análisis claro y preciso, así como la relación de hechos que estuvieren enlazados con las cuestiones que hayan de resolver en el fallo, sin perjuicio de hacer declaración expresa y terminante, excluyente de toda contradicción, de los que se estimen probados. Cada referencia fáctica, configuradora de todos elementos que integran el hecho penal, debe estar acompañada de la justificación probatoria correspondiente.

La Corte Suprema sanciona con la nulidad la sentencia que no contiene la exposición del hecho delictuoso, la apreciación de las pruebas en que se funda la culpabilidad, ni las circunstancias del delito [457]. También ha declarado nula aquella sentencia que consigna fecha errada de la comisión del evento delictuoso, así como –desde los fundamentos jurídicos– omite los elementos calificativos del delito [458].

Señala De la Oliva Santos que la exigencia de una motivación puntual se expresa en tres supuestos: **a)** cuando la prueba es indiciaria, en que debe darse suficiente razón del enlace apreciado; **b)** cuando se debe emitir un pronunciamiento preciso acerca de la ilicitud o de la irregu-

---

[456] Ejecutoria suprema de 10 de julio de 1989, Exp. Nº 266–8, Lima.

[457] Ejecutoria suprema de 20 de enero de 1989, Exp. Nº 967–88, Huánuco (*Anales Judiciales*, T. LXXVII, Lima, 1979, pp. 219–220).

[458] Ejecutoria suprema de 17 de agosto de 1973 (*Anales Judiciales*, T. LXV, Lima, 1973, pp. 197–198).

laridad de determinadas pruebas, en cuyo caso ha de explicar por qué ha atribuido o rechazado atribuir valor a unos determinados elementos probatorios; y, **c)** cuando se debe atribuir o no valor a determinados elementos probatorios, en aquellos casos en que la fuerza probatoria de unos medios de prueba se ven contradichos por otros elementos probatorios [459]. Las especiales precisiones que debe hacer el tribunal en estos casos constituye exigencia no sólo del principio jurisdiccional de motivación sino también del derecho fundamental a la presunción de inocencia.

En esta sección no puede hacer uso de conceptos jurídicos que predeterminen el fallo. Esta exigencia, apunta CORTÉS DOMÍNGUEZ, responde a la necesidad jurídica de motivación de las sentencias con la incidencia que ello puede tener en el derecho de defensa y su tutela, puesto que la utilización de tales conceptos (por ejemplo, *premeditación*) excluye el análisis fáctico y la exposición en la sentencia de los hechos, que sólo tras una valoración jurídica, podrían ser calificados como de conducta premeditada; si esos hechos no se exponen, si no se indican cuáles son, difícilmente la parte podrá luchar no sólo contra una calificación jurídica defectuosa, sino contra la misma existencia de los hechos desconocidos, que así han sido calificados [460].

B. Fundamentos de derecho

En esta sección se consignan las razones de la calificación jurídica que los hechos penales han merecido al Tribunal. Comienza con la exposición de los fundamentos dogmáticos y legales de la calificación de los hechos probados. En consecuencia, **(1)** se debe abordar la subsunción de los hechos en el tipo penal propuesto en la acusación o en la defensa. Si el resultado de esa operación enjuiciadora no conduce a la absolución por falta de tipicidad –positiva o negativa– o de otros factores, **(2)** se debe proceder a consignar los fundamentos jurídicos del grado de participación en el hecho y si se trata o no de un tipo de imperfecta ejecución; su omisión acarrea la nulidad de la sentencia [461]. En tercer lugar **(3)**, se debe analizar la presencia de eximentes de la responsabilidad penal en orden a la imputación personal o culpabilidad. En cuarto

[459] DE LA OLIVA SANTOS *et. al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 505.

[460] En: GIMENO SENDRA *et. al.*: *Derecho procesal penal*, cit., pp. 609–610.

[461] Ejecutoria suprema de 30 de octubre de 1952 (*Revista del Foro*, Nº 3, Lima, 1952, pp. 611–612).

lugar (4), si se concluye que el acusado es un sujeto responsable penalmente, se debe tomar en consideración todos los aspectos vinculados a la determinación de la pena, desde las eximentes incompletas y atenuantes especiales, hasta las agravantes y atenuantes genéricas, en caso de haber concurrido. Finalmente (5), se debe incorporar los fundamentos doctrinales y legales de la calificación de los hechos que se hubieren estimado probados con relación a la responsabilidad civil en que hubieren incurrido el acusado y el tercero civil.

Sobre este último punto, la Corte Suprema tiene fijado que constituye una grave irregularidad la omisión consistente en no invocar los dispositivos legales pertinentes [462], así como también si omite indicar el delito y el nombre de los agraviados [463].

Es de tener presente que si el resultado de la operación judicial conlleva a la emisión de un fallo absolutorio, de conformidad con los arts. 284º del Código de 1940 y 303º del Código de 1991, corresponde declarar que el delito no se ha realizado o que las pruebas han demostrado la inocencia del acusado o que éstas no son suficientes para establecer su responsabilidad, esto es, para destruir el estado de inocencia constitucionalmente garantizado de que goza. La Corte Suprema ha señalado que "... la sentencia absolutoria deberá contener la exposición del hecho imputado y un análisis de las pruebas actuadas teniendo en cuenta, además, las conclusiones del fiscal y de la defensa, para concluir estableciendo que el delito o la culpabilidad del acusado no están acreditados" [464].

Si, por el contrario, el resultado de la operación judicial conlleva a la emisión de un fallo condenatorio, corresponde exponer la forma y circunstancias de la comisión del delito, apreciar las pruebas de cargo y, en último término, citar los dispositivos legales aplicables. No está demás precisar que si se opta por cualquiera de las cuatro alternativas reconocidas por el Código Penal para evitar la imposición de penas efectivas

---

[462] Ejecutoria suprema de 13 de julio de 1990 (*Anales Judiciales*, T. LXXVIII, Lima, 1990, p. 175).

[463] Ejecutoria suprema de 30 de julio de 1990, Exp. Nº 703–90, Ancash (*Anales Judiciales*, T. LXXVIII, Lima, 1990, p. 178).

[464] Ejecutoria suprema de 5 de diciembre de 1972, Exp. Nº 1781–72, Piura (*Anales Judiciales*, T. LXV, Lima, 1973, p. 199).

privativas de la libertad: condena condicional (art. 57º), reserva del fallo condenatorio (art. 62º), sustitución de pena (art. 32º) o conversión de pena (art. 52º), en los fundamentos de derecho se debe incorporar una motivación especial que justifique su utilización.

4. PARTE DISPOSITIVA O FALLO

Esta parte debe contener el pronunciamiento sobre el objeto del proceso y sobre todos los puntos que hayan sido objeto de la acusación y de la defensa (principio de exhaustividad de la sentencia), así como de los incidentes que quedaron pendientes en el curso del juicio oral. Es obvio que esta parte del fallo debe ser congruente con la parte considerativa, bajo sanción de nulidad [465].

Si la sentencia es absolutoria debe disponer la anulación de los antecedentes policiales y judiciales del imputado, por los hechos materia del juzgamiento, así como el levantamiento de las medidas cautelares o restrictivas de derechos que se hubieran dictado en el curso del proceso. El art. 3º del Decreto Ley Nº 20579 agrega que también se devolverá de inmediato los documentos personales de identificación del procesado.

Si la sentencia es condenatoria la pena debe estar perfectamente delimitada. Debe indicarse la fecha en que debe iniciarse y el día de su vencimiento, así como su modalidad si es del caso. Si se trata de la imposición de una pena privativa de libertad, por imperio del Decreto Ley Nº 20602, de 7 de junio de 1974, no se señala el lugar de cumplimiento de la pena, lo que es de competencia de la Administración Penitenciaria. Finalmente, debe indicarse el monto de la reparación civil, la persona que debe percibirla y los obligados a satisfacerla.

Como se colige de lo expuesto, las sentencias en el orden penal deben ser absolutorias o condenatorias. Pero si se trata de un homónimo no cabe que se le absuelva, sino que por medio de un auto declarar tal condición y levantar las medidas cautelares que pesan en su contra, tal como lo ha determinado el Tribunal Supremo en la Ejecutoria suprema de 7 de agosto de 1985 [466].

---

[465] Ejecutoria suprema de 9 de junio de 1992, Exp. 668–91–A, Lima (*Normas Legales*, T. 222, noviembre, 1994, p. J–38).

[466] Exp. Nº 1614–84, Huánuco (*Anales Judiciales*, T. LXXIV, Lima, 1986, pp. 210–211).

IV. GENÉSIS LÓGICA

CORTÉS DOMÍNGUEZ precisa que la determinación de si el acusado es o no responsable penal, si su conducta merece pena o no, impone al juez un doble juicio: *histórico*, tendente a establecer si un determinado hecho o conjunto de hechos ha existido o no con anterioridad al proceso; y, *jurídico*, que tiende a concluir si el hecho que históricamente sucedió puede ser calificado como delito y merece pena. El resultado negativo del juicio histórico evita el juicio jurídico; en cambio, la evidencia sobre la irresponsabilidad penal del acusado no evita la realización del juicio histórico, pues de éste pueden surgir posiciones más favorables al acusado [467].

1. EL JUICIO HISTÓRICO

El juicio histórico recae sobre los hechos objeto de acusación fiscal. Corresponde al órgano jurisdiccional determinar si los hechos que fueron objeto de acusación se dieron o no en el pasado.

El Tribunal está vinculado, obviamente, al hecho acusado, a su núcleo central y, por tanto, su conclusión no puede ser distinta que afirmar o negar su producción o acaecimiento. En estas condiciones, siendo la correlación entre acusación y sentencia una institución procesal derivada del principio acusatorio y del derecho de defensa, resulta de primera importancia saber hasta qué punto puede sostenerse que el resultado del juicio histórico es negativo e imposibilita la entrada al juicio jurídico, por el hecho de que no haya coincidencia absoluta entre lo acusado y lo declarado probado por el juez. Al respecto, la Corte Suprema tiene declarado que es nula la sentencia por delito que no fue instruido ni fue materia de acusación fiscal [468].

El criterio para apreciar si el resultado del juicio histórico respeta los términos de la acusación fiscal y de la calificación formulada por la defensa en reacción a lo sostenido por el Ministerio Público asume forzosamente criterios normativos vinculados a la actividad del imputado, al resultado de esa actividad y al bien jurídico lesionado. Desde este pun-

---

[467] En: GIMENO SENDRA *et. al.*: *Derecho procesal penal*, cit., pp. 602–603.

[468] Ejecutoria suprema de 22 de abril de 1964 (*El Peruano*, Lima, 15 de febrero de 1965).

to de vista, anota CORTÉS DOMÍNGUEZ, el resultado del juicio histórico no será negativo si entre el hecho acusado y el hecho condenado existe coincidencia al menos de los elementos típicos de ejecución lesionándose el mismo bien jurídico por el resultado de aquella actividad [469]. La Corte Suprema ha dejado sentado que si el Tribunal incluye en el fallo un delito no acusado, se incurre en nulidad de la sentencia [470].

DE LA OLIVA SANTOS apunta que si el tribunal entiende que puede ser aplicable una *agravante* no alegada por la acusación o que tal vez debiera apreciarse un mayor *grado de perfección* de la conducta criminal o un *grado de participación* más intenso, no podrá incorporarlo en el fallo a menos que utilice la "tesis" exigida por la Ley española (que en nuestro modelo recién se ha incorporado en el art. 353º del Proyecto de 1995), desde que, de no haberse podido producir una defensa relativa a una agravante o grado de participación, etc., no contenidos en las calificaciones acusatorias –en nuestro sistema 'calificación acusatoria' del Ministerio Público, en singular–, la sentencia que tuviera en cuenta esos elementos para la condena infringiría el principio de contradicción y vulneraría el derecho de defensa [471].

Si bien ORTELLS RAMOS no considera que deba incluirse en la prohibición la apreciación de un diferente grado de ejecución del delito o de participación en el mismo, entiende que el tribunal puede optar por una figura penal distinta pero que vulnere el mismo bien jurídico del delito acusado, en tanto no importe un tipo penal conminado con pena más grave, y, por ende, puede imponer inclusive a una pena, mayor o menor, que la pedida por el Fiscal [472].

Es de entender que las pruebas y su posterior valoración son los instrumentos con que cuenta el tribunal para llevar a cabo el enjuiciamiento histórico. Si el juicio histórico es negativo deberá absolverse al imputado.

---

[469] En: GIMENO SENDRA *et. al.*: *Derecho procesal penal,* cit., p. 604.

[470] Ejecutoria suprema de 17 de octubre de 1986, Exp. Nº 888–86, Lima.

[471] DE LA OLIVA SANTOS *et. al.*: *Derecho procesal penal,* cit., p. 509.

[472] MONTERO AROCA *et. al.*: *Derecho Jurisdiccional,* cit., T. III *(Proceso penal),* ed. 1991, p. 400.

2. EL JUICIO JURÍDICO

El juicio jurídico se realiza en la medida en que el juicio histórico sea positivo. Aquí debe subsumirse el hecho en un tipo penal concreto, incluyendo los tipos de imperfecta ejecución y de autoría y participación, así como advertir si se presenta un tipo de justificación que obligue a la absolución. Acto seguido, como ya se explicó, debe enfocarse la categoría culpabilidad o imputación personal y analizar si se presenta una causal de exclusión de culpabilidad o de exculpación. A continuación debe determinarse la existencia de atenuantes especiales y genéricas, así como de agravantes genéricas, para luego ingresar al punto de la individualización de la pena, en las condiciones previstas en los arts. 45º–46º del Código Penal.

Está claro que el órgano jurisdiccional podrá desvincularse de los términos de la acusación fiscal, en tanto respete los hechos ciertos objeto de acusación fiscal, sin que cambie el bien jurídico protegido por el delito acusado, y siempre que respete el derecho de defensa y el principio contradictorio. Es de entender que una calificación distinta eventualmente puede afectar el derecho de defensa, en tanto puede introducir temas jurídicos y elementos fácticos no discutidos por las partes (de ahí que es central tener presente las conclusiones del Fiscal y de la defensa), por lo que siempre resulta imprescindible que el juzgador pueda tener la posibilidad de llamar la atención de las partes tanto sobre la posibilidad de un cambio en la tipificación cuanto sobre la posible presencia de circunstancias relevantes no abordadas en el curso del debate (*vid.* art. 353º *in fine* del Proyecto de 1995).

La Corte Suprema, en un primer momento, no consolidó un cuerpo de doctrina coherente y principista sobre la materia. Solamente se ha pronunciado, de modo genérico, sobre la amplia posibilidad de desvinculación en orden a la tipicidad que tiene el Tribunal, para lo cual exige (1) una motivación específica que justifique la distinta calificación [473] y (2) que el delito acusado y el delito condenado pertenezcan al mismo rubro. En este último aspecto, constituyen ejemplos de cambio de tipificación los siguientes: **1.** Del delito de homicidio al delito de lesiones seguidas de muerte. **2.** Del delito de robo al delito de encubrimien-

[473] Ejecutoria suprema de 31 de agosto de 1990, Exp. Nº 425–90, Ica.

to, ahora denominado receptación [474]. **3.** Del delito de homicidio simple al delito de homicidio culposo [475]. **4.** Del delito de abigeato al delito de apropiación ilícita [476]. **5.** Del delito de violación de menor al delito de seducción [477]. **6.** Del delito de lesiones seguidas de muerte a homicidio culposo [478]. **7.** Del delito de robo agravado a estafa [479]. En esta última Ejecutoria, el Supremo Tribunal sostuvo que era del caso convalidar la sentencia de instancia que había efectuado tal desvinculación "... en aplicación de los principios de economía procesal y celeridad procesal".

Por otro lado, la Corte Suprema no acepta la desvinculación entre los delitos de robo agravado y tentativa de violación por el delito de lesiones [480], ni del delito de terrorismo por el delito de peligro común [481]. Sí acepta, en cambio, la desvinculación por un delito más grave, como es el caso de tentativa de homicidio simple a tentativa de homicidio calificado [482].

Resulta interesante la Ejecutoria suprema de 25 de abril de 1961, que cambió la tipificación de la sentencia de instancia del delito de falsedad material al delito de estafa, delito este último que había contempla-

---

[474] Para jurisprudencia de estos dos ítems: *Revista Jurídica*, 1955, Lima, p. 256; *Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1955, Lima, p. 606; Ejecutoria de 21 de mayo de 1981, Exp. Nº 1034–81, Ancash (*El Magistrado*, Año 1, Lima, 1981, p. 189); Ejecutoria suprema de 16 de marzo de 1982, Exp. Nº 106–82, Piura (TARAMONA: *Compendio de ejecutorias supremas*, cit., T. III, p. 116).

[475] Ejecutoria suprema de 21 de julio de 1986, Exp. Nº 1335–85, Piura (*Anales Judiciales*, T. LXXIV, Lima, 1986, pp. 237–238).

[476] Ejecutoria suprema de 16 de agosto de 1960 (*Revista del Foro*, Nº 3, Lima, 1960, pp. 290–291).

[477] Ejecutoria suprema de 17 de julio de 1986, Exp. Nº 77–86, Piura (*Anales Judiciales*, T. LXXIV, Lima, 1986, pp. 233–234).

[478] Ejecutoria suprema de 5 de julio de 1976, Exp. Nº 540–76, Arequipa (*Anales Judiciales*, T. LXVIII, Lima, 1976, pp. 463–464).

[479] Ejecutoria suprema de 9 de julio de 1996, Exp. Nº 2364–96, Lima (*Normas Legales*, T. 258, noviembre, 1997, pp. A22–A23).

[480] Ejecutoria suprema de 2 de febrero de 1988, Exp. Nº 891–87, Lima (*Anales Judiciales*, T. LXXVI, Lima, 1988, p. 226).

[481] Ejecutoria suprema de 3 de febrero de 1992, Exp. Nº 1688–91, San Martín (*Normas Legales*, T. 218, julio, 1994, pp. J14–J15).

[482] Ejecutoria suprema de 11 de febrero de 1988, Exp. Nº 906–87, Piura (*Anales Judiciales*, T. LXXVI, Lima, 1988, pp. 149–150).

do en el auto de apertura de instrucción. En ese caso la Corte Suprema declaró que "...siendo uno el hecho por el cual se instruye, ... cuando se trata de acto delictivo de la misma naturaleza, el Tribunal tiene libertad para su calificación legal sin que le obligue la que por su parte haga el Fiscal en su acusación escrita; que por la misma razón el Ministerio Público tampoco está constreñido por los términos del auto que abre instrucción para calificar de acuerdo con éste la acción u omisión punible y señalar los artículos del Código Penal que sean aplicables ..." [483]. Una limitación que ha incorporado estriba en que si previamente se declaró haber lugar a juicio oral por delito de lesiones seguidas de muerte y que no procedía pasar a audiencia por delito de homicidio, ya no puede condenarse por este último delito, pues ello importa la adopción de un criterio contradictorio con la primera resolución [484].

La Corte Suprema, al examinar el grado, ha sentado la doctrina jurisprudencial en virtud de la cual si considera que es errónea la apreciación jurídica de la Sala Penal Superior y del Juez Penal, al momento de calificar los hechos objeto de denuncia, no considera del caso absolver al imputado, sino ordenar la ampliación del auto de apertura de instrucción para que se comprenda el delito que corresponda y se actúen las diligencias propias de la instrucción, en tanto se trata de un delito que tutela un bien jurídico distinto al que se siguió en el proceso [485].

V. EXHAUSTIVIDAD

Una característica esencial de la sentencia, determinante de su eficacia jurídica, es que sea exhaustiva o completa, que debe explicarse y entenderse por sí mismo, sin necesidad de recurrir a los autos; además, debe haber –bajo sanción de nulidad– coherencia entre los fundamentos o motivaciones con lo acontecido en la secuela del procedimiento [486]. La sentencia no

---

[483] *Anales Judiciales*, T. LVI, Lima, 1961, p. 167.

[484] Ejecutoria suprema de 10 de octubre de 1972, Exp. Nº 1298–72, Lambayeque (*Boletín Judicial*, Nº 5–7, Lima, 1972, pp. 308–309).

[485] Ejecutoria suprema de 24 de marzo de 1992, Exp. Nº 1380–91, Lima (*Normas Legales*, T. 235, diciembre, 1995, pp. J34–J35).

[486] Ejecutoria suprema de 15 de enero de 1990 (*Anales Judiciales*, T. LXXVIII, Lima, 1990, p. 143).

debe omitir ninguno de los pronunciamientos precisos para responder a los puntos objeto de acusación y defensa, los cuales deben ser precedidos de la correspondiente motivación; si omite hacerlo, no pronunciándose por uno de los cargos la sentencia es nula [487]. Desde esta perspectiva, la Corte Suprema ha precisado que debe existir correspondencia entre acusación y sentencia, la cual debe limitarse a los hechos que la fundan, por lo que todos los delitos que son materia de la acusación deben ser objeto del juzgamiento [488]. En otro fallo estipuló que es nula la sentencia que no contiene la exposición del hecho delictuoso, la apreciación debida de las pruebas en que se funda la culpabilidad, ni las circunstancias del delito [489].

El juez en un modelo propio del juicio informado por el principio de contradicción en el fallo debe responder dialécticamente a lo propuesto por el Fiscal y lo alegado por la defensa. Desde esta perspectiva, destaca DE LA OLIVA SANTOS [490], es del caso formular dos observaciones:

En *primer lugar*, exhaustividad y motivación están estrechamente implicadas, por lo que no cabe la denominada "desestimación tácita" que consiste en los silencios de la sentencia respecto de cuestiones o puntos planteados por las partes; la Corte Suprema ha declarado que una sentencia sumamente discreta en la enunciación de cargos, valoración de las pruebas y argumentos esgrimidos para absolver a los acusados carece de eficacia jurídica, y, por tanto, debe ser anulada [491].

En *segundo lugar*, si el fallo omite un pronunciamiento que, sin embargo, se encuentra formulado en un fundamento anterior, la parte dispositiva de la sentencia debe entenderse integrada con aquél, tal como lo reconoce el art. 370º del Código Procesal Civil. Por lo demás, los arts. 298º del Código de 1940 y 326º *in fine* del Código de 1991 prescriben que en estos casos no cabe declarar la nulidad del fallo sino completarla

---

[487] Ejecutoria suprema de 14 de mayo de 1991, Exp. Nº 202–90, Ayacucho (*Normas Legales*, T. 208, setiembre, 1993, pp. 391–392).

[488] Ejecutoria suprema de 25 de setiembre de 1943. Exp. Nº 1343–43, Cuzco.

[489] Ejecutoria suprema de 20 de enero de 1989, Exp. Nº 967–88, Huánuco (*Anales Judiciales*, T. LXXVII, Lima, 1989, pp. 219–220).

[490] DE LA OLIVA SANTOS et. al.: *Derecho procesal penal*, cit., pp. 507–508.

[491] Ejecutoria suprema de 8 de setiembre de 1989 (*Normas Legales*, T. 209, 1993, p. 316).

o integrarla, siempre y cuando se trate de una omisión referida a un punto accesorio, incidental o subsidiario.

Constituyen, a mi juicio, casos típicos de complementación o integración, los siguientes: **1.** Cuando en la parte expositiva de la sentencia se indica el nombre del agraviado y en la resolutiva se omite [492]. **2.** Cuando el Tribunal omite indicar expresamente el vencimiento de la pena impuesta [493]. **3.** Cuando el Tribunal en la parte resolutiva del fallo no se pronuncia respecto de la situación jurídica de un encausado, pese a que en la parte considerativa se pronunció porque no está acreditada su responsabilidad penal [494]; un caso exactamente igual se da cuando a la motivación de la imputación en la parte considerativa del fallo se agrega su inclusión en las cuestiones de hecho [495]. **4.** Cuando se ha omitido disponer la expulsión del país del condenado extranjero [496]. **5.** Cuando se ha omitido señalar a favor de quién se ha fijado la reparación civil [497]. **6.** Cuando se omite imponer la inhabilitación como pena accesoria en los supuestos del art. 39º del Código Penal, sanción que se extiende, *en tanto pena tasada*, por igual tiempo que la pena principal [498]. **7.** Cuando luego de absolver al acusado se omite disponer el archivo definitivo del proceso [499]. **8.** Cuando se ha omitido considerar a los agraviados del delito de robo cometido por el procesado pese a que en la parte considerativa del fallo se ha expuesto que se ha probado la responsabilidad del procesado en el delito en perjuicio de los agraviados, lo que

---

[492] Ejecutoria suprema de 13 de agosto de 1990 (*Anales Judiciales*, T. LXXVIII, Lima, 1990, p. 183).

[493] Ejecutoria suprema de fecha 23 de octubre de 1985, Exp. Nº 1041–85, Lima (*Anales Judiciales*, T. LXXIII, Lima, 1985, pp. 295–297).

[494] Ejecutoria suprema de 15 de octubre de 1985. Exp. Nº 1447–85, Junín (*Anales Judiciales*, T. LXXIII, Lima, 1985, pp. 288–291).

[495] Ejecutoria suprema de 27 de diciembre de 1996, Exp. Nº 4532–95–B, Puno (GÓMEZ MENDOZA: *Jurisprudencia penal*, cit., pp. 28–29).

[496] Ejecutoria suprema de 9 de febrero de 1994, Exp. Nº 2745–93, Callao (ROJJASI PELLA: *Ejecutorias supremas penales. 1993–1996*, cit., pp. 438–440).

[497] Ejecutoria suprema de 4 de diciembre de 1995, Exp. Nº 3489–95, Callao (ROJJASI PELLA: *Ejecutorias supremas penales. 1993–1996*, cit., pp. 433–434).

[498] Ejecutoria suprema de 23 de octubre de 1995, Exp. Nº 3205–94–B, Ica (ROJJASI PELLA: *Ejecutorias supremas penales. 1993–1996*, cit., p. 147).

[499] Ejecutoria suprema de 21 de mayo de 1990 (*Anales Judiciales*, T. LXXVIII, Lima, 1990, p. 160).

constituye un error material [500]. **9.** Cuando se ha omitido pronunciarse en la parte resolutiva del fallo respecto a las excepciones, no obstante haberlas analizado en su parte considerativa [501].

Un supuesto, sin duda problemático y opinable, al que la Corte Suprema extendió la facultad de integración, se da en los casos de omisión de la determinación de la reparación civil [502]. En la Ejecutoria suprema de 21 de octubre de 1988 se justificó esta decisión en la "... la economía procesal y celeridad en la Administración de Justicia" [503], argumentos sin duda alguna carentes de sustento normativo, que sólo serían aceptables en la medida en que del tenor del fallo de instancia se advierta con claridad el monto de la reparación civil que se impondría al imputado. En otro fallo se justificó la integración en que la reparación constituye una cuestión accesoria de la sentencia [504]; en una decisión posterior, igualmente, invocó la accesoriedad de la reparación civil y que tal integración era posible "... cuando no afecten el sentido de la misma (sentencia de instancia) [505]. Esta tesis tampoco es aceptable tanto porque la reparación civil tiene entidad propia y debe imponerse al declarar la culpabilidad de una persona –en la medida que se cause un daño resarcible–, cuanto porque el monto de la misma está sujeto a una medida que impide su determinación en instancia única. Resulta de este modo adecuado a lo expuesto que, posteriormente, la Corte Suprema haya variado de criterio, considerando que tal omisión es causal de nulidad del fallo [506].

Otro supuesto problemático es el caso de la integración de un fallo de instancia que omitió señalar el plazo de suspensión de una condena

---

[500] Ejecutoria suprema de 10 de enero de 1989, Exp. Nº 1375–88, Lima (*Anales Judiciales*, T. LXXVII, Lima, 1989, pp. 249–250).

[501] Ejecutoria suprema de 7 de abril de 1998, Exp. Nº 3226–97, Junín.

[502] Ejecutoria suprema de 4 de diciembre de 1985, Exp. Nº 1073–83, Lima (*Anales Judiciales*, T. LXXIII, Lima, 1985, pp. 317–319).

[503] *Anales Judiciales*, T. LXXVI, Lima, 1988, p. 289.

[504] Ejecutoria suprema de 10 de febrero de 1993, Exp. Nº 2003–92, Tacna.

[505] Ejecutoria suprema de 23 de noviembre de 1990, Exp. Nº 1073–90, Lima (*Anales Judiciales*, T. LXXVIII, Lima, 1990, pp. 137–139).

[506] Ejecutoria de 12 de diciembre de 1996, Exp. Nº 4465–95–B (GÓMEZ MENDOZA: *Jurisprudencia penal*, cit., T. III, p. 19).

condicional [507]. Según el art. 57º *in fine* del Código Penal dicho plazo es de uno a tres años, por lo que corresponde al juez fijarlo desde una perspectiva mayormente preventivo especial en orden a la exigencia o finalidad de la condena condicional, esto es, "... dentro de los términos que prescribe el art. 57º del Código Penal, y en atención a la naturaleza y modalidad del hecho punible perpetrado, así como a las condiciones personales de los agentes" [508]. La Corte Suprema consideró que se trata de una cuestión accesoria en tanto que imperativamente debe fijarse al decidir suspender la ejecución de la pena; empero, ello no es un supuesto de accesoriedad, es más bien un requisito necesario o imprescindible que integra el instituto aludido.

De igual manera se da el caso de integración de una sentencia de instancia respecto de las penas de multa que deben imponerse como principales y acumulativamente a la pena privativa de libertad, que es el caso del segundo párrafo del art. 124º del Código Penal. En este supuesto, el Supremo Tribunal ha considerado que cuando se produce una omisión por el tribunal de instancia es posible integrar el fallo, aunque no ha explicitado las razones de esta afirmación [509]. Si se tiene en cuenta, empero, que se está ante una pena principal, que además no es tasada, resulta indebida la integración desde que tampoco puede imponerse una sanción en instancia única y más aún si no tiene carácter accesorio.

También está presente en la jurisprudencia suprema la integración del fallo de instancia cuando la Sala Penal Superior omite fijar el importe de días–multa, conforme al art. 43º del Código Penal [510]. Es de tener presente, sin embargo, que la norma penal invocada no contiene un monto fijo o único, pues el porcentaje varía entre el 25% al 50% del

---

[507] Ejecutorias supremas de 27 de diciembre de 1991, Exp. Nº 745–91, Ica (*Anales Judiciales*, T. LXXIX, Lima, 1991, pp. 318–319); de 30 de diciembre de 1996, Exp. Nº 5121–96, Puno (GÓMEZ MENDOZA: *Jurisprudencia penal*, cit., T. III, pp. 91–92); y, de 9 de octubre de 1997, Exp. Nº 4369–96, Puno.

[508] Ejecutoria suprema de 10 de enero de 1997, Exp. Nº 3992–95, Lima (GÓMEZ MENDOZA: *Jurisprudencia penal*, cit., T. III, pp. 166–167).

[509] Ejecutorias supremas de 28 de abril de 1998, Exp. Nº 1162–98, Cusco; y, de 8 de abril de 1976, Exp. Nº 2094–75, Lima (*Anales Judiciales*, T. LXVIII, Lima, 1976, pp. 432–433).

[510] Ejecutoria suprema de 25 de julio de 1997, Exp. Nº 3770–96, Lima.

ingreso diario del condenado cuando viva exclusivamente de su trabajo. En tal virtud, el problema se presenta con la fijación de una cuantía no sujeta a ulterior impugnación.

Un último supuesto se produce cuando se omite tanto disponer como regla de conducta la reparación del daño causado, cuanto imponer la pena de inhabilitación en los delitos cometidos por funcionarios públicos y contra la administración de justicia: Capítulos II y III del Título XVIII del Libro II del Código Penal, tal como está prevista en el art. 426º del Código Penal [511]. Esta pena, asimismo, es principal y no accesoria [512]; además, dicha pena está sujeta a una dosificación que el juez debe especificar en el caso concreto y que varía entre uno a tres años. Pese a lo dicho anteriormente, sólo sería factible la integración en la medida en que se dicta una pena que no supere a la de privación de libertad y, por otro lado, no aumente de modo significativo la carga lesiva de la sanción inicialmente impuesta.

En materia de integración de fallos, finalmente, resulta muy ilustrativa la Ejecutoria suprema de 3 de julio de 1982. En ella se precisa que es obligación del Tribunal evaluar la prueba, puntualizar la existencia del hecho delictuoso y establecer la irresponsabilidad o la responsabilidad del acusado, y aún más, en este último supuesto, el grado de ejecución del delito. Si las omisiones recaen en estos puntos, señala el Supremo Tribunal, por su propia naturaleza, no son susceptibles de subsanación porque tienen la calidad de ser revisables, por lo que si así se hiciera se quebraría la garantía constitucional de la instancia plural [513].

Por otro lado, la Corte Suprema reconoce la necesidad de motivación y exhaustividad de las sentencias. Al respecto ha establecido que toda sentencia debe presentar una parte introductoria, otra expositiva sobre los hechos, así como otra destinada a la precisión de las pruebas y a la valoración de las mismas, sin perjuicio que el voto singular debe

---

[511] Ejecutoria suprema de 2 de abril de 1998, Exp. Nº 6300–97–B, Ica.

[512] Un error semejante se incurre en la Ejecutoria suprema de 26 de diciembre de 1996, Exp. Nº 5017–96–B (Gómez Mendoza: *Jurisprudencia penal*, cit., T. III, pp. 101–102), al considerar la pena de multa del tipo penal de *receptación* (art. 194º del Código Penal) de accesoria, cuando en puridad es principal.

[513] *El Peruano*, Lima, 12 de julio de 1982, pp. 687–690.

estar debidamente fundamentado bajo los mismos requisitos que el voto de mayoría que forma resolución. Su vulneración, según la Ejecutoria suprema de fecha 26 de marzo de 1998, acarrea la nulidad del fallo de instancia [514]. En la Ejecutoria suprema de 18 de abril de 1970 señaló: "...La motivación de las sentencias constituye una de las garantías de la administración de justicia y al mismo tiempo un mandato constitucional. La motivación es el conjunto de razones de hecho y fundamentos de derecho que explican la razón de ser de una resolución" [515]. En otro fallo, el Supremo Tribunal exigió que en la sentencia condenatoria se debe precisar con claridad absoluta los medios de probanza e indicios concurrentes que debidamente analizados señalan, de manera indubitable, la comisión del hecho punible [516].

VI. EFECTOS DE LA SENTENCIA

1. ASPECTOS GENERALES

En nuestro sistema procesal penal la sentencia tiene efectos en el proceso vinculados a la *cosa juzgada*, cuyo fundamento estriba en la necesidad de que los litigios tengan su fin y la resolución final que en él recaiga sea inimpugnable [517]. No tiene efectos económicos vinculados a las *costas* y a los *costos*, que están radicadas al proceso civil (arts. 410º–419º CPC), con excepción de los procedimientos por *delitos privados*.

Es de recordar, sin embargo, que los efectos de cosa juzgada no sólo comprenden a las sentencias, sino también a toda resolución que pone fin definitivamente al proceso: autos de sobreseimiento definitivo [518], de ahí que no puede condenarse por un delito por el que se declaró improcedencia el juicio oral [519] y los que declaran fundada una excepción,

---

[514] Exp. Nº 717–98, Cusco.

[515] *Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1970, Lima, p. 617.

[516] Ejecutoria suprema de 1 de agosto de 1988 (*Normas Legales*, T. 155, 1988, p. 624).

[517] VIADA / ARAGONESES: *Curso de Derecho procesal penal*, cit., T. I, p. 432.

[518] Incluido el que declara no haber mérito para pasar a juicio oral. Así lo señala la Ejecutoria suprema de 14 de noviembre de 1980, proveniente de Ayacucho (TARAMONA: *Compendio de ejecutorias supremas*, cit., T. II, pp. 81–82).

[519] Ejecutoria suprema de 10 de octubre de 1972, Exp. Nº 916–72, Cusco (TARAMONA: *Compendio de ejecutorias supremas*, cit., T. III, p. 115).

salvo por cierto la de naturaleza de juicio. El inc. 13 del art. 139º de la Constitución incorpora la amnistía, el indulto y la prescripción; empero, cabe acotar que la amnistía y la prescripción es tratada procesalmente como una excepción –art. 5º CPP–, mientras que el indulto es un derecho de gracia que funciona luego de la imposición de una sentencia firme (art. 89º del Código Penal). Por nuestra parte también incluimos el auto que declara sin lugar la apertura de instrucción o investigación formal, en tanto que califica un hecho como irrelevante penalmente.

La Constitución se limita a sostener que la cosa juzgada importa "*la prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada*" (art. 139º.13 Const.), sin embargo no contiene una definición acabada de la institución. Los arts. 5º del Código de 1940 y 8º.3 del Código de 1991, en cambio, la define íntegramente, al sostener que ésta se produce " ...*cuando el hecho denunciado o punible ha sido objeto de una resolución firme nacional o extranjera en el proceso penal seguida contra la misma persona*".

En este orden de ideas, la Corte Suprema ha establecido que la cosa juzgada tiene como requisito indispensable la existencia del fallo definitivo capaz de impedir un segundo juzgamiento por el mismo hecho punible [520]. Sobre el particular ha insistido que la resolución ejecutoriada que constituye cosa juzgada es no sólo el auto de sobreseimiento, sino también el auto que ordena el corte de la secuela del procedimiento por minoría de edad del imputado [521]. Por otro lado, ha sentado la doctrina que los hechos deben ser idénticos, al igual que los agraviados y la persona del encausado, sin que a ello obste la calificación jurídica de los hechos punibles [522]. En una decisión de 2 de mayo de 1994 exige que se trate de una resolución en cuya virtud el órgano jurisdiccional resuelva en forma definitiva, luego de un debate contradictorio y con las garantías del debido proceso [523].

---

[520] Expediente Nº 1522–92, La Libertad; y, Ejecutorias supremas de 30 de marzo de 1993, Exp. Nº 1425–93, Puno, y de 24 de marzo de 1994.

[521] Ejecutoria suprema de 26 de mayo de 1292, Exp. Nº 318–9, Huánuco.

[522] Ejecutoria suprema de 28 de diciembre de 1995, Exp. Nº 3283–95, Lima.

[523] Ejecutoria suprema de 2 de mayo de 1994, Exp. Nº 717–93, Lambayeque (*Normas Legales*, T. 234, noviembre, 1995, pp. J47–J48).

Por consiguiente, la cosa juzgada impide el nuevo castigo y, a su vez, protege contra un segundo proceso, contra una ulterior persecución legal por el mismo hecho y que, a esos efectos, es irrelevante si la primera sentencia era condenatoria o absolutoria, inclusive si la resolución no tiene la calidad de sentencia: sólo requiere que se trate de una resolución ejecutoriada. Sobre el particular, GÓMEZ COLOMER enfatiza que la cosa juzgada aparece como la institución que sirve para que esa resolución y, sobre todo, el proceso como un todo, alcance el grado de certeza necesarios, primero, haciéndole irrevocable en el proceso en que se ha dictado; segundo, dotándole de una impronta especial frente a cualquier otro proceso presente o futuro [524].

La cosa juzgada produce, dentro del proceso, efectos preclusivos y ejecutivos, en cuya virtud la sentencia emitida no está expuesta a ningún ataque desde ningún punto de vista, que es lo que se denomina *cosa juzgada formal*. Por otro lado, la sentencia, a su vez, también produce efectos más allá del proceso en que se dictó (*cosa juzgada material*), en cuya virtud resulta inadmisible que pueda dictarse otra resolución posterior en proceso distinto sobre lo que fue objeto del primer proceso, a la vez que dicha resolución no tiene efectos vinculatorios para el contenido de la resolución que haya de recaer respecto de otras personas [525]. La cosa juzgada material se apoya en el principio *ne bis in idem*.

2. EFICACIA NEGATIVA DE LA COSA JUZGADA PENAL

La sentencia penal tiene especiales connotaciones, que la hacen diferente a la sentencia de otros órdenes jurisdiccionales. En cuanto a la eficacia negativa, CORTÉS DOMÍNGUEZ sostiene que la sentencia penal o la resolución penal firme definitiva impide una nueva sentencia sobre el mismo objeto penal enjuiciado con anterioridad, impide –en suma– que una misma persona sea enjuiciada penalmente dos veces por los mismos hechos [526].

---

[524] En: MONTERO AROCA, Juan; ORTELLS RAMOS, Manuel; GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis; MONTÓN REDONDO, Alberto: *Derecho Jurisdiccional*, 6a. ed., Tirant lo blanch, Valencia, 1997, T. III (*Proceso penal*), p. 385.

[525] BELING: *Derecho procesal penal*, cit., pp. 197 y 200.

[526] En: GIMENO SENDRA *et. al.*: *Derecho procesal penal*, cit., pp. 624.

Esto último significa, al decir de GÓMEZ ORBANEJA, que la cosa juzgada penal importa excluir, como impedimento procesal, un segundo juicio, o en todo caso la condena por el hecho ya juzgado, y respecto de la misma persona [527].

3. EFICACIA POSITIVA DE LA COSA JUZGADA PENAL

La sentencia civil, como se sabe, tiene una función positiva o prejudicial. En cambio esta función no es de recibo en el proceso penal, por cuanto aquí "... no existen relaciones jurídicas que puedan dar lugar a causa jurídico penales prejudiciales y que afecten al mismo sujeto" [528]. Ello significa, acota GÓMEZ ORBANEJA, que el hecho ya juzgado no determina *prejudicialmente* el contenido de la segunda sentencia, ni respecto de otro inculpado –por el mismo hecho– ni del mismo inculpado por un hecho distinto, aun conexo del hecho juzgado o condicionado por él [529].

4. LÍMITES DE LA COSA JUZGADA

Desde el punto de vista *objetivo*, la cosa juzgada se extiende sólo a los hechos que han sido objeto de la acusación y posterior juicio. Las calificaciones efectuadas por el Fiscal e, inicialmente, en el auto de apertura de instrucción o aprobación judicial de la promoción de la acción penal, no integra el objeto procesal, por lo que resulta indiferente la concreta calificación típica. Al respecto CORTÉS DOMÍNGUEZ apunta que "el *ne bis in idem* como exigencia de la libertad del individuo lo que impide es que unos mismos hechos sean enjuiciados repetidamente, siendo indiferente que éstos puedan ser contemplados desde distintos ángulos penales, formal y técnicamente distintos" [530].

Los hechos descritos en la sentencia constituyen el límite objetivo de la cosa juzgada. Esta afirmación se basa, enseña GÓMEZ COLOMER, en un recto entendimiento del principio acusatorio, puesto que en su virtud se exige que el hecho por el que se absuelve o condena a una perso-

---

[527] GÓMEZ ORBANEJA / HERCE QUEMADA: *Derecho procesal penal*, cit., p. 293.

[528] En: GIMENO SENDRA *et. al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 625.

[529] GÓMEZ ORBANEJA / HERCE QUEMADA: *Derecho procesal penal*, cit., p. 293.

[530] En: GIMENO SENDRA *et. al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 626.

na sea el mismo que fue objeto de la acusación, dándose los caracteres esenciales que lo identifican [531].

En consecuencia, apunta DE LA OLIVA SANTOS, hay cosa juzgada, cuando en el segundo proceso aparecen unos hechos que, ellos mismos solos o juntos con otros, fueron juzgados en el primero, aunque se presenten con el aspecto de un delito distinto, si el "objeto normativo" es el mismo: lesiones, en vez de homicidio. Y también debe apreciarse cosa juzgada si el cambio, de un proceso a otro, se refiere a la forma de la autoría o consiste en varias de ésta a la complicidad o al encubrimiento: entra en juego el criterio del "bien jurídico lesionado" o el de la conexión [532].

Desde el punto de vista procesal y, sobre todo, desde la perspectiva de las limitaciones objetivas de la cosa juzgada, el tratamiento de los denominados *casos especiales* presenta las siguientes singularidades: **a)** en cuanto al *delito continuado* (art. 49º del Código Penal), la cosa juzgada cubre todos los hechos homogéneos, comprendidos los realizados con anterioridad al proceso aunque no hubiesen sido objeto de acusación, así como los que hubiesen sido descubiertos con posterioridad; **b)** respecto al *delito habitual* (v. gr.: art. 363º del Código Penal), en la medida en que en estos delitos se castiga la habitualidad, la cosa juzgada afecta a todos los hechos que puedan contribuir objeto de esa habitualidad, aunque no hubiesen sido acusados o conocidos, y se hubiesen producido antes del proceso; **c)** en lo atinente al *concurso ideal* (art. 48º del Código Penal), se entiende que aunque la acción sea unitaria, los hechos son distintos.

Desde el punto de vista *subjetivo*, la cosa juzgada despliega sus efectos sólo y exclusivamente sobre la persona del acusado. En consecuencia, no hay extensión subjetiva de la eficacia de la cosa juzgada penal, pues de lo contrario no habría certeza y seguridad jurídicas.

La persona del acusador, señala GÓMEZ COLOMER, no juega ningún papel en la identidad subjetiva [533]. La Corte Suprema ha establecido que "...la identidad de persona, respecto de la cosa juzgada, se refiere

---

[531] En: MONTERO AROCA *et. al.*: *Derecho Jurisdiccional,* cit., T. III (*Proceso penal*), ed. 1997, p. 388.

[532] DE LA OLIVA SANTOS et. al.: *Derecho procesal penal,* cit., p. 531.

[533] En: MONTERO AROCA *et. al.*: *Derecho Jurisdiccional, cit.,* T. III (*Proceso penal*), ed. 1997, cit., p. 388.

sólo a la del procesado y no a la parte acusadora" [534]. Desde esta perspectiva la función negativa de la cosa juzgada está concebida para evitar que una misma persona se vea sometida o sujeta más de una vez a un proceso en virtud de unos mismos hechos.

VII. PERSPECTIVAS ACTUALES DE LA CORRELACION ENTRE ACUSACIÓN Y SENTENCIA

Reciente jurisprudencia del Supremo Tribunal, que luego analizaremos, ha puesto sobre el tapete de la discusión el deber de correlación entre la acusación y la sentencia. Sobre el particular, desde ya, es del caso puntualizar, en primer lugar, que este deber sienta sus bases en el *derecho de defensa* y, consecuentemente, en los principios *acusatorio*, en orden a garantizar la imparcialidad judicial, y de *contradicción*, en orden a que las partes, en especial el imputado, puedan reaccionar con medios procesales adecuados (alegaciones, medios de prueba, etc.); en segundo lugar, que este deber no ha sido formulado expresamente en un precepto procesal, sino que se deduce de lo dispuesto en los arts. 298º.3 del Código de 1940 y 325º.2 del Código de 1991; y, en tercer lugar, que constituye, como apunta ORTELLS RAMOS, un límite a la potestad de resolver referido al objeto del proceso, al hecho enjuiciado [535].

El análisis de las dos normas citadas requiere integrarlas con lo dispuesto en la Constitución. En tal sentido, debe tenerse en consideración: **a)** el derecho fundamental de defensa en juicio (art. 139º.14), que impide válidamente que el juez resuelva sobre algo que no ha sido objeto de contradicción; **b)** el derecho a ser informado de la acusación (art. 139º.15), que es previo al anterior pues la contradicción efectiva requiere el previo conocimiento de los cargos, sobre los cuales se ha de estructurar la defensa; y, **c)** el derecho a un debido proceso (art. 139º.3), que exige, globalmente, que el sujeto pasivo de una acusación ha de poder conocer y contradecir en el juicio, tanto el fundamento fáctico, como la justificación jurídica de la misma, de modo que infringiría este derecho

[534] Ejecutoria suprema de 24 de abril de 1975, Exp. Nº 4–75 (*Boletín Judicial*, Año IV, Nº 16, Lima, 1975, pp. 83–84).

[535] ORTELLS RAMOS, Manuel: *El proceso penal abreviado*, Comares, Granada, 1997, p. 155.

que la sentencia de pronunciara sobre una acusación respecto a la cual lo anterior no hubiera sido previamente garantizado [536].

La jurisprudencia española, por ejemplo, ha establecido que esos derechos no son vulnerados si se mantiene, según ya se ha expuesto por nosotros en el capítulo sobre objeto procesal, la identidad del hecho punible entre la acusación inicial y la sentencia y, aunque varíe la calificación jurídica, siempre que los tipos de delito sean homogéneos, en el sentido de que todos los elementos del tipo por el que se condene estén comprendidos en el tipo del que se acusó y, consiguientemente haya podido haber defensa respecto a los mismos. En caso que el tipo que se estime correcto sea más grave que el acusado, el tribunal deberá someterlo previamente a debate, situación última que se extiende a la apreciación de oficio de circunstancias agravantes y otros elementos agravatorios [537].

Es de tener presente que la homogeneidad entre el tipo de delito afirmado por el fiscal y el tipo de delito que afirme la sentencia es del todo aceptable porque es índice de la coincidencia de los elementos de hecho esenciales para los diferentes tipos de delito que se han barajado en el proceso [538].

Adicionalmente, se exige que la desvinculación cumpla otros dos requisitos: 1) Que el órgano jurisdiccional no altere los hechos aducidos en el proceso; y, 2) Que el órgano jurisdiccional, al desvincularse, fije una sanción dentro de los márgenes de la pena correspondiente al tipo penal que resulta de la calificación de los hechos formulada en la acusación y debatida en el proceso: ¡no se puede imponer una pena mayor que la correspondiente al delito efectivamente imputado! La desvinculación, entonces, se encuentra prohibida, apunta GIMENO SENDRA, cuando afecta la homogeneidad del bien jurídico y cuando por su carácter sorpresivo produce una efectiva indefensión material [539].

Lo expuesto hasta aquí sólo se refiere a los actos de los acusadores. Sin embargo, señala ORTELLS RAMOS, los actos de la defensa no estable-

---

[536] Así se ha pronunciado, por lo demás, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el *"Caso Deweer"*, en su Sentencia de 27 de febrero de 1980.

[537] ORTELLS RAMOS: *El proceso penal abreviado*, cit., p. 182.

[538] ORTELLS RAMOS: *El proceso penal abreviado*, cit., p. 188.

[539] GIMENO SENDRA *et. al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 215.

cen ninguna limitación a la potestad de resolver, en el sentido de que el acusado puede ser absuelto o condenado a una pena más leve, sin que los elementos fácticos o jurídicos que conducen a una resolución en ese sentido hayan sido formalmente alegados en las calificaciones de la defensa y sin que eventuales reconocimientos de puntos de las calificaciones de los acusadores vinculen al órgano jurisdiccional [540].

Reciente jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema ha establecido la posibilidad de desvinculación invocando al efecto lo que ha denominado *principio de determinación alternativa.* Sobre esa base, y sosteniendo que el citado "principio", que cumple similar papel que el principio *iura novit curia* del derecho privado (*aunque esa afirmación, en sus propios términos, no es correcta*), se encuentra indisolublemente unido a los principios de legalidad penal, de instrucción o de la verdad real y de economía y celeridad procesal, señala los siguientes presupuestos del mismo: **a)** homogeneidad del bien jurídico; **b)** inmutabilidad de los hechos y las pruebas; **c)** preservación del derecho de defensa; y, **d)** coherencia entre los elementos fácticos y normativos para realizar la correcta adecuación al tipo [541].

Es de anotar que desde esa perspectiva no es de cuestionar la desvinculación **(1)** de un delito de robo agravado a un delito de estafa, **(2)** de un delito robo agravado a un delito de hurto agravado [542], **(3)** de un delito lesiones graves a un delito de lesiones leves [543], **(4)** de un delito de robo a un delito de hurto agravado [544], y **(5)** de un delito de robo agravado a un delito de robo [545]. Empero, no tiene asidero agravar la

---

[540] En: MONTERO AROCA *et. al.*: *Derecho Jurisdiccional*, cit., T. III (*Proceso penal*), ed. 1997, p. 332.

[541] Véase las Ejecutorias supremas de 18 de junio y de 7 y 8 julio de 1998, recaídas en los Expedientes Nº 1810–98–Lima, Nº 2101–98–Lambayeque y Nº 2158–98–Jaén, respectivamente.

[542] Ejecutorias supremas de 10 de diciembre y de 26 de agosto de 1997, Exp. Nº 5358–97– Amazonas y Nº 5976–96–Apurímac, respectivamente.

[543] Ejecutoria suprema de 27 de noviembre de 1997, Expediente Nº 5263–97, Lima.

[544] Ejecutoria suprema de 4 de setiembre de 1997, Expediente Nº 260–97, Callao.

[545] Ejecutorias supremas de 5 de setiembre de 1997, Exp. Nº 1256–97, Lima–Cono Norte; y, de 1 de diciembre de 1997, Exp. Nº 5556–97, Lima.

situación jurídica del imputado, por violar su derecho de defensa, al calificar un hecho por un tipo penal más grave, como es el caso de robo simple a robo agravado [546] o de homicidio simple a asesinato [547].

El Tribunal Constitucional, en *el "Caso Pedro Terrones Casas y otros"*, ha impuesto un límite preciso a la desvinculación, sobre la base del debido proceso y de la garantía de la jurisdicción predeterminada por la ley. Ha señalado, primero, que tal posibilidad se encuentre prevista en la ley; y, segundo, que el delito objeto del fallo se encuentre sometido a la competencia del órgano enjuiciador: no es posible que un tribunal especial antiterrorista condene por un delito ordinario, no exceptuado [548].

Es claro, aunque no se expresa en los fallos citados, que el término *determinación alternativa* ha sido tomado de la dogmática alemana, aunque se le ha calificado incorrectamente de *principio*, lo que sólo constituye una excepción al principio del *in dubio pro reo* y es tratado como un tema que puede tener colisión con la función de garantía de la ley penal y que en todo caso supone una concepción limitada de dicha teoría, cuyo reconocimiento constituye, según uniforme doctrina germana, una transacción entre las ideas de seguridad y de justicia en un Estado de Derecho.

JESCHECK apunta que la *determinación alternativa*, en tanto excepción al principio "*in dubio pro reo*", procura evitar absoluciones injustas, de suerte que bajo ciertas condiciones se condena por la ley que imponga una pena menos grave con una fundamentación alternativa de los hechos [549]. Para aplicarla se ha de tomar en cuenta, entre otros factores, que la condena por el tipo alternativo se ajuste a la amenaza más leve, la que se debe apreciar en concreto; esto es, como dice MAURACH, aplicando aquella ley que deje en concreto, en un caso determinado, en una situación más favorable al imputado [550].

---

[546] Ejecutoria suprema de 12 de enero de 1998, Expediente Nº 4860–97–Huánuco.

[547] Ejecutoria suprema de 23 de marzo de 1998, Expediente Nº 205–98–Ucayali.

[548] STC de 14 de julio de 1997, Expediente Nº 942–96–HC/TC.

[549] JESCHECK, Hans–Heinrich: *Tratado de Derecho penal. Parte general*, Bosch, Barcelona, 1981, Vol. I, p. 199.

[550] MAURACH, Reinhart; GÖSSEL, Karl; ZIPF, Heinz: *Derecho penal. Parte general*, Astrea, Buenos Aires, 1995, T. I, p. 170.

La jurisprudencia alemana permite la determinación alternativa en los siguientes casos: entre diversas especies de hurto; entre hurto y receptación; entre apropiación ilícita y estafa; entre robo y extorsión; entre perjurio y declaración jurada falsa, etc. Es de aclarar, en primer lugar, que los reproches alternativos deben ser –según la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal Alemán (BGH)– equiparables desde un punto de vista ético jurídico y psicológico; y, en segundo lugar, que las alternativas deban ser puestas de conocimiento del imputado, para evitar que se afecte su garantía de seguridad jurídica [551].

Al respecto, aclara MAURACH, que no es de rigor tratar la determinación alternativa en los supuestos de los grados del delito y de los tipos residuales. Si existe relación gradual: delito básico y delito agravado, se aplica el principio del *in dubio pro reo* si sólo está plenamente probado el tipo básico, por cuanto el comportamiento más grave significa un aumento respecto del menos grave. Desde esta misma perspectiva, en los tipos residuales cuando no se puede precisar si el autor actuó dolosa o culposamente, habiendo certeza de que ha existido, al menos, culpa, puede condenarse por este último [552].

Según se ha puntualizado, el problema de la desvinculación afecta la noción objeto procesal y debe analizarse a la luz del derecho constitucional de defensa y los principios acusatorio y de contradicción. Desde esta perspectiva es de advertir, en principio, que, más allá de la denominación utilizada por la Corte Suprema, debe evitarse sorpresas al imputado, así como modificar los hechos imputados, alterar el bien jurídico y, sobre todo, imponer una solución más gravosa. La última prohibición es exigida por la jurisprudencia germana y la española, que lamentablemente no sigue la nuestra, lo que le resta legitimidad.

Es de asumir que una amplia posibilidad desvinculatoria, aunque interpretada restrictivamente por los problemas que trae consigo a las garantías procesales, sólo puede ejercerse si previamente se pone en conocimiento al imputado de tal posibilidad y siempre que la modificación pretendida de uno u otro modo haya formado parte del debate contradictorio, pues de lo contrario el factor sorpresa lesiona irreme-

---

[551] JESCHECK: *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., Vol. I, pp. 199 y 202.

[552] MAURACH *et. al.*: *Derecho penal. Parte general*, cit., T. I, pp. 168–169.

diablemente la vigencia de la inviolabilidad de la defensa en juicio. La absoluta falta en nuestro sistema vigente de normas imperativas que ordenen poner en discusión de las partes procesales una posible desvinculación impide un uso amplio de esta técnica, salvo que pretorianamente e invocando directamente las normas constitucionales tal mecanismo procesal se haga efectivo. Es de insistir que de mediar un cambio repentino en la tipificación de los hechos objeto del proceso penal, sin que al menos tal posibilidad haya sido invocada por la defensa o tratada de algún modo en el curso del debate, sin duda alguna se vulnera el derecho constitucional de defensa. Por ello es que carece de base invocar la determinación alternativa y aludir como un requisito intrínseco de la misma la preservación del derecho de defensa, omitiendo acudir al mecanismo arriba enunciado, que por lo demás está previsto en la legislación alemana, fuente de la jurisprudencia nacional, y en la legislación española, tal como se propone en estas líneas (véase al respecto los arts. 265º.1 de la OPP alemana y 733º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española).

En esta misma línea llama la atención que la Corte Suprema luego de haber sostenido que "...la tipificación efectuada por el Fiscal no constriñe al órgano jurisdiccional en la expedición de su fallo, dado que está en capacidad de calificar, dentro de la figura genérica, el ilícito penal materia de juzgamiento, sin limitaciones provenientes de la acusación fiscal: se trataba de un caso de homicidio en que el fiscal acusó por delito de abandono de personas en peligro [553]; en la Ejecutoria suprema de 30 de setiembre de 1997 [554], se estipula que el Fiscal Superior no puede acusar por homicidio culposo si el auto apertorio de instrucción es por delito de homicidio simple, dado que esta última resolución define el curso de la investigación judicial en su desarrollo como en su conclusión, por lo que inevitablemente debe acudirse a la ampliación de la citada resolución.

Es de tener presente que un concepto tan amplio de la "*determinación alternativa*" se fractura en este extremo, sin el menor fundamento correlativo a la opción asumida, puesto que si en la etapa intermedia se exige modificación obligatoria del auto de procesamiento con mayor

[553] Ejecutoria suprema de 6 de abril de 1978, Exp. Nº 1837-77, Junín.

[554] Exp. Nº 4260-96, Lima (*Normas Legales*, T. 262, marzo, 1998, pp. A22-A23).

razón debe hacerse en la etapa de enjuiciamiento, tanto más si con el desarrollo del juicio se superan los obstáculos derivados de la posible sorpresa lesiva al derecho de defensa. Otra cosa sería si el Tribunal no está de acuerdo con la calificación menos grave del Fiscal, en cuyo caso es obvio que deberá acudir al mecanismo del control jerárquico, para definir los ámbitos en que se desarrollará el juicio oral, ello porque la justicia penal es persecutoria y compete el Ministerio Público instar la acción de la justicia penal sobre determinadas coordenadas, que a su vez debe tener en consideración la posición de la defensa.

Se terminó de imprimir en los
Talleres Gráficos de Editora Jurídica Grijley,