

CÉSAR E. SAN MARTÍN CASTRO

DELITO Y PROCESO PENAL

NUEVAS PERSPECTIVAS A CINCO
INSTITUCIONES PENALES



Primera edición: octubre 2017

© CÉSAR E. SAN MARTÍN CASTRO

DELITO Y PROCESO PENAL

NUEVAS PERSPECTIVAS A CINCO
INSTITUCIONES PENALES

© **Jurista Editores E. I. R. L.**

Jr. Miguel Aljovín N.º 201 Lima-Perú
Teléfonos: 427-6688 / 428-1072 / 426-6303

Tiraje: 1000 ejemplares

© Derechos de autor reservados conforme a Ley.
Prohibida la reproducción de este libro por cualquier
medio, total o parcialmente, sin autorización expresa
del autor.

Hecho en el Depósito Legal en la Biblioteca
Nacional del Perú N.º: 978-612-4366-25-3

ISBN N.º: 2017-12263

Diagramación: Carlos García

CONTENIDO

PRÓLOGO	7
---------------	---

PRUEBA ILÍCITA E INUTILIZACIÓN PROBATORIA

I. PRELIMINAR.....	9
II. REFERENCIAS NORMATIVAS (Individualización de las prohibiciones probatorias).....	18
III. RÉGIMEN NORMATIVO	33

EL PRINCIPIO DE ORALIDAD EN EL PROCESO PENAL

I. ASPECTOS GENERALES.....	79
II. ORALIDAD Y PROCEDIMIENTO PROBATORIO	96
III. ORALIDAD Y FORMACIÓN DE LA CAUSA.....	119
IV. ORALIDAD Y REALIDAD PROCESAL.....	125

DILIGENCIA DE ALLANAMIENTO Y REGISTRO

I.	DILIGENCIA DE ALLANAMIENTO. CONCEPTO.....	135
II.	FINALIDAD.....	139
III.	ELEMENTOS SUBJETIVOS.....	140
IV.	OBJETO MATERIAL.....	144
V.	REQUISITOS FORMALES	151
VI.	CONSENTIMIENTO.....	156
VII.	EL ESTADO DE NECESIDAD	158
VIII.	EL ALLANAMIENTO EN FLAGRANCIA DELICTIVA O DE INMINENCIA DELICTIVA.....	159
IX.	LOS ALLANAMIENTOS INCONSTITUCIONALES	164

DECOMISO E INCAUTACIÓN

I.	DECOMISO.....	167
II.	INCAUTACIÓN INSTRUMENTAL.....	182
III.	INCAUTACIÓN CAUTELAR.....	188
IV.	PRESUPUESTOS DE LA INCAUTACIÓN	190
V.	OTROS TEMAS VINCULADOS	196

VÍCTIMA Y PROCESO PENAL EN EL PERÚ

I.	ASPECTOS GENERALES.....	199
II.	VÍCTIMA Y REPARACIÓN	214
III.	VÍCTIMA E INTERVENCIÓN PROCESAL.....	225
	BIBLIOGRAFÍA	233

PRÓLOGO

I

El presente libro titulado DELITO Y PROCESO PENAL. NUEVAS PERSPECTIVAS A CINCO INSTITUCIONES PROCESALES, es un aporte, espero novedoso, de diversos temas trascendentes que se encuentra inspiradas en el Código Procesal Penal de 2004, aprobado por Decreto Legislativo número 957. Era importante, luego de emitirse “un paquete” de Decretos Legislativos por este gobierno que modifican diversas instituciones procesales, dedicarse a pensar acerca de las instituciones modificadas, desde el punto de vista teórico y práctico.

En esta obra presento cinco artículos en materia procesal penal en los que resalto algunos cambios de perspectiva dogmática. En este sentido, la ocasión para recopilar y sistematizar dichos artículos, es una oportunidad para compartir nuestro razonamiento a través de ideas precisas que analizan con rigor dogmático cinco instituciones del Derecho Procesal Penal: Prueba ilícita e

inutilización probatoria, principio de oralidad en el proceso penal, diligencia de allanamiento y registro, decomiso e incautación, y víctima y proceso penal en el Perú. Cada uno de ellos nos ayudará a orientarnos y a entender de una mejor manera las instituciones que contiene este libro.

II

En el primer capítulo, prueba ilícita e inutilización probatoria, abordo 3 ítems: parte preliminar, referencias normativas y régimen normativo. Destaco de esta institución que la prueba ilícita, en nuestro ordenamiento, tiene como efecto jurídico su inutilización que es un tipo de invalidez o ineficacia, una suerte de sanción procesal que se diferencia de la nulidad.

En el capítulo segundo, el principio de oralidad en el proceso penal, estudio: aspectos generales, oralidad y procedimiento probatorio, oralidad y formación de la causa, oralidad y realidad procesal. En este punto establezco, como aspecto esencial, que el principio de oralidad es la disposición base del proceso jurisdiccional penal, es nuestra fórmula esencial en la materia: juicio oral, público y contradictorio. Tanto nuestro legislador como el derecho internacional de derechos humanos, así lo reconocieron.

En el tercer capítulo, diligencia de allanamiento y registro, examino 9 sub temas: concepto de la diligencia de allanamiento, finalidad, elementos subjetivos, objeto material, requisitos formales, consentimiento, estado de necesidad, allanamiento en flagrancia delictiva o de inminencia delictiva, y allanamientos inconstitucionales. En este capítulo resalto, como novedoso, el cambio legislativo, que abre la puerta para que la persona

jurídica, con responsabilidad penal, pueda ser objeto de medidas de allanamiento y, en general, de búsqueda o restricción de derechos.

En el capítulo cuarto, decomiso e incautación, indago 5 puntos: decomiso, incautación instrumental, incautación cautelar, presupuestos de la incautación, y otros temas vinculados. En esta parte analizo el tema del decomiso a partir de la modificación de artículo 102 del Código Penal, modificado por Decreto Legislativo n.º 1351, de 7 de enero de 2017, que modifica e incorpora cuatro instituciones diferenciadas, pero sin definirlas: objetos del delito, instrumentos del delito, efectos del delito y ganancias del delito. Su precisión es importante, en tanto que no existe una concepción pacífica sobre la materia. En la incautación instrumental, destaco que no es posible incluir en la noción de cuerpo de delito a los instrumentos del delito porque estos integran el decomiso y son objeto de la incautación cautelar.

En el quinto capítulo, víctima y proceso penal en el Perú, evalúo: aspectos generales, víctima y reparación, víctima e intervención procesal. Un aspecto relevante, en este capítulo, es lo relacionado con dos decisiones emitidas por la Corte Suprema, que neutralizan la intervención de la víctima en el proceso penal y niegan su condición de parte procesal. Decisiones que no comparto por apartarse de las modernas tendencias sobre la víctima y de la garantía de la tutela jurisdiccional.

III

Para finalizar esta presentación, expreso mi amor y reconocimiento a mi esposa María del Rosario Villaverde, y a mis hijos César y Diego, a quienes les debo el apoyo brindado sin el cual no hubiera

sido posible la culminación de esta obra. También quiero expresar mi gratitud a los doctores Alexander Germán Sánchez Torres y Leyla Caruajulca Aguilar, su buena voluntad en apoyarme en esta obra.

Lima, octubre de 2017

CÉSAR SAN MARTÍN CASTRO

Juez Supremo Titular de la Corte Suprema de Justicia

PRUEBA ILÍCITA E INUTILIZACIÓN PROBATORIA

(APUNTES BÁSICOS)

1. El interés en una persecución penal eficiente se enfrenta hoy frecuentemente con los derechos del ciudadano individual. Acerca de este conflicto trata, precisamente, el tema de las prohibiciones probatorias.
2. Las prohibiciones probatorias constituyen un parámetro acerca de en qué medida se realiza el Estado de Derecho y en qué medida subsiste.

EBERHARD STRUENSEE

I. PRELIMINAR

- A. La operación mediante la cual una determinada *fuerza-medio* de prueba es excluida del procedimiento y de la valoración del juzgador, es decir, no puede utilizarse –aun a costa de serios riesgos para el principio de averiguación de la verdad (*Wahrheitserforschung*)–, ha sido designada de distintas maneras: “prohibiciones probatorias”, “prueba prohibida”, “exclusiones probatorias” o “prueba ilícita”. En todo caso, se trata de que el principio de averiguación

de la verdad cede frente a otros principios en conflicto [GUARIGLIA]. Las consecuencias jurídicas pueden variar de denominación, según la opción del legislador (inexistencia, nulidad, exclusión, ineficacia, invalidez, inutilizabilidad, etc.), pero todas ellas hacen referencia a que las pruebas así obtenidas —el dato probatorio consiguiente— no pueden tener valor alguno en el proceso [GÁLVEZ MUÑOZ]. Los jueces son los destinatarios últimos de esta regla, de carácter imperativo o de *ius cogens*; y, por tanto, deben declarar la inutilizabilidad de las pruebas ilícitas.

El concepto y la búsqueda de la verdad material —deber de verdad— es un valor que el proceso debe asumir —tiene además una función procesal supraordenatoria— (la prueba judicial se endereza a comprobar la verdad o falsedad de afirmaciones sobre hechos relevantes para la causa). Así, se sostiene: primero, que la indagación de la verdad es el objetivo del proceso penal, aun cuando ella parezca inalcanzable; segundo, que el ordenamiento procesal penal entiende por verdad aquel suceso procesal concreto que ha sucedido en la realidad; y, tercero, que el ordenamiento constitucional obliga a la judicatura a defender la justicia y, por tanto, reconoce que una decisión judicial solo será justa si el presupuesto de hecho sobre el cual se basa ha sido indagado en cuanto a su veracidad [GÖSSEL]. Estas son las premisas básicas del proceso penal del *civil law*.

Sin embargo, de ello no se deduce que corresponde dar primacía absoluta al interés público en la represión de la criminalidad y en el mantenimiento de la paz social —o seguridad ciudadana—, pues la justicia envuelve el respeto de

los derechos individuales de las personas, de suerte que negar esto último contradice un modelo procesal-constitucional, comprometido no solo con ese valor de averiguación de la verdad sino, también (y de modo condicionante), con la defensa de los derechos [GASCÓN].

Es verdad que el tipo de razonamiento que el juez lleva a cabo en relación con los hechos tiene la forma de una inducción, o sea, que el paso de las premisas a la conclusión no tiene un carácter necesario (como ocurre con los argumentos deductivos) sino meramente probable —probabilidad cualitativa, lógica, no cuantitativa o estadística—, aunque lo verdaderamente importante es la naturaleza de las premisas; es decir, (i) tomar conciencia de las debilidades y fortalezas que cabe atribuir a cada uno de los medios de prueba, de los que dependen los hechos probatorios enunciados en las premisas de carácter individual; (ii) la necesidad de contar con un enunciado general (una máxima de experiencia), al que por razones materiales será del caso otorgarle un mayor o menor peso; o (iii) la existencia de una variedad de enunciados que exigen tratamientos diferenciados, según se afirman hechos externos o psicológicos, o se refieran a hechos determinados valorativamente [ATIENZA].

Por consiguiente, solo la verdad obtenida con el respeto de las reglas básicas del ordenamiento jurídico —constitucional y procesal— “puede estimarse como jurídicamente válida [pues este] delimita el camino a seguir para obtener conocimientos judicialmente válidos [de lo contrario] no solo que su ‘verdad’ resulte sospechosa, sino que ni siquiera puede ser tomada en consideración” [VIVES ANTÓN]. Esta

concepción, como plantea un sector de la doctrina, parte de una relación estricta entre Derecho Penal y Derecho Procesal Penal, de suerte que si el primero persigue que la punición pueda ejercer la influencia sobre la conducta futura de quien lesiona el Derecho y de los miembros de la comunidad jurídica, actuando sobre su motivación –legitimación acorde con la finalidad preventiva del Derecho Penal–; el Derecho Procesal Penal. Las reglas del proceder, no puede contradecir sistemáticamente, al realizar el derecho material, sus posibilidades y fines preventivos. De ahí que en el derecho probatorio este postulado limita la obtención y la valoración de la prueba: “quien quiere combatir el ilícito, no puede cometer ilícitos con esa finalidad” [STRUENSEE].

Así las cosas, cuando por razones constitucionales o de orden público democrático –con fundamento en la ley ordinaria– se declara la inutilización o exclusión de ciertas pruebas, en realidad se ordena fundar una decisión en contra de los hechos –la verdad verdadera–. Asumiendo tal exigencia, se reconoce que la “verdad judicial” de los hechos significa que las hipótesis acerca de los hechos en litigio –esto es, el comportamiento que se imputa al acusado– están apoyadas por inferencias racionales basadas en medios de prueba (i) relevantes –estándar lógico, de acuerdo con el cual se deben aceptar aquellos medios de pruebas que mantienen una conexión lógica con los hechos en litigio– y (ii) admisibles –criterios jurídicos de admisibilidad– [TARUFFO].

A todo ello, debe reconocerse que la regla del *in dubio pro reo* funciona de manera similar, pero es una regla de distribución de la carga de la prueba, no de su valoración. No obliga

a interpretar como verdaderas circunstancias dudosas que benefician al imputado, aunque en su propio interés impide establecer consecuencias jurídicas perjudiciales para él [VOLK]. La presunción de inocencia, en tanto se le entienda como una directiva procesal interna, y el *in dubio pro reo* deben ser complementados con los principios reguladores del Derecho penal material y, dentro de ellos, (i) con la expectativa de su eficacia preventivo-general, entendida como estabilización de la confianza jurídica del pueblo, que requiere fallos con autoridad, desde el Derecho; y, (ii) con el respeto del principio de culpabilidad, en tanto que la sentencia contiene un juicio normativo que mide a la persona a un nivel de exigencia social de lo típico y normal —la responsabilidad no se comprueba, se imputa—.

Por ello existe un componente subjetivo del concepto de verdad, que descansa en el juez —de las numerosas imágenes de la realidad posibles, la Ley se decidió expresamente por uno: la representación de la verdad del juez; él debe valorar la prueba, no el legislador a través de las normas sobre la prueba—. De ahí que se exige, en todos los ordenamientos, el convencimiento del juez, que es un elemento necesario para una legitimación normativa basada en valores jurídico-materiales, no solo en representaciones procesales de la justicia [VOLK]. Pero, en todo caso, la verdad sobre el hecho es aprehendida, no construida por el juez; él tiene el deber de alcanzar la verdad; su imagen de la verdad debe corresponder a la existencia de la propia verdad, entendida como aquel suceso procesal concreto que ha sucedido en la realidad [GÖSSEL]. Debe quedar claro, por lo demás, que el sentido de la jurisdicción no puede ser otro que el de

procurar hacer justicia por medio del derecho, el cual ha de ser entendido como una práctica compleja guiada por fines y por valores (que, naturalmente, no son ajenos a las normas) [ATIENZA].

- B. El ordenamiento jurídico prevé una categoría de casos de exclusión de medios de prueba fundada en intereses en principio distintos al afianzamiento de la búsqueda de la verdad. Las reglas jurídicas que gobiernan la prueba pueden tener varias finalidades u objetivos: a) epistemológicas, que propician la averiguación de la verdad; b) prácticas, que buscan resolver autorizadamente el conflicto que dio origen al proceso; y, c) ideológicas, que tutelan valores extraprocesales relevantes [GASCÓN]. Se trata, en este último supuesto, de: 1.º Casos de no-admisión de prueba en virtud de la tutela de intereses ajenos al procedimiento penal concreto (v. gr.: secreto profesional: artículos. 2.18 C. y 165.2 del CPP). 2.º Casos de exclusión de prueba ilícitamente adquirida por la persecución penal, es decir, fuente-medio de prueba obtenida mediante la lesión de una disposición legal (constitucional o de derecho común) aplicable al acto de recolección de pruebas en cuestión (v. gr.: confesión bajo violencia: artículo 2.24.h Const. y 71.2.e del CPP, documentos que contienen declaraciones anónimas: artículo 184.3 CPP) [GUARIGLIA].

El derecho no trabaja de forma inescrupulosa empíricamente, sino que toma en consideración otros intereses y costos normativos, la amenaza de pérdidas y perjuicios en otros lugares [VOLK], pero siempre bajo una premisa: si se lesiona la legalidad que rige la persecución penal, “se

prefiere la falta de esclarecimiento del hecho, al sacrificio de las libertades fundamentales” [CHAIA]. En esa línea, la sentencia Montenegro (10-12-1981) de la Corte Suprema de Argentina, estableció que otorgar valor al resultado de una conducta delictiva o ilícita de la autoridad y apoyar sobre él una sentencia judicial, “[...] no solo es contradictorio con el reproche formulado, sino que compromete la buena administración de justicia al pretender construirla en beneficiaria del hecho ilícito”.

Estas reglas jurídicas, en suma, persiguen, fundadamente, justificar esos valores que se estiman dignos de protección —aun cuando son contraepistémicas [TARUFFO]—, y por eso es que razonablemente limitan o restringen la esfera de las reglas de racionalidad empírica, por lo que cualquier debilitamiento en su realización es, desde el punto de vista jurídico, censurable [GASCÓN], aunque es de considerarlas, en la mayoría de los casos, como una excepción a la regla general: “cualquier prueba relevante debe considerarse admisible y útil” [BENTHAM]. La medida y el punto de equilibrio entre ambos valores son cuestiones que solo pueden ser resueltas caso a caso, en función de las elecciones políticas realizadas por el legislador [TARUFFO]. Así las cosas, sentencia HASSEMER: “*La averiguación de la verdad, entendida de modo incondicional, no es la meta última y decisiva del proceso penal. Es más bien la obtención formalizada de la verdad o el acceso a la verdad a través del respeto a los derechos fundamentales. El juez descubre la verdad forense*”.

La ilicitud de las pruebas no tanto tiene una base epistemológica sino que es una garantía de carácter

práctico. Está dirigida sustancialmente a evitar resultados que se consideran (y con toda razón) indeseables; esto es, que la policía, la fiscalía, etc., incurran en comportamientos atentatorios de los derechos de los individuos (lo que ocurriría si no hubiese límites estrictos en cuanto a cómo obtener las pruebas) [ATIENZA].

Por lo demás, afirmar la ilicitud de la prueba y su consecuente inutilización no implica sostener que los hechos descubiertos no existieron en la realidad o que son otros distintos, sino que no sirve para darse por judicialmente acreditados, no puede sustentar una prueba válida (STCE 161/1999, de 27-9-1999). Tal distinción, en todo caso, es útil respecto a los casos en que, como consecuencia de ello, se descubra una persona herida o bienes intrínsecamente delictivos (v. gr.: STSE de 8-11-1999), pues no se puede permitir consecuencias absurdas, entrañando, incluso, en ocasiones, la infracción del ordenamiento jurídico [RUIZ VADILLO].

Resulta evidente, entonces, que la prohibición de valoración no prohíbe la percepción del hecho actual, ni la conclusión respecto de un hecho pasado, sino que prohíbe tomar como fundamento de la decisión, situaciones de hecho o comprobaciones que se basen en esas conclusiones [STRUENSEE].

El fundamento, en suma, de la exclusión probatoria reside en el respeto de la legalidad constitucional y ordinaria en el ámbito de la actividad probatoria, consecuencia ineludible de un proceso penal propio de un Estado constitucional.

- C. La invalidez del medio de prueba, como consecuencia de lo anterior, presenta dos ámbitos. El primero, se refiere a

la prueba –en puridad, fuente de prueba– obtenida en contra de las prescripciones de la ley procesal para la adquisición de prueba (v.gr.: requisitos para la interceptación telefónica: artículos. 230-231 del CPP). El segundo, se circunscribe a los casos de prohibición expresa de valoración de un medio de prueba contenido en la ley (v. gr.: caso de los informantes, artículo 163.3 del CPP). A ello se llama “prohibiciones de valoración probatoria”. En todos los casos, se trata de la existencia de normas jurídicas destinadas a limitar la prueba en el proceso penal [EUSAMIO-SÁNCHEZ].

La regla de exclusión, por tanto, como señala la sentencia C-591/05 de la Corte Constitucional de Colombia, es aplicable durante todas las etapas del proceso, no solamente durante el juicio sino en las etapas anteriores a él, con la posibilidad de excluir, entonces, no solamente pruebas, sino elementos materiales probatorios y evidencia física (sic) –diremos nosotros: prueba física o material–.

Se trata, en suma, de todas las limitaciones jurídicas posibles para la obtención y valoración de la prueba; y, como tales, configuran un conjunto heterogéneo desde el punto de vista de sus fines y objetivos [STRUENSEE].

La prueba ilícita no puede ser tomada en consideración o aceptada de ninguna forma –es el efecto de inutilizabilidad de la misma–. Desde luego, no cabe valorarla de modo autónomo e independiente, pero tampoco puede utilizarse como corroboración o robustecimiento de los resultados probatorios que lleguen al proceso de forma lícita (v. gr.: SSTSE de 29-3-1990 y de 11-5-1996) [GÁLVEZ MUÑOZ].

Cuando los medios de prueba son ilícitos no deben ser admitidos y, en caso de haberlo sido, no deben ser tenidos en cuenta [SILVA MELERO]; deben considerarse inexistentes (v. gr.: sentencia C-591/05, Corte Constitucional de Colombia).

El efecto de la inutilización probatoria es tanto negativo cuanto positivo. El primero, el efecto negativo, da lugar a la falta de efectos de la prueba ilícitamente obtenida, a su imposibilidad de apreciación e, incluso, de aportación al proceso —esta regla siempre, por definición, supone el sacrificio de otro derecho fundamental: el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes—. El segundo, el efecto positivo, se concreta en la obligación que a todos produce de respetar la normativa procesal garantista, conduce a que se cumplan las prescripciones legales, obligando a que el proceso se someta al derecho, cumpliéndose entonces uno de los pilares del Estado de Derecho [LÓPEZ BARJA].

II. REFERENCIAS NORMATIVAS

(Individualización de las prohibiciones probatorias)

§ 1. La Ley Fundamental tiene dos reglas específicas en materia de prueba inconstitucional, entendidas tradicionalmente como prohibiciones; y, como tal, su efecto jurídico es la ineficacia o inutilidad: artículo 159 del CPP.

- 1.º Los documentos privados obtenidos con violación de este precepto —apertura, incautación, interceptación o intervención sin mandato motivado del juez—, no tienen efecto legal (artículo 2.10 C.).
- 2.º Carecen de valor las declaraciones obtenidas por la violencia (artículo 2.24.h C.).

De estos textos se desprende, primero, que se trata de reglas de adquisición de pruebas, que confieren autorizaciones o potestades de intervención al Estado; y, segundo, que tienen un carácter imperativo: son reglas de prohibición de valoración probatoria [BELING]. Las regulaciones legales, desde esta perspectiva, cumplen una función protectora –se dice, por ello, función protectora de las formas procesales–: artículos 230-234, y 160 del CPP.

§ 2. El CPP tiene cinco reglas de carácter general entendidas, también, como prohibiciones:

- 1.º Artículo VIII TP del CPP. 1. Todo medio de prueba será valorado solo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo –se afirma, con carácter previo, un juicio de valorabilidad desde la legalidad constitucional–. 2. Carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa e indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de las personas –es una declaración terminante, más allá de la simple prohibición de valoración, niega toda función probatoria a esas pruebas y, por ende, asume la necesidad de su expulsión inmediata apenas se detecte–. 3. La inobservancia de cualquier regla de garantía constitucional establecida a favor del imputado no podrá hacerse valer en su perjuicio. Este párrafo extiende la protección a cualquier norma constitucional configuradora de una protección jurídica al individuo. No solamente a la violación de derechos individuales constitucionalmente tutelados.
- 2.º Artículo 159 del CPP. El juez no podrá utilizar, directa o indirectamente, las fuentes o medios de prueba obtenidos con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de las personas.

- 3.º Artículo 157.3 del CPP. No pueden ser utilizados, aún con el consentimiento del interesado, métodos o técnicas idóneos para influir sobre su libertad de autodeterminación o para alterar la capacidad de recordar o valorar los hechos.
 - 4.º Artículo 393.1 del CPP. El juez penal no podrá utilizar para la deliberación pruebas diferentes a aquellas legítimamente incorporadas en el juicio. Esta norma se relaciona, primero, con el artículo 155.1 del CPP, que establece que la actividad probatoria, además de la Constitución y los tratados, se regula por la Ley; y, segundo, con el artículo 202 del CPP, el cual estipula que la restricción de un derecho fundamental con fines de esclarecimiento se ha de realizar conforme con lo dispuesto por la Ley y ejecutarse con las debidas garantías para el afectado.
 - 5.º Artículo 155.2 del CPP. A los efectos de la admisión de pruebas, el juez “solo podrá excluir las que no sean pertinentes y prohibidas por la Ley”.
- § 3. El CPP, además, tiene tres reglas de prohibición de carácter específico, que asocia con la inutilización.
- 1.º Artículo 163.3 del CPP. Si los informantes no son interrogados como testigos, las informaciones dadas por ellos no podrán ser recibidas ni utilizadas.
 - 2.º Artículo 166.2 del CPP. Si el testigo de referencia se niega a proporcionar la identidad de la persona fuente de su conocimiento, su testimonio no podrá ser utilizado.
 - 3.º Artículo 184.3 del CPP. Los documentos que contengan declaraciones anónimas no podrán ser llevados al proceso ni utilizados en modo alguno, salvo que constituyan el cuerpo del delito o provengan del imputado.

§ 4. El CPP, igualmente, registra otros tres artículos específicos vinculados a esta institución.

1.º Artículo 383.2 del CPP. “Todo otro documento o acta que pretenda introducirse al juicio mediante su lectura no tendrá ningún valor”. Es también una causal de ineficacia o de inutilizabilidad, aunque con otro lenguaje.

2.º Artículo 378.2 del CPP. “No se puede leer la declaración de un testigo interrogado antes de la audiencia cuando hace de su derecho a negar el testimonio en el juicio”. Es una norma prohibitiva, pero a diferencia de las restantes, no la asocia a una ineficacia concreta, lo que exigirá realizar una ponderación.

3.º Artículo 163.2 del CPP. “*El testigo no puede ser obligado a declarar sobre hechos de los cuales podría surgir su responsabilidad penal. El testigo tendrá el mismo derecho cuando, por su declaración, pudiere incriminar a alguna de las personas mencionadas en el numeral 1) del artículo 165*” —se trata de incriminación a sus parientes—. Igualmente, es una norma prohibitiva y no la asocia a una ineficacia taxativa, por lo que se exigirá la ponderación.

§ 5. Tres precisiones, de principio, es del caso formular:

1.º El proceso, que fue receptado por Europa Continental con la Ilustración, asumió un compromiso con el régimen inquisitivo, que —entre otros— se sustentaba en los principios de persecución penal estatal y de averiguación de la verdad histórica como meta del procedimiento (este último denominado en el Derecho alemán “*Wahrheitserforschung*”), pero introdujo una serie de límites referidos a la dignidad

del ser humano —este último, a fin de cuentas, se erige en el factor de ponderación más trascendente frente a otros principios en conflicto—. El compromiso más directo con la asunción de estos límites son los referidos a la actividad probatoria.

Las reglas arriba enunciadas cumplen la misión de estabilizar el sistema: evitar que la meta de averiguar la verdad lo desequilibre, al ser cumplida aun a costa del ser humano individual y de cierto ámbito de privacidad que le garantiza el Estado de Derecho. La meta de averiguar la verdad cede frente a ciertos resguardos para la seguridad individual que impiden arribar a la verdad por algunos caminos posibles, reñidos con el concepto del Estado Constitucional. Luego, el principio, que fue absoluto, de la búsqueda de la verdad, se convierte en relativo. El fin de arribar a la verdad histórica no justifica la utilización de medios prohibidos de investigación [MAIER]. Esta regla fue establecida por un fallo muy conocido del BGH, llamado, “Caso de la cinta magnetofónica”, de 14-6-1960, que estableció que: “No es... un principio de la Ley Procesal Penal que se tenga que investigar la verdad a cualquier precio”. Tan importante como descubrir la verdad sobre el hecho aparentemente delictivo y sancionar al eventual culpable, es el respeto de los derechos del imputado y de los demás sujetos procesales [HERRERA GUERRERO].

Es pertinente concluir, entonces, que en el proceso penal no todas las pruebas se pueden utilizar. Hay, de hecho, un número de reglas de exclusión para proteger diversos intereses [TONINI-CONTI].

2.º Las restricciones, por razones de legalidad, impuestas a la actividad probatoria, en tanto límite extrínseco del derecho a la prueba, se conocen en el Derecho alemán como “*prohibiciones de valoración probatoria*” y en USA “*regla de exclusión*”, “*doctrina de la supresión*”, con su extensión al “*fruto del árbol envenenado*”. En Estados Unidos se inició con el caso *Boyd vs. USA* (1886), con antecedentes en el derecho inglés –casos *Wilkes vs. Wood* (1763) y *Entick vs. Carrington* (1765)–, seguida del caso *Week vs. USA* (1914) y del caso *Olmstead vs. USA* (1928). En nuestro derecho eurocontinental, la cuestión en análisis no se reduce a la custodia de las garantías individuales, aunque la comprende, sino que abarca también el resguardo de las formas probatorias en general previstas por la ley. Es muy importante recordar que la regla en cuestión tiene el carácter de una regla potestativa: se concentra en estudiar cuáles son las facultades jurídicas de quienes operan el procedimiento y cuáles sus límites –la garantía, como tal, secundaria en este caso, es la declaración de inutilización probatoria ante la vulneración de las expectativas positivas (de prestaciones) o negativas (de no lesiones) atribuidas a un sujeto [FERRAJOLI]–. La confusión con las normas de deber se presenta porque en materia de garantías constitucionales casi siempre se liga a ella, al lado de la regulación de las facultades de los órganos estatales que actúan en el procedimiento, una *regla de deber*, ordinariamente una prohibición, como sucede con la tortura y la intervención ilícita de comunicaciones [MAIER]. En el Estado Constitucional rige el principio de reserva de ley, en cuanto a que toda injerencia dirigida a la averiguación de la verdad precisa, sin excepciones,

su fundamento jurídico y no su prohibición [SYDOW]. Las reglas de procedimiento referidas a la recolección de prueba establecen, fundamentalmente, autorizaciones para el Estado de interferir en la esfera de derechos de los ciudadanos.

- 3.º Las formas judiciales no son solamente, una categoría formal, sino que, en tanto sirven directamente a la protección de la dignidad humana, se comportan como una categoría material, supraordinarizándose a la meta que, para el proceso penal, constituye la corrección material de la decisión judicial [ANDRÉS]. La vulneración de las reglas de prueba determinantes, a final de cuentas, menoscaba la imagen del Estado, contradice su autoproclamación como Estado de Derecho y obstaculiza la aceptación de sus decisiones [ROGALL].

§ 6. Lo expuesto significa:

- 1.º Que el derecho a la prueba no es un derecho absoluto; es relativo.
- 2.º Que este derecho encuentra límites a la hora de su admisión, práctica y valoración, tales como el grado de pertinencia, relevancia, utilidad o necesidad para que se presenten las pruebas propuestas e, incluso, posibles anomalías que se produzcan en los trámites para su aportación, lo cual habrá de ser valorado por el juez en cada caso concreto.
- 3.º Que el límite infranqueable con el que puede toparse una prueba a la hora de ser tomada en consideración es que haya sido obtenida contraviniendo la legalidad [SÁNCHEZ RUBIO]; esta prueba no podrá utilizarse. Se entiende que el

efecto excluyente obedece a que esta es la única forma de asegurar que el acto inicial nulo no surta ningún efecto en el proceso [MONTERO].

En realidad, todas las normas relativas a la identificación, recolección e incorporación de medios de prueba válidos imponen límites a la averiguación de la verdad. Así:

A. El concepto mismo de medios de prueba prescribe una serie de vías legales de acceso de la información al juicio penal, que implican que la información no puede ingresar al juicio por otras vías que las previstas legalmente [BINDER].

B. Existen limitaciones emergentes de la imposición de determinadas formalidades para la adquisición de prueba (v. gr.: mandato judicial motivado para el allanamiento, artículos 203.1 y 215 del CPP) y las que provienen de prohibiciones de utilización de ciertos medios de prueba (v. gr.: “sueros de la verdad” en el interrogatorio del imputado, artículo 157.3 del CPP) [GUARIGLIA].

Tienen el carácter de norma-garantía. Ello exige reconocerles dos notas distintivas: 1. Contienen requisitos o exigen secuencias coetáneas o previas a la realización de una actuación. 2. Su violación trae aparejada una sanción consistente en privar de sus efectos el acto transgresor. Dicha sanción se materializa con la inutilización de la prueba obtenida a partir del acto espurio [ZAPATA GARCÍA].

Por consiguiente, una vez normativizada la inutilización de la prueba, según el bloque legislativo ya puntualizado, a los jueces únicamente les corresponderá pronunciarse sobre la existencia o no de vulneración de la legalidad, así como de la relación causal

entre las pruebas ilícitamente obtenidas y las pruebas derivadas. Constatados ambos extremos, la solución legal pasará por aplicar la regla de exclusión –de inutilización– en los términos en que haya sido normativizada, sin admitir excepciones que no tienen un adecuado reflejo legal [CAMPANER].

§ 7. En conclusión, desde nuestro ordenamiento jurídico: la prueba ilícita, que tiene como efecto jurídico su inutilización –ineficacia procesal de sus efectos probatorios–, es aquella que se obtiene –fuente de prueba– o se actúa –medio de prueba–: (i) con infracción, directa o indirecta, del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona –constituye, según SERRA, el capítulo más importante dentro de las pruebas ilícitas– o (ii) de otros preceptos constitucionales configuradores de una protección al individuo, así como (iii) de la grave vulneración de normas ordinarias –con rango de ley– sobre la prueba (se rechaza, desde ya, contravenciones de mera legalidad especialmente triviales, desde que no se puede descartar la relevancia constitucional de la que goza la verdad material).

El problema consistiría en responder, en este último punto, la siguiente pregunta: ¿Cuándo habría que otorgar trascendencia a las infracciones del derecho ordinario? Se asume, en principio, que así lo será cuando tal infracción trasciende y vulnera dos garantías constitucionales procesales: debido proceso e igualdad de armas; garantías que serían lesionadas cuando se infringen normas referidas a la prueba y consagran derechos o fijan presupuestos para la limitación de los mismos. Esta trascendencia se analizaría en función a los intereses en conflicto, según las circunstancias del caso concreto, en cumplimiento del principio de proporcionalidad [GONZÁLEZ-CUÉLLAR].

Esta es, desde luego, una concepción amplia de tal institución jurídica y funda, a nuestro juicio, desde la normativización de la misma que finalmente consagró el CPP (vid.: §§ 2-4), una línea más garantista de las reglas de prueba, referidas a la obtención, actuación y apreciación probatoria—se trata de todo tipo de pruebas, tanto de las pruebas materiales o físicas, como de las personales, documentales y periciales—. Los derechos y las prescripciones del conjunto del ordenamiento, si se toman en serio, no pueden ser relativizados ni minusvalorados, y las reglas que disciplinan cómo se obtienen las fuentes de prueba y cómo, finalmente, se actúan los medios de prueba—donde se entrecruzan el conjunto de garantías que prevé la Ley Fundamental y desarrolla el Código Procesal Penal—, por su propia configuración jurídica no pueden admitir su vulneración sin generar, como regla, los efectos de inutilización correspondientes. Así se pronunciaba, por ejemplo, la STSE del 16 de diciembre de 1990, cuando acotaba que por prueba lícita o legítima “no debe entenderse tan solo aquella que se acomode a las exigencias constitucionales de no atentar, directa o indirectamente, contra los derechos fundamentales, sino también aquella que cumple las concretas garantías que para su práctica establece la legalidad procesal ordinaria”.

Las normas infringidas, además, pueden ser (i) tanto materiales—circumscripciones a la obtención de fuentes de prueba, desde los derechos que limitan: básicamente en sede de investigación preparatoria y, con mayor intensidad, en las diligencias preliminares policiales o fiscales de investigación (artículos 68, 330 y 331 del CPP)—, (ii) cuanto procesales—referidas, desde luego, a las reglas de admisión y actuación o ejecución de medios de pruebas: estas, para su valoración, deben cumplir determinados

principios, requisitos y condiciones procesales (artículos 155.1, 157.1 y 393.1 del CPP)—, basta su infracción objetiva y su repercusión en el proceso penal [VEGAS TORRES]. En un sentido amplio, por prueba deben entenderse tanto las fuentes de prueba como los medios de prueba [ASENCIO].

Ahora bien, no es relevante la naturaleza de la norma infringida: material o procesal, sino la existencia o no de una relación de causalidad entre la actividad probatoria y la lesión de una norma-garantía. Es solo esto lo que importa [GÁLVEZ MUÑOZ]. Es cierto que la vulneración de una norma material —derecho fundamental u otro de rango ordinario que importe la regulación de una garantía esencial, por ejemplo— tiene mayores encajes en sede procesal, lo que no obsta a considerar, verbigracia, los supuestos referidos a la garantía de defensa procesal o declaraciones vinculadas al secreto profesional o al parentesco [DÍAZ-MARTÍN].

CONSO llega a sostener, en una perspectiva amplia, que todas las normas relativas a las pruebas penales son normas de garantía del acusado, debiendo considerar toda su disciplina como un instrumento de defensa. No obstante, CAPELLETTI, cuestionando tan excesiva posición, acotó correctamente que las reglas de prueba también persiguen otras finalidades, según el caso, tales como garantizar el hallazgo de la verdad o salvaguardar un desarrollo eficaz del procedimiento [MIRANDA], así como también evitar errores o malentendidos de parte del juzgador, evitar prejuicios o pérdidas de tiempo [TARUFFO].

Ciertas nociones genéricas de esta posición dogmática se entrevé en la STC N.º 1014-2007-PHC/TC, al sostener que, a los efectos probatorios, se proscriben los actos que violen el contenido

esencial de los derechos fundamentales o *transgresiones al orden jurídico* en la obtención, recepción y valoración de la prueba. La transgresión al ordenamiento jurídico importa no solo la legalidad constitucional sino también la legalidad ordinaria. En esta línea ha sido más enfática la STC N.º 2053-2003-HC/TC: derechos fundamentales y legalidad procesal, a la par que anuda el efecto de que en este caso la prueba será inutilizable o inefectiva –reiterados en las SSTC N.º 6712-2005-HC/TC. y 1014-2007-HC/TC–; aunque la STC N.º 655-2010/PHC/TC, desconociendo normas expresas del Código Procesal Penal, indicó que “una prueba será considerada prohibida cuando se obtenga mediante la violación directa o indirecta de algún derecho fundamental, mas no de los derechos de rango legal o infralegal”. Falta, pues, al Tribunal Constitucional, una adecuada relación de la Constitución con las previsiones del Código Procesal Penal y los derechos que esta última norma incorpora y desarrolla.

Esta línea restrictiva o estricta ha sido, igualmente, asumida por la jurisprudencia constitucional colombiana. La Sentencia SU-159/02 llega a sostener que la decisión de excluir una prueba incide no solo en el respeto a las garantías de imparcialidad, debido proceso y derecho de defensa –todos ellos, al igual que las garantías genéricas de tutela jurisdiccional y de presunción de inocencia– (artículo 29 de la Constitución de ese país), sino, además, en el goce efectivo de otros derechos constitucionales tales como la vida, la integridad y la libertad, protegidos por el legislador mediante la sanción de quienes violen el Código Penal.

Está claro que el término “prueba prohibida” ha de reservarse para identificar los efectos procesales que derivan de la ilicitud probatoria, esto es, prohibición de admisión –antes, prohibición

de obtención (agregamos nosotros)—y la prohibición de valoración de dicha prueba [MIRANDA]. Se trata, siempre, de reconocer la prohibición de incorporar al proceso una prueba lograda en contravención a las normas constitucionales y a las normas que regulan cada uno de los medios probatorios [BROWN].

Los antecedentes más lejanos de esta institución se remontan al Derecho romano, con la formulación del principio que proscribía los resultados del propio comportamiento ilícito: “*Nemo ex suo delicto meliorem suam conditionem facere potest*” (*Digesto*, L, XVII, 134, 1). Doctrinariamente, sin duda, el trabajo pionero es el del jurista alemán ERNST BELING publicado en 1903 [GÁLVEZ MUÑOZ]. Obviamente, y desde la cualidad de la infracción, no es indispensable que esta dé lugar a la comisión de un delito, basta que no respete el ordenamiento jurídico [CASTILLO].

§ 8. Desde este concepto, asumiendo la noción de “prohibiciones probatorias”, acuñada por BELING —más allá del nuevo contenido que es del caso dotarla a la luz del análisis concreto de las normas nacionales—, una visión panorámica de nuestro ordenamiento jurídico permite identificar dos clases de normas referentes a la adquisición probatoria:

- 1.º Las que directamente prohíben a los órganos de la persecución penal indagar sobre determinados hechos históricos —prohibiciones de tema de prueba—. BELING las denominó “prohibiciones probatorias *absolutas*”. Por ejemplo, prohibición de indagar sobre la verdad de una imputación injuriosa como regla general (artículo 135 del CP).
- 2.º Las que se vinculan a determinados modos de adquisición de prueba, y lo hacen a través de (i) su prohibición (v. gr.:

testimonio de parientes próximos al imputado en su contra: artículo 165.1 del CPP) –prohibiciones de métodos de prueba–, o (ii) de su prescripción (v. gr.: mandato de probar el estado civil o de la ciudadanía de las personas mediante una prueba documental específica: artículo 157.2 del CPP –prohibiciones de medios de prueba–. Se denominan “prohibiciones probatorias relativas” [GUARIGLIA].

El primer grupo de normas son decisiones político jurídicas tomadas por el legislador sobre la base de consideraciones fundamentalmente extrapenales, tales como la moral pública, la intimidad de las personas, la seguridad del Estado, etcétera. El segundo grupo de normas son prescripciones normativas que establecen que ciertos medios o métodos de prueba no son tolerados (v. gr.: coacción contra el imputado: artículo 71.2.e del CPP) y otros que establecen métodos específicos de recolección de prueba. La prueba será inutilizable por haber sido obtenida mediante la lesión a un precepto legal que entraña una garantía o derecho –de rango constitucional o de derecho ordinario–.

§ 9. Otra noción es la de “prohibición de valoración probatoria”. Son normas que prohíben al órgano jurisdiccional utilizar determinadas pruebas, en sentido amplio: fuentes y medios de prueba, como parte de la indagación conducente a la sentencia.

Cubre dos grupos de casos [DENCKER]:

- 1.º Prohibiciones de valoración probatoria *dependientes* –expresión acuñada por ROGALL (1979)–. Son normas que proscriben la incorporación y valoración en el marco del proceso penal de aquellos medios de prueba que han sido adquiridos mediante la lesión a un precepto legal que

reglamenta los presupuestos y el modo de dicha adquisición. Así, por ejemplo, prohibición de menoscabar la decisión y actuación voluntaria del imputado: artículo 157.3 del CPP (Ejecutoria Suprema R.N. N.º 1615-2002/Junín, del 19 de diciembre de 2003, sobre torturas al imputado declarante; y Ejecutoria Suprema RN N.º 2678-2006/Huánuco, del 17 de julio de 2006, sobre diligencia de reconocimiento sin la forma legal); y la lesión al deber de información de derechos al imputado: artículo 87.2 del CPP.

- 2.º Prohibiciones de valoración probatoria *independientes*. Son normas que autorizan injerencias estatales regulares en la esfera de derechos de un individuo y que resultan excluidas del proceso debido a que su valoración lesionaría otros derechos constitucionales o legales garantizados, como por ejemplo el derecho a la intimidad o a la personalidad. No presuponen una lesión a la prohibición de adquisición de prueba. Así, v. gr., valoración en su contra del silencio del imputado (artículo 87.2 del CPP), pues ello importaría, según el BGH alemán, una coacción indirecta contraria a la libertad de decisión voluntaria [DENCKER].

§ 10. En rigor de verdad, se tiene, desde la perspectiva germana, prohibiciones de recolección y prohibiciones de valoración probatoria. La primera prohíbe proveerse de pruebas sobre un tema determinado, con ciertos medios o con determinados métodos de prueba –todas ellas demarcan o delimitan el deber de esclarecimiento impuesto a los órganos de la persecución penal–. La segunda prohíbe la valoración de informaciones que se han obtenido o bien a través de una recolección probatoria, o bien de otra manera –obligan así al juez a suprimir parcialmente su

conocimiento sobre los hechos—. Es evidente la prohibición de valoración –inutilización de la prueba– cuando la norma procesal violada está orientada a asegurar los fundamentos de la posición jurídico-procesal del imputado o del acusado en el proceso penal [VOLK].

§ 11. Finalmente, deben diferenciarse las normas sobre “prohibiciones probatorias” de otras clases de normas referidas a la admisibilidad de prueba [GUARIGLIA]. Son las siguientes:

- 1.º Normas que aseguran los principios de inmediación y oralidad. Estas normas operan independientemente de la regularidad o irregularidad de la adquisición original del material probatorio. Determinados medios de prueba se mantienen fuera del alcance del juzgador (v. gr.: (i) oralización de actas o documentos fuera del listado legalmente previsto: artículo 383.1 del CPP; (ii) lectura de la declaración del testigo en sede de investigación cuando declara en el juicio oral: artículo 378.2 del CPP).
- 2.º Normas referidas al tratamiento posterior de medios de prueba ya adquiridos (v. gr.: cadena de custodia: artículo 220.5 del CPP, sobre incautación de bienes). La inadmisibilidad se debe a la potencial falta de integridad y confiabilidad emanada de su tratamiento defectuoso posterior, no de su adquisición inicial.

III. RÉGIMEN NORMATIVO

§ 12. El CPP establece, como técnica jurídica o institución jurídica específica, que las pruebas –fuentes y medios de prueba– incorporadas al proceso que quebranta la Constitución y también la Ley son inutilizables (modelo-fuente del artículo 191 del

CPP italiano: *inutilizzabilità* como ineficacia). Así, fluye de lo preceptuado en el artículo 159 del CPP –que se circunscribe a los derechos fundamentales– y de lo establecido en el artículo 155.1 del CPP: “la actividad probatoria está regulada no solo por la Constitución y los tratados, sino por el CPP [la ley]”. Su finalidad, en ambos casos, es excluir las pruebas irregulares –entendidas como ilícitas– del procedimiento penal [CONTI]. Se erige en una institución procesal autónoma [GÖSSEL].

El término inutilizabilidad describe dos aspectos de un mismo fenómeno. Por un lado, se refiere a la existencia de reglas de exclusión legalmente establecidas; y, por otro, ilustra el régimen jurídico al que el acto adquirido con violación de tales reglas no puede ser fundamento de una decisión judicial [TONINI-CONTI].

Queda claro, entonces, que es pertinente reconocer dos principios básicos en materia de prueba: (i) las normas relativas a la prueba son, por lo menos en gran parte, normas de garantía, con todo lo que ello encierra; y, (ii) la prueba ha de encontrarse desarrollada en preceptos legales [LÓPEZ BARJA].

La obligación procesal penal de esclarecimiento no rige en forma ilimitada, pues de ser así entrañaría el peligro de destruir muchos valores colectivos e individuales. Las normas referidas al ámbito de derechos del imputado deben ser observadas, así como que el principio de formalidad quede garantizado en general; el desprecio objetivo de normas procesales determina la exclusión de la prueba. La finalidad de la institución es, pues, asegurar el fiel cumplimiento del principio de legalidad (constitucional y ordinaria) en materia probatoria –base de un proceso justo– y una declaración de culpabilidad acorde con las exigencias de la

presunción de inocencia. Exige, con mayor énfasis, un *fair play* a la hora de practicarse las diligencias de investigación de los hechos.

En la vigente disciplina constitucional del proceso, la vulneración de los derechos fundamentales del imputado –y del conjunto de normas que lo garantizan en bien de una correcta actividad probatoria– implica no solo irregularidad, por la ruptura de una particular forma legal, sino que, además, acarrea la degradación sustancial de la actuación, pues quiebra el paradigma de legitimidad de la actuación del *ius puniendi* en cuanto tal [ANDRÉS].

El acusado tiene derecho a un proceso regular formalmente correcto [VOLK] y, además, a que los actos de aportación de hechos –actos de investigación y actos de prueba [GIMENO]– respeten medularmente las exigencias normativas de la Constitución y de la Ley.

§ 13. La inutilizabilidad es un tipo de invalidez o ineficacia, una suerte de sanción procesal (*sanzione processuale*), que no afecta tanto al acto en sí cuanto a su “valor probatorio” –a su eficacia–, diferenciándose por ello de la nulidad: su carácter invalidante solo opera en el ámbito probatorio [CHIAVARIO]. En tanto sanción procesal –al igual que la inadmisibilidad y la nulidad–, importa, específicamente, la amenaza de tornar ineficaces o invalores los actos referidos a la actividad probatoria que adolezcan de vicios graves. Las sanciones, asociadas a la inadmisibilidad y la nulidad, se refieren a aquellos actos procesales que inobservaron formas, secuencias legales o términos perentorios establecidos en la ley procesal –la primera impide el ingreso jurídico de un acto al proceso, mientras que la segunda torna ineficaz un acto ya ingresado– [HAIRABEDIAN].

La nulidad recae (i) cuando falta un requisito al que la ley conmina con la nulidad (carácter expreso o principio de taxatividad de la nulidad), (ii) para su declaración se requiere generación de perjuicios para las partes –declaración como *última ratio* y siempre que exista indefensión material (Sentencia de Casación N.º 16-20056-Huaura, del 12 de marzo de 2010), (iii) los defectos son mayormente subsanables –en la mayoría de los casos–, y siempre (iv) precluyen al recaer sentencia firme [ASENCIO] –véanse artículos 149-154 del CPP–. Hacer mención a la nulidad es referirse a la teoría de los actos jurídicos, impropio para hacer referencia a un fenómeno que no reúne las notas conceptuales de aquellos, pues se focaliza en la cuestión de si una prueba puede ser valorada en el proceso o si, por la forma de su obtención o por otra circunstancia, existe respecto de ella una prohibición de valoración (STSE del 8 de mayo de 1997).

La nulidad recae sobre actos procesales, la inutilización probatoria comprende no solo los actos del proceso, también los cumplidos fuera del mismo, aun antes de su comienzo y por personas que no son partes procesales [CAFFERATA]. El efecto comunicante de la nulidad insubsanable está limitado a aquellos actos que dependan jurídicamente del acto viciado, es decir, cuando uno sea presupuesto legal del otro. La inutilización, no obstante, comprende además los actos que dependen lógica o fácticamente del acto defectuoso [CAFFERATA], lo cual es obvio en tanto la prueba importa, desde la actividad de las partes, actos de aportación de hechos al proceso; produce efectos indirectos –no funcionales como la nulidad– sino propios de una derivación material y jurídica tendentes a garantizar la preservación del derecho o garantía afectada [ASENCIO].

La inutilización impide el efecto fundamental del acto de aportación de hechos: fundamentar una decisión judicial –actúa directamente no sobre el acto sino específicamente sobre su valor probatorio–. Esa es su nota característica fundamental: un tipo de invalidez que se traduce directamente en un límite al libre convencimiento del juez [TONINI], residenciada en la carencia de validez y eficacia probatoria de la prueba ilícita. Se circunscribe a la admisión y la valoración de los medios de prueba, incluso comprende la adquisición de fuentes de prueba –actividad anterior a la formalización del proceso jurisdiccional y realizada, incluso, por quien no es parte procesal–; se separa, por ello, de la nulidad procesal –que solo comprende actos cumplidos en el curso del proceso–. Despliega sus efectos en dos momentos distintos: en el momento de la admisión del medio de prueba y en el momento de su apreciación [MIRANDA]. Unido a ellos, junto a la inutilización como consecuencia de la adquisición de una prueba ilegítima, se regula la inutilización para la deliberación en el artículo 393.1 del CPP.

La inutilización presupone la vulneración o violación de una determinada disposición legal en materia probatoria, en concreto, como apunta MAIER, de una regla potestativa, que establece la posibilidad de obtener una fuente de prueba y los mecanismos de su actuación o incorporación al proceso, de suerte que cuando se produce la infracción de una norma de este tipo, la prueba así obtenida o actuada es ineficaz, incluso si en la específica norma no se habla explícitamente de prohibición de utilización de los resultados [CHIAVARIO].

Tiene, además, en tanto garantía objetiva del proceso frente a las infracciones de los poderes públicos y de los particulares,

un carácter insubsanable, y no pueden ser convalidada con posterioridad por su carácter imperativo, ni siquiera se acepta la aquiescencia, explícita o implícita, del perjudicado por aquella ilicitud (SSTSE del 29 de marzo de 1990 y 24 de enero de 1998); aunque, es pertinente acotar, siempre limitadamente, que en muy determinados casos –si concurren las circunstancias objetivas necesarias– es posible lograr una prueba *ex novo* a través de la repetición lícita de la diligencia declarada inutilizable [PICO Y JUNOY].

La inutilizabilidad de la prueba y la nulidad de los actos procesales operan en ámbitos diferentes. La inutilizabilidad hace referencia a un fenómeno que no reúne las notas conceptuales de las nulidades de actos y negocios jurídicos, sino a si una prueba puede ser valorada en el proceso o a si por la forma de su obtención u otra circunstancia existe respecto de ella una prohibición de valoración. Regula un límite al convencimiento del juez.

La expresión “prohibiciones probatorias” sintetiza todas las normas jurídicas que contienen una limitación de la práctica de la prueba en el proceso penal. En el eterno conflicto entre el *fair play* –juicio equitativo– y la comprobación utilitaria de los hechos, el Estado Constitucional se inclina por el primero.

La inutilizabilidad de una prueba por vulnerar el ordenamiento jurídico debe recogerse en la propia resolución judicial. El juez debe señalar el contenido de esa prueba y las circunstancias de su obtención y/o práctica, para que el órgano de revisión pueda, en su caso, pronunciarse sobre el acierto o desacierto de la decisión sobre si tomó o no en consideración tal diligencia por razones de ilicitud (STSE del 11 de octubre de 1994). Desde luego, tal decisión debe motivarse debidamente, es decir, explicitarse las

razones o motivos utilizados para decidir acerca de la licitud o ilicitud de una determinada prueba [VEGAS TORRES].

§ 14. La inutilización que provoca los efectos del artículo 159 del CPP: prohibición de admisión y de valoración es la prevista en una norma de adquisición de prueba. Se somete al principio de taxatividad –en el sentido de que del precepto legal debe partir todo el desarrollo dogmático procesal para afirmar la ineficacia probatoria–. La inutilización es un concepto procesal cuya eficacia se desarrolla en el ámbito del proceso. Si la prohibición figura en una norma material también se trataría de prueba ilícita, y con mayor fuerza si tal prohibición se contempla también en una norma procesal. Es el caso del artículo 157.3 del CPP: prohibición de métodos contra el libre desarrollo de la personalidad. Nunca se debe admitir como prueba cualquier actividad prohibida por la ley [BONET]. Es la única forma de garantizar su ineffectividad.

El fundamento, pues, de la inutilizabilidad de pruebas reside en la propia ilicitud de las pruebas; en el propio derecho o precepto vulnerado; en su contradicción u oposición con el ordenamiento jurídico. Las excepciones a la inutilizabilidad de pruebas solo las afirma la ley; y si es la Constitución la norma infringida, solo por ley se construyen las excepciones, en cuanto respete su contenido esencial y se haga en armonía con el principio de proporcionalidad [ASENCIO]. Por otro lado, si se toma en cuenta, según el DRAE, la tercera acepción del vocablo “fundamento”: “razón principal o motivo con que se pretende afianzar y asegurar algo”, se tendría que sostener que sería la obtención de la verdad limitada, sustentada en una serie de reglas y principios, propias del proceso penal, que importan un límite al poder estatal [SÁNCHEZ CORDOVA].

En principio, el fundamento de la prueba ilícita recae en el propio derecho material vulnerado en cada caso. No obstante, la violación de cada derecho material se consuma con la ilegítima injerencia y, en un momento ulterior (ya en fase de agotamiento de la conculcación, con su eventual incorporación y, en su caso, mantenimiento en el proceso), padecería el derecho fundamental al debido proceso —un proceso no puede ser justo ni equitativo si en su seno se incorporan elementos ilícitamente obtenidos—, y si se emite condena con base exclusivamente en la prueba ilícita, también padecería el derecho fundamental a la presunción de inocencia [CAMPANER].

§ 15. Una primera clasificación, siempre desde la perspectiva del rango de la norma violada, es la inutilización por infracción de la legalidad constitucional. El CPP, de modo general, consagra la inutilización expresa a la llamada “prueba inconstitucional” —vulneración de la Constitución y de los tratados: cada norma de ese nivel, en cuanto reconoce con el máximo rango normativo los derechos fundamentales, individualiza una esfera de intereses cuya vulneración debe evitarse y, en su caso, sancionar—. Así la denominó la Corte Constitucional italiana en su Sentencia N.º 34/1973, del 6 de abril de 1973, sobre registro ilegítimo de grabaciones telefónicas: *prove incostituzionali*; oportunidad en que señaló que “las conductas realizadas en contravención de los derechos fundamentales del ciudadano no pueden servir de presupuesto ni de fundamento para actos procesales a instancia de aquel a quien se deban tales actuaciones constitucionalmente ilegítimas”. Está claro, sin embargo, que por imperio del artículo 155.1 del CPP, se tiene la inutilización por quebrantamiento de la legalidad ordinaria —las prohibiciones señaladas en el CPP—. Esta es la concepción italiana [ALLENA].

Es necesario tener presente, como está comúnmente aceptado, que los derechos fundamentales no son absolutos, sino que son susceptibles de limitación, precisamente, cuando el juego de equilibrio se decante hacia otro fin en tensión, cual sería el caso de las necesidades del proceso penal. Esta limitación requiere de la concurrencia de una serie de presupuestos que serían los siguientes: 1) fin constitucionalmente legítimo de la medida; 2) previsión normativa; 3) jurisdiccionalidad; 4) necesidad cualificada de motivación; 5) sujeción al principio de proporcionalidad *stricto sensu*; y, 6) ejecución y control judicial de la medida. Es interesante al respecto, por asumir plenamente estos lineamientos, las SSTEDH Kopp del 25 de marzo de 1998 y Valenzuela de 30 de julio de 1998 [ARMENTA]. De ello fluye, como apunta SCHÜTZ, que el principio de proporcionalidad ensancha el ámbito de los espacios libres de persecución a través de las prohibiciones probatorias [GONZÁLEZ-CUÉLLAR].

Desde las normas constitucionales se establece el principio conforme con el cual, en materia de derechos fundamentales, todo está prohibido salvo lo que explícitamente resulta admitido en los casos y modos establecidos por ley y de acuerdo con los fines legítimos del proceso penal [CONTI]. La inutilización es, en estos casos, irremediable. (Así: C. Cost. del 4 de abril 1973, N.º 34, sobre interceptaciones; y C. Cost. del 7 de mayo de 2008, N.º. 149, sobre videgrabaciones. De igual modo, Ejecutoria Suprema R.N. N.º 3429-2002/Lima, del 19 de agosto de 2004, sobre grabaciones sin autorización judicial). Sin embargo, desde una línea fina es pertinente tener en cuenta que los errores inofensivos o las irregularidades menores que no tienen potencial para sacrificar la integridad de la administración de justicia,

la realización de la justicia en el caso concreto, el ejercicio del derecho de defensa, el respeto al Estado de Derecho –que son principios insustituibles del ordenamiento constitucional– y el goce efectivo de los derechos constitucionales fundamentales no han de provocar la exclusión (inutilización) de las pruebas (Sentencia SU-159/02, Corte Constitucional de Colombia); por ello, el artículo 159 del CPP hace referencia a la “vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona”.

El primer caso donde en Estados Unidos se aplicó esta doctrina es la sentencia *Boyd vs. USA* (1886), recaída en un caso de importaciones ilegales en que se prohibió la utilización de toda prueba que hubiese sido obtenida de forma ilícita, pero por haberse compelido al acusado a aportar una factura en contra de su voluntad –es una regla de la exclusión sobre un derecho fundamental sustantivo procesal–. El segundo es la sentencia *Weeks vs. USA* (1914) que prohíbe la admisión de pruebas –cartas y documentos privados– obtenidas en un registro ilícito [MARTÍNEZ GARCÍA], luego continuada por las sentencias *Silverthorne Lambert Co. vs. USA* (1920) y *Nardone vs. USA* (1937) [CHAIA].

En Argentina, que ha seguido cuidadosamente la jurisprudencia estadounidense, el primer caso fue *Hermanos Charles* (5 de setiembre de 1891), en el cual la Corte Suprema excluyó la prueba de cargo por provenir de una sustracción y de un procedimiento contrario a la ley, bajo un argumento fundamentalmente axiológico –interés de la moral– [CAFFERATA]. Este argumento fue reiterado bajo la noción de “integridad judicial” en los casos *Monticelli Prozillo* (1984), *Fiorentino* (27-11-1984) y *Ruiz* (1988) [HAIRABEDIÁN].

Cabe aclarar que, en el derecho latino, en este tipo de inutilización, el fundamento de la prohibición probatoria radica en la posición preferente que ocupan los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico y de su condición de inviolables (STCE N.º 114/1984, de 26 de noviembre); en una mayor protección objetiva del derecho fundamental violado, y en la pureza del derecho a un juicio justo. Se destaca el respeto de los límites materiales que la dignidad humana impone al poder público y a la colectividad en general, así como el reconocimiento de que el interés en alcanzar la verdad procesal debe necesariamente ceder, como regla general, ante las superiores exigencias que derivan de la efectiva tutela de los derechos fundamentales [GÁLVEZ MUÑOZ]. De tal suerte que la verdad no pueda obtenerse “a toda costa” y que, en caso de conflicto con otros intereses igualmente legítimos, se lleve a cabo una ponderación equilibrada informada por principios que cierren el círculo de tutela del “proceso justo” [ARMENTA].

En el derecho angloamericano, en cambio, la regla de exclusión tiene una función preventiva o una finalidad disuasoria y profiláctica, denominada *deterrent effect*, como consta en las sentencias *Olmstead vs. USA* (1928), *Rochin vs. California* (1952), *USA vs. Calandra* (1974) y *USA vs. Janis* (1976) —en ellas se abandonó la más garantista concepción de la integridad judicial que plantearon las sentencias *McNabb vs. USA* (1943) y *Elkins vs. USA* (1960)—; regla que se vincula a la contención de comportamientos inadecuados de los agentes estatales. A estos fundamentos, a continuación, se agregó la visión utilitarista de costes y beneficios —*cost-benefit analysis*—, es decir, que además de la finalidad disuasoria la exclusión probatoria se condiciona al

coste social que puede generar su aplicación, como se definió en la sentencia *Davis vs. USA* (2011), y antes en la auroral sentencia *Linkletter vs. Walker* (1965), que significaron la presencia del realismo jurídico en la escena estadounidense y la lógica de desconstitucionalización de la regla de exclusión [FIDALGO]. Dice, al respecto CHIESA, que “el alcance de la regla de exclusión debe determinarse con base en un balance entre costo social y el propósito disuasivo de la regla. Cuando el efecto disuasivo de la aplicación de la regla de exclusión es poco o ninguno y el costo social de la exclusión es patente, no debe aplicarse la regla de exclusión”.

Estas últimas concepciones de la jurisprudencia estadounidense han tenido su corolario en la sentencia *Hudson vs. Michigan* (2006), que liberó a los policías en los casos de allanamiento del requisito formal “*Knock and announce*” —esperar breves segundos (de quince a veinte) luego de advertir su presencia para el efectivo ingreso domiciliario—, pero sosteniendo, como nueva doctrina, que la atenuación de la *exclusionary rule* tiene que ver con una pérdida de efectos disuasivos a partir de la existencia de otros medios como podrían ser la reparación civil, la mejor preparación de los funcionarios del orden, su creciente profesionalización y el costo que tiene para la sociedad aplicar la regla de exclusión, que llevaría en algunos casos a dejar libre a personas peligrosas [CHAIA]. La regla, pues, se convierte en excepción y, con ello, se deja de considerar al proceso penal como garantía de los derechos.

Colofón de esta tesitura es, hasta ahora, la última etapa jurisdiccional de la Corte Suprema de Estados Unidos, afirmada por la sentencia *David vs. USA* (2011), referida a un registro personal sin causa probable. En ese fallo se indicó: “La Policía no

violó lo dispuesto en la Cuarta Enmienda de manera deliberada ni desafiante; ni siquiera incurrió en negligencia. Por lo que, en los casos en los que la policía actúa de buena fe, creyendo de forma objetiva y razonable que su conducta es legal o, cuando su conducta implica una negligencia aislada, la supresión de las pruebas encontradas es una medida disuasoria extralimitada respecto a la actuación policial, por lo que su aplicación no procede”.

Cabe destacar, respecto del *deterrent effect*, lo dudoso de su fundamento, al punto que la propia jurisprudencia estadounidense ha llegado a sostener que no existe constatación empírica de este efecto disuasorio —así: Sentencias *Bivens vs. Six Unknown Federal Narcotics Agents* (1971) y *Stone vs. Powell* (1976)—. Esta evolución jurisprudencial olvidó, lamentablemente, que la regla de exclusión sobre la base de tres grandes razones, que a menudo convergen: la tutela del derecho fundamental, el efecto disuasorio sobre los agentes de la policía y la idea de “integridad judicial” de la Constitución, que impide basar una resolución en elementos inconstitucionales [EUSAMIO-SÁNCHEZ].

Por ende, solo es lícito en el descubrimiento de la verdad aquello que es compatible con la defensa del elemento nuclear de los derechos fundamentales, así como la dignidad, la libertad, etc., dentro de los parámetros fijados por la ley [ATSE del 18 de junio de 1992, caso “Naseiro”].

Sin duda, el concepto de prohibiciones probatorias es polémico. Se dice que existe prohibición probatoria cuando la ley no permite la admisión de una prueba en el procedimiento, de tal suerte que el fiscal o el juez no podrán incorporarla a las actuaciones. Con

esta expresión se quiere manifestar que concurren limitaciones a la averiguación de la verdad dentro de la investigación en el proceso penal, debido a intereses contrapuestos de índole colectiva e individual” [AMBOS].

§ 16. Si se trata de normas con rango de ley, como postula CONTI, se ha de distinguir entre:

- 1.º Inutilización general o propia: para referirse a la indicada en el artículo 159 del CPP. Rige el principio de ponderación.
- 2.º Inutilización especial: para referirse a los casos en que la prueba se adquirió o practicó violando una prohibición probatoria concreta (v. gr.: incorporación del testimonio de referencia sin respetar los del artículo 166.2 del CPP). Esta categoría no provoca problemas de interpretación porque el ámbito de aplicación es concreto y deriva de la única norma que la establece.
- 3.º Inutilización relativa o impropia: para referirse a los casos que no comprenden la normativa de los actos de prueba, sino de los actos de investigación —que no son actos de prueba: artículo IV.3 TP del CPP—, que vulneran el principio de contradicción. Es la denominada “inutilizabilidad fisiológica”, que es consecuencia de la división del proceso en varias etapas. Recuérdese que según el artículo 325 del CPP tienen carácter de acto de prueba: las pruebas anticipadas (artículo 242 y ss. del CPP) y las actuaciones objetivas e irreproducibles cuya lectura en el juicio oral autoriza el CPP (artículos 330.2 y 383.1. e del CPP).

§ 17. El concepto de *prohibiciones probatorias* es muy polémico. Se dice en Italia, al amparo de la teoría de la “carencia del poder de

instrucción”, que existe una prohibición donde la ley no permite la admisión de una prueba en el procedimiento, de tal suerte que la autoridad investigadora o juzgadora no podrá incorporarla a las actuaciones (Cas., sec. I, del 25 de octubre de 2004).

Para determinar si tal “poder de instrucción” existe, se instituyen cinco elementos de control. El juez debe:

- 1.º Localizar el interés protegido desde la norma violada –la función de la norma violada–.
- 2.º Establecer el rango de ese interés.
- 3.º Ponderar el grado o gravedad de lesión que tal instancia ha sufrido (apreciación concreta de la gravedad de la lesión) –se excluye la inutilización cuando en el caso concreto se aprecie una lesión no relevante para el interés protegido de la norma–. Lo último significa que determinadas violaciones de normas procedimentales probatorias no excluyen la utilizabilidad de las fuentes de pruebas obtenidas (v. gr.: grabación de conversaciones al detenido y a sus familiares, siempre que el fin no será el contenido sino utilizar la grabación para una prueba de reconocimiento de voz – (Cas., sec. VI, del 28 de octubre de 2008).
- 4.º Determinar la efectiva utilidad probatoria del dato obtenido.
- 5.º Definir el comportamiento del titular del derecho [CONTI].

Se está, entonces, ante una línea conceptual que prescinde de la norma que expresamente prohíbe la utilización de una prueba, y que la ubica dentro del terreno de las inutilizaciones implícitas. Estas se deducen de manera tácita del conjunto de las normas en materia de prueba. Así sucede siempre cuando se violan normas constitucionales, de derechos fundamentales de la persona, pero

también de la disciplina general de las reglas de prueba del Código Procesal Penal.

§ 18. Ahora bien, ¿toda infracción de la legalidad determina la inutilizabilidad de la prueba? Es evidente que si se trata del contenido constitucionalmente garantizado –su núcleo esencial– de un derecho fundamental, la inutilizabilidad es absoluta, sin objeciones ni excepciones posibles. Ello no quita, por cierto –lo implica–, analizar el derecho fundamental para determinar, precisamente, su núcleo esencial intangible, como se anotó en la Ejecutoria Suprema número 1408-2007/Lima Norte, del 18-12-2008. Emerge de la misma norma constitucional y del carácter inviolable del derecho fundamental. Es la consecuencia obligatoria de la denominada “inutilización constitucional”.

Distinto es el caso estadounidense, en que la regla de exclusión no es un derecho constitucional implícito en la cuarta enmienda sino un mecanismo procesal establecido por el Poder Judicial para prevenir futuras violaciones a la Constitución por parte de los agentes policiales. Como resultado de esa premisa, la Corte Suprema norteamericana permitió una serie de excepciones a la regla, bajo el modelo de costo beneficio, conforme con el cual balancea los costos sociales que resultan de la exclusión de la prueba en contra del efecto disuasivo de la aplicación de la misma [SALAS CALERO]. Las razones de las excepciones, explicitadas claramente en el caso *Stone vs. Powell* (1976) y que se inició con el caso *Schmerber vs. California* (1966), apartándose del caso *Mapp vs. Ohio* (ejemplo de absolutismo de la regla de exclusión), en cuya virtud se opta finalmente por admitir la utilización de una prueba ilícita cuando el material fuese de gran valor probatorio, son fundamentalmente dos: 1. La primacía

del programa gubernamental, con el presidente Nixon, de “Ley y Orden”, que asumió como eje la lucha contra el crimen y la reducción de los elevados costes que, según se consideraba, tenía la aplicación extensiva de la regla de exclusión. 2. La asunción de una política criminal que postulaba que esa regla permitía que muchos culpables quedan en libertad por errores sin importancia de la policía, y que, por otro lado, no lograba que los agentes de la autoridad redujesen el número de actuaciones ilícitas que llevaban a cabo [EUSAMIO-SÁNCHEZ]. Más tarde, sin embargo, las estadísticas y encuestas realizadas a juristas, policías, fiscales y jueces, demostraron lo erróneo de esas tesis: el coste era bajísimo, las exclusiones no eran significativas, y las fuerzas policiales no estaban interesadas en limitar esas reglas.

§ 19. Está claro, seguidamente, que si se vulnera otra norma constitucional será pertinente analizar la entidad de la infracción a la norma concernida, el ámbito de la norma en que incide —su esencialidad o intensidad lesiva— y su relación tanto con el aporte fáctico de la fuente-medio de prueba aportado cuanto con el nivel de afectación a la posición o entorno jurídico del afectado por la vulneración. La ponderación, en este caso, es mínima o de baja intensidad, atento a la jerarquía de la norma vulnerada.

Diferente es la cuestión de la inutilización especial, en materia de normas con rango de ley. Aquí ha de entenderse que el legislador —en uso de sus atribuciones constitucionales— ya hizo la ponderación correspondiente y, por ende, no cabe sino declararla sin análisis ulteriores que, finalmente, permitan desobedecer lo que el legislador estableció —se afectaría, entonces, los principios de legalidad y seguridad jurídica—. La capacidad funcional de la persecución penal es una cuestión ya resuelta por el legislador

[GUARIGLIA]. Las prohibiciones expresamente reglamentadas por la ley también pueden ser denominadas como absolutas prohibiciones de aprovechamiento, porque independientemente de otras reflexiones (p. ej. según las doctrinas de ponderación o finalidad de protección), con la simple violación de la ley debe confirmarse una violación de la prohibición de aprovechamiento [GÖSSEL]. Contraria será la cuestión, por cierto, si la ponderación del legislador es patentemente desproporcionada, por lo que el juez ordinario deberá inaplicar esa norma (artículo 138 *in fine* de la Constitución).

Por último, cuando se trata de la inutilización general y relativa, de normas con rango de ley que taxativamente no sancionen expresamente la inutilizabilidad de la prueba —que se presenta en la mayoría de los casos—, la ponderación se impone, con un gran nivel de intensidad, acorde con lo expuesto en el párrafo 15, que indaga la existencia, como postula la jurisprudencia italiana, de un “poder de instrucción”.

§ 20. La inutilizabilidad derivada, siempre referida a normas constitucionales y, con mayor énfasis, en derechos fundamentales materiales, es una categoría expresamente reconocida en el artículo 159 del Código Procesal Penal. La prueba derivada o refleja es una prueba en sí misma lícita, pero que se apoya o deriva de otra de forma inconstitucional. Atiende a la necesidad de evitar que la ilicitud de la prueba originaria se burle mediante su elusión fraudulenta, esto es, que se transmute mediante mecanismos indirectos. Es el único modo de hacer efectiva la regla de exclusión y conseguir la finalidad perseguida con ella.

La llamada teoría del “efecto dominó” (así denominada por el Tribunal Supremo español en la STSE del 17 de junio de 1994)

—teoría *dei frutti dell'albero avvelenato* o *fruit of the poisonous tree*: *fruto del árbol envenenado*—) exige para su declaración la existencia de una relación causal jurídicamente relevante. El vicio de origen se extiende solo en aquellos casos en que la ilegitimidad de las actuaciones originarias influyen decisivamente en el resultado de la prueba dependiente; o cuando las actuaciones indagatorias ilícitas resulten funcionalmente preordenadas a la adquisición de la prueba derivada. La Corte de Casación italiana tiene expuesto que dada la naturaleza del vicio, que incide directamente sobre la idoneidad para desarrollar función de prueba, se insta su transmisión a las actuaciones siguientes (Sentencia de 10 de octubre de 1993, caso Messina).

El fundamento de la prueba prohibida radica en que, de no ser así, las prohibiciones probatorias pueden ser eludidas muy fácilmente, lo que es más relevante en el caso de la prueba derivada. La Corte Suprema estadounidense en el caso *Mapp vs. Ohio* (1961), dijo: “la aplicación de las reglas del debido proceso no puede quedar al arbitrio de cualquier policía, porque si el Estado admitiese el uso de pruebas ilícitamente obtenidas, estimularía la desobediencia a la Constitución” —el origen de esa doctrina, no obstante, se sitúa en el caso *Silverthorne Lumber Co. vs. USA* (1920), a propósito de un registro ilegal y la subsiguiente incautación de documentos incriminatorios—. Esa misma Corte, tratándose de intervenciones telefónicas ilegales, en el caso *Nardone vs. USA* (1939) —donde surgió la metáfora del “fruto del árbol envenenado” en la ponencia del juez Frankfurter, y que tiene indudables connotaciones bíblicas (Mateo 12:33: si el árbol es bueno, su fruto es bueno; si el árbol es malo, su fruto es malo, porque por el fruto se conoce al árbol)— resolvió que debían excluirse de toda

validez las pruebas que se conocieron a raíz de una grabación a la conversación del imputado que se había efectuado ilegalmente sin autorización judicial –esta doctrina tiene como precedente el caso *Silverthorne Lumber Co. vs. USA* (1920) en la ponencia del juez Holmes–. Bajo esa misma noción, la Corte Suprema de Justicia de Argentina, en el caso *Daray* (1994), estableció que si la iniciación de las actuaciones y la incautación del cuerpo del delito son consecuencia directa y necesaria de una detención ilegal, y no existen otros elementos independientes de ella que podrían haber fundado la promoción de la acción penal, corresponde la nulidad de todo el procedimiento; antes, en el caso “*Rayford, Reginald y otros*” (13 de mayo de 1986), reiterado en el caso “*Francomano*”, acotó que: “si en el proceso existe un solo cauce de investigación y este estuvo viciado de ilegalidad, tal circunstancia contamina de nulidad todas las pruebas que se hubieran originado a partir de aquel”.

El estado de derecho no puede permitirse la actuación de la potestad punitiva en contra de sus propias reglas, a las que, además y por algo, ha dotado del máximo rango normativo. Hasta el punto de que mientras, en la Ley Fundamental, se prevén limitaciones constitucionales de los derechos cardinalmente sustantivos, nada parecido ocurre, en cambio, con el derecho a la presunción de inocencia, que impone una drástica exigencia de legalidad a las actuaciones que pudieran afectarle. El referente muy caracterizado es la doctrina de la prueba derivada.

La Constitución consagra una disciplina del proceso en los artículos 2.24.e y 139; y, de otra parte, el citado artículo 159 del CPP prescribe que: “El juez no podrá utilizar, directa o indirectamente, las fuentes o medios de prueba obtenidos con vulneración del

contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona”. La lógica de esta última norma es que su aplicación requiere como presupuesto causal, directo o indirecto, la vulneración de un derecho fundamental en la obtención de una información de cargo; como anotó la STSE 448/1997 del 4 de marzo: “[...] *la prohibición alcanza tanto a la prueba en cuya obtención se haya vulnerado un derecho fundamental, como a aquellas otras que, habiéndose obtenido lícitamente, se basan, apoyan o derivan de la anterior (‘directa o indirectamente’)*”. Por ende, una vez constatada, acarreará como consecuencia la absoluta exclusión de esta, que no podrá operar de manera alguna en el proceso. Acreditada la violación de un derecho fundamental, serán inutilizables los resultados tanto de la prueba matriz como de la(s) prueba(s) refleja(s). Se trata, pues, de una regla de exclusión y, como tal, llamada a operar en un momento previo al de la valoración de la prueba, ya que la que resulta afectada por ella, por prescripción legal, carecerá de aptitud para ser evaluada [ANDRÉS].

Queda claro que la ley (artículo 159 del CPP) no distingue o permite excepciones a esta regla; luego, se excluye lo directo y lo indirecto, la prueba directa o matriz y la prueba derivada. No pueden construirse excepciones, pues atentarían contra la raíz del programa procesal penal de la Constitución. No es del caso realizar, por vía judicial, argumentación alguna tendente a limitar los efectos de inutilización probatoria a la prueba derivada. El legislador así lo ha dispuesto.

§ 21. Estos casos, de prueba derivada, entrañan dos componentes: un acto regular, lícito, por el cual se incorpora un elemento de prueba decisivo, desfavorable para el titular de la garantía, y otro anterior, irregular, que afecta la garantía y torna posible, por

su resultado –el resultado adquirido mediante él–, la práctica del siguiente. Aquí la conclusión, de ordinario, será negar la valoración del segundo acto.

La respuesta, sin embargo, no es unánime en la doctrina procesalista. Algunos postulan que la extensión de la inutilizabilidad solo será posible si se corresponde con el ámbito de la protección de la norma procesal violada, y otros la aceptan previo ejercicio de ponderación en el caso concreto, según el peso de la infracción procesal y de la gravedad del hecho perseguido. En todo caso, es de tomar en consideración que el Estado tiene un amplio poder para obtener prueba legal –en la medida en que se han aumentado progresivamente las injerencias en el procedimiento de investigación–, incluso la mayoría de los hallazgos casuales pueden valorarse, por lo que adquieren mayor peso los motivos que cuentan a favor de un efecto extensivo. Este, por tanto, debe en principio ser aceptado de forma amplia y sólo excepcionalmente es susceptible de valoración aquello que hubiera sido investigado en un curso hipotético lícito [VOLK].

Para su identificación se aplica el método de la *supresión mental hipotética*: se suprime el acto viciado y se verifica hipotéticamente si, sin él, racionalmente se hubiera arribado al acto regular y, por tanto, al conocimiento definitivamente adquirido de modo mediato [MAIER]. En esa misma tesitura, la Corte Suprema de Argentina en el caso Fiscal vs. Aguilera Maldonado y otros (10-4-2007) enfatizó: “No incurre en arbitrariedad aquella resolución que confirmó la sentencia condenatoria del acusado recurriendo al método de supresión mental hipotética, verificando si la prueba ilegal eliminada fue decisiva para la solución del caso, allanamiento del domicilio del imputado sin orden judicial,

pues el método utilizado es plenamente válido para determinar, en el procedimiento de exclusión probatoria, si suprimido el eslabón viciado subsisten otras pruebas eficaces para sustentar la imputación”.

La valoración de la conexión debe realizarse atendiendo únicamente a la conexión misma, a la dependencia real, al uso espurio de la prueba indirecta, y a factores que desmientan la conexión o la justifiquen [ASENCIO]. Ha de preguntarse si la prueba que se cuestiona se hubiera o no descubierto sin la previa actuación ilícita (STSE del 16 de enero de 1995). Por consiguiente, que si a pesar de la ilicitud incurrida de modo primario existen otras fuentes por las que necesariamente, con un grado razonable de certeza, se hubiera podido llegar al conocimiento e incorporación de los elementos probatorios consecuentes, la inutilización probatoria no alcanza a estos [JAUCHEN].

Dice MAIER que no siempre es posible arribar a una tal conclusión –desconexión causal– en casos como los arriba mencionados: incautación de bien delictivo que procede de una entrada y registro –allanamiento– inconstitucional. En todo caso, se requiere una posibilidad real de conexión entre prueba ilícita y prueba lícita ulterior.

El nexo de causalidad exige que el juez determine si la ilicitud originaria o primaria fue necesaria o esencial para lograr la ‘segunda prueba’ analizada, y si la respuesta es positiva, porque sin la utilización de esa prueba con mácula no se hubiera logrado lo que se analiza, la prueba debe ser excluida. En caso contrario, la prueba se podrá utilizar [PARRA QUIJANO].

§ 22. Dentro de una pluralidad de adquisiciones de prueba, si una de ellas es ilícita, puede advertirse, como relativamente

segura, tres excepciones, aunque es de enfatizar que la regla es siempre la inutilización probatoria, en tanto la ley no reconoce excepciones. Habrá, pues, que examinar detenidamente, desde el derecho tutelado, si se ha producido una infracción o no al bien jurídico o interés jurídico protegido:

1.º Se tiene el llamado “descubrimiento inevitable” (*inevitable discovery*) –sentencia *Nix vs. Williams* (1984), a la que siguió la sentencia *Oregon vs. Elstad* (1985)–, conforme con el cual una prueba obtenida por medios prohibidos puede ser admitida y valorada si ella hubiera sido inevitablemente descubierta, en el caso concreto, por medios lícitos –aquí el buen sentido común y las reglas de experiencia son, por ello, esenciales; también lo es el principio de que la duda favorece al reo–. En todo caso, se requiere que exista en marcha una línea de investigación paralela que hubiera conducido indefectiblemente al descubrimiento de esos hechos [GASCÓN].

Pero, como se trata de una ficción –carácter meramente conjetural o hipotético del juicio que se realiza; no existen otros medios de prueba, sino únicamente una hipótesis, una conjetura o un razonamiento *contrafáctico*–, solo tolera casos excepcionalísimos, muy sencillos, en los cuales la exclusión del elemento de prueba aparezca, sin duda alguna, como absurdo. En todo caso, se ha de acreditar la seguridad del hallazgo en tiempo y forma razonable, y no mediante una mera hipótesis.

GONZÁLEZ CUSSAC acota, sobre el particular, que debiera exigirse la existencia de un curso causal hipotético concreto, es decir, que los órganos de la persecución estatal tengan efectivamente, en el caso concreto, la posibilidad razonable de adquirir la prueba de forma lícita.

Podría considerarse un supuesto de descubrimiento inevitable lo examinado en Ejecutoria Suprema recaída en el caso El Polo (N.º 4826-2005/Lima, del 19 de julio de 2007), que excepcionalmente justificó un registro domiciliario sin orden judicial pero con causa probable [VILLAR].

2.º Igualmente, es de reconocer, como excepción razonable, la denominada “fuente independiente” (*independent source*) –aunque es una excepción impropia pues la prueba cuestionada no deriva de la maculada–, iniciada por la Sentencia Silverthorne Lambert Co. vs. USA (1920) y consolidada por las sentencias Bynum vs. USA (1960), Rawlings vs. Kentucky (1980), Segura vs. USA (1984), Nix vs. William (1984), Murray vs. USA (1988) y USA vs. Markling (1993). Se aplica cuando, además de la prueba ilícita, concurren otras pruebas que no traen causa en la primera, sino que derivan en realidad de una fuente independiente en la que la actuación de la autoridad haya estado sujeta a todos los requisitos legales. En consecuencia, se admite como lícita la prueba aparentemente derivada de una precedente ilícita, siempre que se demuestre que no existe una conexión entre la prueba obtenida ilícitamente y la segunda prueba lícita, esto es, siempre que pueda afirmarse que la segunda prueba había sido obtenida de manera independiente de la originaria prueba ilícita [EUSAMIO-SÁNCHEZ].

Es de insistir que si la prueba se obtiene haciendo uso de un medio independiente de una actuación ilícita, no puede ser excluida; tal adquisición de información está completamente libre de vicios. La prueba independiente o autónoma es una prueba en sí misma lícita y que tampoco tiene una conexión causal alguna con aquella violación inicial de los derechos fundamentales,

de tal modo que si se suprime mentalmente el acto infractor, dicha prueba resulta inalterada [CAMPANER]. Así, por ejemplo, registros domiciliarios autorizados por resolución motivada y desconectados de una intervención telefónica declarada ineficaz (STCE N.º 14/2001); intervención telefónica sin motivar los indicios que la justifican –lo que lo convierte en ineficaz–, pero constatada la intervención de otros teléfonos mediante autos motivados, que es independiente de la anterior, se entiende que la condena se fundó en prueba de cargo independientes (STCE N.º 138/2001); y existencia de declaraciones de agentes policiales que observaron al imputado realizar varias operaciones de venta de drogas y las de varios compradores de drogas que confirmaron esa actividad, frente a una incautación de droga derivada de una allanamiento ilegal (STSE del 8 de noviembre de 1999).

Enumera, al respecto, GONZÁLEZ CUSSAC cuatro requisitos para afirmar la proclamada independencia alegada –la prueba derivada no se obtiene a partir de la prueba ilícita–: (i) que la prueba derivada es producto del curso de una investigación actual, no hipotética; (ii) que ha sido practicada de forma regular; (iii) que es previa o coetánea a la acción estatal lesiva (no posterior); y, (iv) que conduce al mismo medio probatorio.

Diverso es el caso, reflejado en las sentencias de la Corte Suprema de Argentina (Raydord, Ruiz y Daray), cuando mencionan que, en general, es posible utilizar una prueba obtenida de manera ilegal cuando surja de la causa la posibilidad concreta de arribar al mismo resultado mediante un curso de investigación alternativo, autónomo de la fuente contagiada de ilegitimidad –fuentes independientes o cursos hipótesis de la investigación–, para lo cual resultará necesario corroborar la existencia de un camino

seguro para arribar al dato obtenido por la vía ilegal [CHAIA]. No obstante ello, ya no se está ante una fuente independiente no maculada y, por ello, la declaración de inutilización es inevitable, sin excepciones.

3.º Un caso polémico es el de la confesión del imputado, que puede operar como prueba autónoma e independiente de la prueba inutilizable, siempre que se acredite que dicha declaración esté precedida del previo informe de sus derechos constitucionales de guardar silencio, que en ese momento esté asistido por su abogado, y se trate de una declaración voluntaria, sin vicios ni situaciones sugestivas que puedan alterar la voluntariedad de la misma (v. gr.: STSE del 12 de febrero de 2014). Luego se volverá respecto de este supuesto, pero desde ya es de rechazarla como excepción.

Sigue esa misma línea, por ejemplo, la Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia SU-159/02, en cuya virtud se excluye una grabación por ser considerada ilícita, pero las personas, refiriéndose a los mismos hechos, dan declaraciones a los medios de comunicación y hacen comunicados, y estos últimos se tienen en cuenta para condenarlos. Se estima que aquí hay una fuente independiente, porque por un acto de voluntad libre se hacen las declaraciones a los medios de comunicación; aquí, en estricto sentido, no hay árbol envenenado y no se justifica excluir la prueba [PARRA QUIJANO].

4.º Un último supuesto, de carácter general, planteado por la sentencia Chapman vs. California (1969), es la doctrina del error inocuo (*harmless error exception*). Según ese fallo cuando una prueba inadmisibile no ha sido debidamente excluida en

primera instancia y se ha dictado sentencia condenatoria, no procederá la anulación de la sentencia por esa causa cuando el defecto sea considerado por el Tribunal de Apelación irrelevante para el resultado final del caso. El Tribunal ha de tener la certeza hipotética de que el acusado habría sido igualmente condenado. Los errores y defectos sin relevancia práctica sobre los procedimientos judiciales no constituyen causa de nulidad, si hubiera certeza de que el resultado habría sido el mismo de no haberse producido el error en cuestión. La sentencia *Arizona vs. Fulminante* (1991) puntualizó que esta doctrina recaía en los errores procesales (*trials errors*), pero no en los errores estructurales (*structural errors*) [FIDALGO].

§ 23. De otro lado, no es de recibo, por el gran paso que significa para la destrucción de la regla de exclusión [GASCÓN], la denominada excepción de buena fe (*good faith exception*) –sentencias *Michigan vs. De Filippo* (1979), *Massachusetts vs. Sheppard* (1984) y *USA vs. León* (1984), esta última imitada por la STCE 22/2003, del 10 de febrero, y la STSE 994/1977, del 4 de julio—. En la sentencia *USA vs. León*, el funcionario de la persecución creyó, erróneamente, obrar conforme a derecho a raíz de una orden inválida, en una ley declarada inconstitucional –en este último supuesto rige la sentencia *Illinois vs. Krull* (1987)—; o en errores del personal judicial, que es el caso de la sentencia *Arizona vs. Evans* (1995)–. Es pertinente resaltar que, en esta etapa de desconstitucionalización de la regla de exclusión en Estados Unidos, su fundamento ya no reside en argumentos de tipo constitucional, sino en el mero efecto disuasorio. Corona esa línea jurisprudencial, la sentencia *Illinois vs. Rodríguez* (1990), en que en un caso de allanamiento policial lo que debía exigirse a la autoridad no era que este fuese correcto sino que fuera razonable.

Asimismo, luego, la jurisprudencia USA incluyó episodios aislados de negligencia del agente público –que es el caso de la sentencia *Herring vs. USA* (2009): no tener actualizada la base de datos de requisitorias y, por ello, se captura y en el registro personal se le incauta droga a una persona–; la actuación policial conforme con una jurisprudencia vinculante que luego fue modificada (*overruling*) –sentencia *Davis vs. USA* (2011)–; y la regla por razones de seguridad pública, esto es, situación de riesgo inminente para la seguridad –el ejemplo paradigmático es la sentencia *New York vs. Quarles* (1984), en la que si bien no se fuerza al imputado a la autoincriminación, pero no se le señala su derecho a abstenerse a declarar (en ese caso el imputado reveló dónde se encontraba un arma de fuego sin previa lectura de sus derechos)– [VILLAR].

Solo se negó la buena fe cuando, por ejemplo, (i) se obtuvo fraudulentamente una orden judicial al proporcionar información distorsionada o mutilada del caso –v. gr.: sentencia *Franks vs. Delaware* (1978)–; (ii) se ejecutó indebidamente –sentencia *USA vs. León* (1984)–; (iii) el juez no fue neutral en la emisión de la orden respectiva, hizo dejadez de sus funciones –sentencia *Lo-Ji Sales Inc. vs. New York* (1979)–; (iv) la orden no fue motivada como correspondía –*Brown vs. Illinois* (1975)–; o (v) adoleció de concreción –sentencia *Massachusetts Vs. Sheppard* (1984)–. Se trata, como no puede ser de otro modo y expresado en términos sustantivos, de la presencia de un error invencible y del análisis de lo que se denomina negligencia profesional. No obstante, su fundamento último radica en que no existiría efecto disuasivo alguno, por cuanto la actuación no se encuentra signada por un accionar voluntario contrario a la ley, más bien existe un error por

parte del agente que obra en creencia de hacerlo correctamente [CHAIA], el cual, como ya se ha sostenido, no es de recibo en el derecho latino o *civil law*.

Apunta, al respecto, DEL MORAL, que “debe exigirse, usando el paralelismo penal, una conducta antijurídica y culpable (aunque sea simple negligencia). No es ‘ilícita’ a estos efectos la acción, ni por tanto la prueba, cuando se ha actuado de buena fe, con la convicción de que la conducta se ajustaba al ordenamiento y sin indiligencia, indiferencia o desidia reprochables” (STSE N.º 239/2014, de 1 de abril, párrafo I. Voto singular).

Es de insistir que los argumentos en cuestión solo son válidos para definir si el funcionario actuó culpablemente, pero no para determinar si su conducta vulneró la garantía del titular. Tal doctrina, en todo caso, es criticable porque es demasiado amplia, de suerte que no queda asegurada la garantía constitucional que se protege con la regla de exclusión [GÓMEZ COLOMER]. Lo fundamental es la no vulneración de la legalidad —no el efecto disuasivo—, de suerte que si se conculca se desnaturalizaría la administración de justicia pretendiendo hacerla beneficiaria de un hecho ilícito. Es un principio supremo, de orden público [JAUCHEN].

La sentencia del Pleno de la Corte de Casación italiana del 16 de mayo de 1996, por el contrario, afirmó que el respeto de los derechos fundamentales constitucionalmente tutelados comporta que las pruebas incorporadas en violación de los mismos son radicalmente inutilizables; y ello sin perjuicio, por ejemplo, del deber de practicar el secuestro de la heroína, que es un acto debido, y que debe ser efectuado de todas formas.

Si se atribuye que la actuación de la autoridad es ilícita, si no delictiva, es exigible para su inutilización judicial algo más que una sospecha carente de fundamento (STSE del 23 de enero de 2013). El derecho a la presunción de inocencia no arrastra a presumir la invalidez de los medios de prueba sobre los que una parte quiere arrojar una sospecha de incorrección. La presunción de inocencia obliga a tener a toda persona como inocente en tanto no concurren pruebas que acrediten su culpabilidad; pero no conduce a presumir que las pruebas inculpatorias son ilegítimas mientras no quede establecido de manera plena lo contrario (STSE N.º 406/2010). Las limitaciones para revisar los hechos en casación rigen también para aquellos que fundan la presunta ilicitud de una prueba [MARTÍNEZ JIMÉNEZ].

§ 24. Otra excepción, derivada de la teoría española de la “conexión de antijuricidad” –iniciada en la STCE 81/1998, del 2 de abril–, la cual fue creada precisamente para justificar e identificar excepciones a la regla de exclusión [GASCÓN], es la excepción de confesión voluntaria del imputado –en buena medida procedente de la doctrina del nexo causal atenuado–: *attenuation of causal connection* o *purget taint* –contaminación atenuada–, propia de la sentencia Wong Sun vs. USA (1963) y de las sentencias USA vs. Ceccolini (1978) y Dunaway vs. New York (1979). Indica esta excepción que si las pruebas fueron obtenidas de una forma suficientemente diferenciada de la ilegalidad originaria como para determinar que estaban “limpias” de dicha ilicitud, entonces, al haberse roto la conexión inicial, serían admitidas [EUSAMIO/SÁNCHEZ]. Determinar cuándo se ha roto esta cadena variará en función de las circunstancias del caso concreto, pero se toma como referencia (i) el factor temporal:

lapso de tiempo transcurrido entre la ilicitud originaria y la nueva fuente; (ii) la intencionalidad del agente público y el efecto disuasorio que sobre él podría tener la inadmisión de la prueba; y (iii) la magnitud o características de la violación e importancia y naturaleza derivada de la ilicitud, es decir, el resultado [MARTÍNEZ GARCÍA].

En el Derecho Penal material, equivalentemente, se acudiría como fundamento, de un lado, a la “prohibición de regreso” en la imputación objetiva: ruptura del nexo causal por la interferencia posterior de la acción libre y espontánea de un tercero; y, de otro lado, a las exigencias del juicio de proporcionalidad, y a los razonamientos en torno al dogma del bien jurídico, al principio de ofensividad o de exclusiva protección de bienes jurídicos, y al contenido de injusto (grado de lesión o puesta en peligro del interés tutelado) [GONZÁLEZ CUSSAC].

La STCE 161/1999, del 2 de setiembre de 1999, estableció que la confesión o admisión de los hechos criminales, siempre voluntaria e informada del imputado, enerva la presunción de inocencia, al no existir ‘conexión de antijuricidad’ con un registro domiciliario ilegal o declarado ilegal, lo que permite su condena; esa misma conclusión siguió la STEDH caso Gäfgen de 1-6-2010. A estos efectos, se requiere que al imputado: (i) se le informe de modo previo de sus correspondientes derechos –entre los que se tiene el de guardar silencio o negarse a contestar–, (ii) se encuentre al momento de la declaración asistido de su letrado –no es fiable una declaración policial sin la presencia del defensor– [STEDH caso Yury Volkov del 19 de diciembre de 2013], y (iii) se trate de una declaración voluntaria, sin vicios ni situaciones sugestivas que puedan alterar tal voluntariedad [SSTEDH casos JB del 3 de

mayo del 2011 y Weh del 8 de abril de 2004] –bajo el entendido de que la confesión por su propia naturaleza es independiente de cualquier otra circunstancia del proceso ya que su contenido es disponible por el acusado y depende únicamente de su voluntad–; esta tesis fue la adoptada por la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso *Wong Sun* (1963), aunque luego cuestionada en el caso *Brown vs. Illinois* (1975). La jurisprudencia del Tribunal Supremo de España ha sido más restrictiva, pues en dos bloques de decisiones (SSTSE 369/1999, del 13 de marzo de 1999, y 370/2008, del 19 de junio de 2008) ha sostenido que (i) solo será aceptable la validez de la declaración autoinculpatoria cuando se produce con posterioridad a que el juez haya declarado la nulidad de la diligencia inconstitucional, sea cual fuere la fase procesal en que suceda, o (ii) cuando se produce por un imputado consciente de la eventual anulación de la diligencia en cuestión y sus resultados, por ser inconstitucional [CAMPANER].

Sin embargo, lo cierto es que, como plantearon las SSTSE del 17 de enero de 2003, 160/2003 del 24 de febrero de 2003, y 1048/2004 del 22 de setiembre de 2004; en la práctica los datos confesados suelen provenir directamente y estar íntimamente relacionados con los obtenidos de forma ilícita; la confesión, consecuentemente, no puede catalogarse como proveniente de una causa real diferente y totalmente ajena a la ilegitimidad del acto previo: no es posible estimar que lo ilícito no existió o que existiendo no es causa precisa de lo que admita el imputado [GÓMEZ COLOMER]. La confesión no puede ser nunca una prueba renovada, la infracción grave del ordenamiento jurídico determina que no es subsanable ni convalidable, de tal manera que nunca puede ser practicada una prueba derivada de aquella que sirva para remediar la violación previa [ASENCIO]. Por lo demás, como dejó

anotado la STSE 125/2010, del 16 de febrero de 2010: “No se puede dejar en manos de un letrado, por muy técnico en derecho que sea, la decisión de permitir, sin las advertencias y debidos asesoramientos jurídicos, la autoimputación de un hecho que lleva aparejada una pena grave. El sistema no puede permanecer indiferente ante la posible inhabilidad técnica o el consejo perjudicial que puede emanar del director técnico y llevar a una confesión de consecuencias extremadamente gravosas”. No cabe que el juzgador sortee las previsiones del legislador elaborando tesis jurisprudenciales que no se adecúan a las estrictas previsiones de la ley [CAMPANER].

La doctrina que permite rechazar tal excepción es la del “principio de unidad de acto”, que prohíbe contemplar aisladamente los elementos o secuencias de una misma intervención delictiva, cuando la naturaleza de estas impide su consideración unitaria. Este principio de unidad de acto garantiza los derechos del ilícitamente detenido para que no sea posible aislar la confesión o la segunda intervención restrictiva, la intervención corporal, del hecho mismo de la detención [ARMENTA].

§ 25. Por último, una excepción mayoritariamente aceptada es la denominada “prueba ilícita *in bonam partem*” —se considera una excepción lógica a la regla general de inutilización probatoria—. Se está ante este supuesto cuando a pesar de la ilegalidad con la que se ha obtenido la prueba, el significado de ella tiene una eficacia a favor del imputado. Como las garantías se construyen en homenaje fundamentalmente al imputado, adquieren mayor eficacia cuando un elemento probatorio obtenido ilegalmente permite el esclarecimiento de los hechos corroborando el estado de inocencia del imputado [JAUCHEN]. El límite de esta excepción

se da cuando la ilegalidad haya sido provocada o producida de propósito por el propio imputado [HUERTAS MARTÍN]; solo se admite para tal valoración, entonces, a partir del artículo VIII.3 TP del CPP, fuentes de pruebas obtenidas ilícitamente por agentes estatales; no está autorizado al imputado a obtener pruebas lesionando derechos fundamentales de terceros para luego utilizarlas a su favor [TALAVERA].

Una excepción razonable a la inutilización de la prueba ilícita, entonces, tendrá lugar cuando se acredite en el proceso que la ilicitud fue dolosa y fraudulentamente provocada por el sujeto investigado para conseguir la ineficacia probatoria.

§ 26. No se está ante una excepción a la inutilización probatoria en los supuestos incursos en la denominada “teoría del riesgo”, circunscripta a la fuente de prueba obtenida y actuada por particulares –no por agentes públicos u oficiales– [CASTRO TRIGOSO]. Esta doctrina rige en declaraciones extrajudiciales proporcionadas por una persona en la que suministra información de conductas delictivas en las que ha intervenido. Tales conversaciones, incluso, han podido ser grabadas o filmadas clandestinamente o, en todo caso, registradas con motivo de una llamada telefónica, sin que él lo sepa.

Su justificación reside en el riesgo a la delación que voluntariamente asume toda persona que ante otra hace revelaciones sobre un delito o realiza actividades relacionadas con este; la justicia no va a cuidar los derechos de los ciudadanos, más allá de que estos estén interesados en su preservación [CAFFERATA]. Al respecto, la Corte Suprema de Argentina sostuvo en la Sentencia recaída en el caso “Fiscal vs. Fernández”, de 11-12-1990: “el riesgo tomado

a cargo por un individuo que propone a otro la comisión de un delito o que voluntariamente permite a otro conocimiento de tal propuesta o hechos que son relevantes para la prueba de un delito ya cometido, incluye el riesgo de que la oferta o los hechos puedan ser reproducidos ante los tribunales por quien, de esa forma, tomó conocimiento de ellos”.

Tres ideas son claves al respecto. Primera, quien comunica a otro una cosa libremente corre el riesgo cierto de que este último la revele. Segunda, no se afecta el derecho al secreto de las comunicaciones porque este se circunscribe a la tutela frente a terceros ajenos a la comunicación, no a quien participa en la misma y sin conocimiento que la otra parte registra su tenor (STCE 4/1984, de 29 de noviembre). Cualquier persona puede grabar su propia conversación sobre los comunicantes no pesa el deber de secreto, salvo que se trate de quien está obligado al secreto profesional y, por ende, no puede divulgar lo que conoce en virtud de esa relación; incluso, si uno de los interlocutores en la conversación telefónica autoriza a la policía a registrar sus conversaciones para poder así determinar el número desde el que le llamaban, al contar con aparato técnico para ello (STCE 56/2003, del 24 de marzo). Tercera, tampoco se lesiona el derecho a la intimidad, en cuanto éste no comprende al que decide cometer un delito y manifiesta así su propósito criminal —debe diferenciarse, por lo demás, entre comunicaciones íntimas y privadas, y las que no lo son (STSE del 10 de febrero de 1998)—; cuando una persona exterioriza sus pensamientos sin coacción de ninguna especie, demuestra que el titular del derecho no desea que su intimidad se mantenga fuera del alcance del conocimiento de los demás (STSE del 11 de mayo de 1994).

No obstante, es pertinente tomar en cuenta la postura, entre otros, de DENCKER, quien señala que el *nemo tenetur se ipsum procedere* pierde su objeto cuando se trata del empleo de métodos de investigación secretos empleados en su contra. Las escuchas telefónicas, los micrófonos direccionales, los minimicrófonos, las cámaras ocultas, los agentes encubiertos y los informantes agotan la información sobre el imputado, sin dejarle siquiera la libre decisión de si hubiera deseado hacerle llegar esta información a las autoridades encargadas de la investigación o no” [CAFFERATA].

§ 27. La doctrina de los “hallazgos casuales” incide, de uno u otro modo, en la inutilizabilidad probatoria. Esta surge cuando lícitamente durante una diligencia de investigación de búsqueda y obtención de pruebas relacionadas con un determinado delito, aparecen pruebas relativas a un delito distinto, que pueden referirse al mismo investigado o a otra persona. La doctrina jurisprudencial española utilizó, al respecto, dos criterios: el delito flagrante (SSTSE 315/2003, del 4 de marzo, y 981/2003, del 3 de julio) y el de la regla de la conexidad (SSTSE del 30 de marzo de 1998 y del 4 de octubre de 1993).

Si el hallazgo fue producto de una diligencia de ingreso y registro válidos legalmente en su origen, y este hallazgo es de buena fe —no fraudulento (STCE 41/1998, del 24 de febrero)—, se tiene que se está ante un delito flagrante respecto de lo no cubierto por la orden habilitante; no hace falta siquiera suspender el acto de registro a la espera de una orden judicial nueva (STSE 1093/2003, del 24 de julio). Desde el criterio de la conexidad se enfatiza que el delito nuevo es algo añadido al delito investigado, al haber dado la investigación sobre este resultado positivo, por lo que se aplican las normas sobre conexión, en consecuencia, no

existe novación del objeto de investigación sino simple adición a este [LÓPEZ BARJA].

La justificación constitucional del hallazgo inevitable se encuentra, en verdad, en la presencia de modulaciones que delimitan el contenido de los principios de proporcionalidad e intervención indiciaria. Se trata, según conoce la doctrina constitucionalista, de ámbitos de restricción imponderada y con déficit indiciario. Las hipótesis de restricción imponderable admisibles son aquellas en que no haya habido una persistencia restrictiva que desborde el contenido de ambos principios. Así, cuando hubo posibilidad de obtener, sin merma de la investigación, la ampliación de la resolución judicial, dicho hallazgo no podrá surtir efecto procesal alguno [DÍAZ-MARTÍN].

§ 28. Distinto de la ineficacia o inutilizabilidad derivada es el llamado “principio de no sustitución”. No se cuestionan dos pruebas en relación de prejudicialidad, más bien de una prueba que se convierte en un atajo para rodear una prohibición relativa a otra prueba (v. gr.: testimonio utilizado para introducir subrepticamente los resultados de una interceptación viciada en sí misma (Sentencia Cas., sec. II, del 18 de marzo de 2008). El principio general de legalidad de la prueba permite deducir una prohibición general de desviaciones subrepticias: es una regla general [CONTI].

El Pleno de la Corte de Casación italiana del 24 de setiembre de 2003 estableció que cuando el Código establece una prohibición probatoria o una ineficacia expresa, está prohibido el recurso a otros instrumentos procesales, típicos o atípicos, utilizados con la finalidad de sortear subrepticamente la referida prohibición probatoria expresamente establecida.

§ 29. En cuanto al régimen de control de la inutilización probatoria, es preciso abordar tres puntos finales, exclusivamente procesales.

1.º Control de oficio. En tanto la declaración de no utilización de fuentes o medios de prueba ilícitas constituye una garantía objetiva en el sistema procesal y, específicamente, de la propia noción de prueba, los jueces, como garantes de la legalidad –constitucional, ordinaria y reglamentaria–, deben actuar no solo a instancia de parte sino también de oficio. Es claro que lo normal es que las pruebas ilícitas se depuren gracias a la intervención de las partes, pero ello no obsta a que el juez pueda –y deba– hacerlo.

Esto último trae a cuenta dos datos esenciales:

Primero, la tesis de que solo puede invocar la vulneración de una ilicitud probatoria el sujeto pasivo de la infracción normativa –solo si el afectado tenía una expectativa legítima de intimidad en el momento de la actuación restrictiva de la autoridad–, impuesta, por ejemplo, por las sentencias *NAACP vs. Button* (1963), *Alderman vs. USA* (1969) y *Rakas vs. Illinois* (1978), que parte de la tesis de que los derechos son estrictamente personales, no pueden ser reivindicados de forma vicarial –únicamente su titular puede exigirlos en su propio beneficio– no es de recibo en el derecho latino [FIDALGO]. Una decisión muy clara al respecto, es la Sentencia de la Corte Suprema de Argentina, caso *Rayford* (1986). La ilicitud probatoria importa una vulneración al orden público que constituye una situación indivisible para todos aquellos directa o indirectamente afectados, aunque no sean los titulares de la norma-garantía conculcada [JAUCHEN].

Segundo. La relevancia del sujeto infractor, si es un sujeto público en el ejercicio de sus funciones o un sujeto privado, ha originado

diversas posiciones. Unos consideran que la Constitución solo limita la acción de los poderes públicos y, más en concreto, de que los derechos fundamentales solo tienen eficacia directa frente a los poderes públicos —se extiende a todo tipo de empleados públicos que realicen actos de investigativa naturaleza pública, así como los particulares cuando actúan como instrumentos de agentes del orden público [CHAI]— y no frente a los particulares (Sentencia USA vs. Jacobsen, 1984). Esta postura se basa en la consideración de que la finalidad de las prohibiciones probatorias estriba en desalentar a los policías y a otros órganos de persecución del delito a incurrir en actos delictivos o en prácticas irregulares en la obtención de la prueba [LÓPEZ BARJA].

Sin embargo, la posición más extendida en nuestro Derecho eurocontinental es la contraria, pues se estima que todos están obligados al respeto de los derechos fundamentales —de la legalidad—, que la Constitución tiene un fuerza normativa y los derechos fundamentales son inviolables (*Drittwirkung*), por lo que no interesa quién realice la violación desde afuera de un norma-garantía [GÁLVEZ MUÑOZ]. Es más, se reconoce que la obtención de una prueba bajo parámetros que podrían ser considerados ilícitos no es una actividad privativa de los órganos estatales; los particulares suelen realizar prácticas tendientes a obtener datos o información que luego aportan al proceso penal sin respetar las disposiciones relativas a la forma en que deben adquirirse esas pruebas [CHAI]. El Tribunal Constitucional claramente opta por esta posición, puesto que la vinculatoriedad de la Constitución se proyecta *erga omnes*, no solo al ámbito de las relaciones entre los particulares y el Estado, sino también al de aquellas establecidas entre particulares (STC N.º 410-2002-AA/TC); además, cualquier acto proveniente de una persona natural

o jurídica que pretenda conculcar o desconocer los derechos fundamentales resulta inexorablemente inconstitucional (STC N.º 1124-2002-AA/TC).

Además, el artículo 159 del CPP no introduce distinción alguna en este sentido. Sin embargo, admitido eso no puede ocultarse que por tradición, por teleología, por ponderación de derechos fundamentales en tensión y por sus finalidades, el juego de esa norma, de máxima intensidad cuando la violación proviene de un agente estatal consiente más modulaciones en el caso de particulares (STSE N.º 239/2014, del 1 de abril. Voto singular: Del Moral García). Es evidente, entonces, que no pueden solucionarse con arreglo a las mismas pautas valorativas los casos en que, por ejemplo, una grabación de supuestas escenas vinculadas a un delito es realizada por agentes policiales que han asumido la investigación de un hecho delictivo y aquellos en que son los particulares quienes obtienen la grabación. Tampoco se medirá de igual forma tratándose de particulares cuando tratan de buscar pruebas para advenir una denuncia, o de entidades bancarias como medida disuasoria frente a robos, ni cuando una grabación que se realice con simultaneidad al momento en que se ejecuta el delito, frente a aquellos otros en los que se busca información sobre delitos ya cometidos o planeadas para el futuro. También resulta ineludible, a estos efectos, el análisis del entorno físico en el que las imágenes fueron grabadas, la actitud de los protagonistas y la naturaleza de la información—confidencial o no—que fue proporcionada (STSE N.º 793/2013, del 28 del octubre).

En esa misma perspectiva, no solo deben contextualizarse los hechos procesales cuestionados, sino también determinarse si se está frente a lesiones periféricas o aquellos que alcanzan al

núcleo duro del contenido material de un derecho fundamental. Decisivos, por tanto, resultan el alcance y la intensidad de la afectación del derecho fundamental menoscabado, así como el significado de esa actividad por el particular que, a raíz de su actuación, hace aflorar unos documentos a un archivo informático de singular valor probatorio. Si el particular no actúa como un agente al servicio del Estado para obtener fuentes de prueba —actuación sin vinculación alguna con el *ius puniendi*—, no cabe inutilización probatoria alguna (STSE N.º 116/2017, del 23 de febrero).

2.º Momento de la declaración de la infracción. Se trata de determinar si la inutilización de pruebas se puede declarar, desde ya, en sede de investigación preparatoria para referirse a los actos de recolección de fuentes de prueba o si debe reservarse para el momento de la incorporación de las fuentes de prueba al proceso en sede de etapa intermedia o, tal vez, cuando corresponda dictar la sentencia definitiva al finalizar en sede de enjuiciamiento.

Primero, es evidente que los casos más comunes de infracciones a la legalidad probatoria se producen en el ámbito de la recolección de fuentes de prueba y, por tanto, no es razonable siquiera suponer que exista alguna razón dogmática o normativa para impedir que en sede de investigación preparatoria pueda inutilizarse lo obtenido en contra de la legalidad —la contaminación de toda la actividad investigativa, a partir de la cual se pueden dictar numerosas resoluciones instructoras, es argumento suficiente para concluir que la declaración de inutilización debe estar expedita desde el primer momento—. Otro argumento importante estriba en que mantener un proceso sobre una prueba ilícita atenta a las igualdad de las partes, a la buena fe y al derecho de defensa

[ASENCIO]; de igual manera, se corre el riesgo de que puedan dictarse medidas coercitivas tanto personales como reales sobre la base de pruebas ilícitamente, consumándose en sede judicial la lesión irreparable a los derechos de las personas [CASTILLO]. Lo importante es la existencia de una violación de las normas-garantía sobre la prueba, determinantes de la sanción de inutilización probatoria, “no el momento en que tal violación se haya producido” [GÁLVEZ MUÑOZ]. Una prueba ilícita no debe ser admitida; de serlo, no debe ser practicada; y, en último caso, no debe ser valorada [ASENCIO]. De ahí que sostener, como lo hace el Tribunal Constitucional, que no se puede inutilizar pruebas en una etapa inicial del proceso penal, es sustancialmente incorrecto, tal como consta de la STC N.º 4023-2007-PHC/TC-Lima, del 4 de octubre de 2007, caso García Sifuentes; y en la STC N.º 655-2010-PHC/TC-Lima, del 17 de octubre de 2010, caso Químper Herrera [SÁNCHEZ CÓRDOVA].

El artículo 71, apartado 2, del CPP autoriza que en vía de acción de tutela pueda inutilizarse una fuente de prueba –para los derechos allí estipulados–; el artículo 202 del CPP estipula que la restricción de derechos requiere de su conformidad con la ley, y el artículo 337 del CPP estatuye que los actos de investigación se realizarán dentro de los límites de la ley. Por consiguiente, desde ese plexo normativo, es de entender que si se vulnera una norma-garantía durante la etapa de investigación preparatoria, el CPP permite la exclusión o inutilización probatoria. Así lo ha establecido el Acuerdo Plenario N.º 4-2010/CJ-116, fj. 11 y 17 [CÁCERES].

Segundo, que en la etapa intermedia, en la que se admiten los medios de prueba que han de actuarse en la etapa de enjuiciamiento

(artículo 350.1, f del CPP), es el momento clave para, ante la no inutilización producida en sede de investigación preparatoria, decidir que solo ingresan a juicio los medios de prueba que cumplan con el principio de legalidad (artículos 155, apartados 1 y 2, y 352, apartado 5, literal b –que se expresa a través de la noción de conducencia– del CPP).

Tercero, que en la etapa de enjuiciamiento es posible, en vía de “solicitud de nueva prueba”, que el juez penal resuelva sobre la admisión de nueva prueba y el reexamen de las inadmisiones probatorias decretadas en sede intermedia (artículo 373 del CPP), así como que, al finalizar la recepción de las pruebas, pueda pronunciarse acerca de la actuación de nuevos medios probatorios y de prueba de oficio (artículo 385.2 del CPP). En ambos casos, será pertinente, siempre, definir si se presenta la inutilización de pruebas.

Por consiguiente, se considera equivocada la STC N.º 655-2010-PHC/TC, del 27 de octubre de 2010, que decidió que el momento oportuno para inutilizar la prueba es el juicio oral. Las normas procesales no avalan esta tesis. El CPP considera la prueba ilícita como un supuesto de ineficacia que debe decretarse y denunciarse cuanto antes, tan pronto sea conocida, aunque es obvio que, tratándose de inutilización de pruebas, no cabe la convalidación ni opera la preclusión [CAMPANER]. Una prueba ilícita no solo no puede fundar una sentencia condenatoria, tampoco puede servir para imputar, procesar o adoptar medidas de coerción contra el encausado.

Una prueba ilícita no afecta el principio de valoración de la prueba –que sería el caso si se espera a la emisión de la sentencia–, sino que vulnera el principio de legitimidad –de licitud– de

la prueba [SÁNCHEZ CÓRDOVA] y, por ello, debe inutilizarse apenas se advierta. Con razón, expresó la STC N.º 2333-2004/HC-TC-Callao, del 12 de agosto de 2004, que la prueba debe respetar el principio de licitud. De igual manera, el principio de libertad probatoria que rige en el derecho procesal moderno, no es absoluto, sufre concretas limitaciones referidas directamente a los medios de prueba, a sus elementos e, indirectamente, a la valoración de la prueba [BROWN].

Cabe señalar que la inutilización de una prueba debe ser declarada en cualquier resolución de mérito que deba dictar el órgano jurisdiccional, y no solo en la sentencia definitiva. Incluso el hecho de que un acto del órgano de acusación se sustente en un acto de investigación o en una recolección de pruebas que trae aparejada la sanción de inutilización, y aun cuando el órgano jurisdiccional se fundó en esas actuaciones para dictar una resolución determinada, que quedó firme, “ello no impide que la exclusión puede ser planteada ante el juez del juicio[...]; la no preclusión de este derecho, así lo permite” [JAUCHEN].

Dos datos finales: (i) la inutilización inmediata, apenas se detecte, es consecuencia del principio de “higienización” procesal, que determina la necesidad de extirpar la prueba ilícita cuanto antes, evitando así la contaminación del proceso (el contagio de las pruebas sanas) y su conducción a una suerte de “metástasis procesal”; y, (ii) la inutilización probatoria debería ir acompañada de la exclusión física de esa prueba, expulsarle del expediente, aunque por excesiva no será posible que también se excluyan los jueces que han estado en contacto con aquella, aun cuando se reconozca determinado riesgo de una contaminación psicológica [CAMPANER].

3.º Prueba ilícita e inicio del proceso. Un sector de la doctrina considera que, si la imputación se sustenta exclusivamente en prueba ilícita o que no existe posibilidad de obtener y actuar prueba al margen o con independencia de esa ilicitud, se vulnera un presupuesto procesal vinculado a la causa, concretamente una imposibilidad de proceder por falta de acción. Si no se puede realizar un proceso con pleno respeto de los derechos o garantías individuales y de las reglas que disciplinan el proceso, entonces, no cabe aprobar la incoación de la causa; el objeto procesal no puede dilucidarse en las condiciones legales previstas por el ordenamiento [PASTOR, PÉREZ MORENO, CAFFERATA].

EL PRINCIPIO DE ORALIDAD EN EL PROCESO PENAL

I. ASPECTOS GENERALES

§ 1. **Referencia legal básica.** El artículo I.2 del Título Preliminar del Código Procesal Penal, respecto del principio de oralidad, es la disposición-base del proceso jurisdiccional penal. Estipula que toda persona tiene derecho a un “*juicio oral* [junto con la máxima de necesidad del juicio, y los principios de publicidad y contradicción]”. El legislador reconoce, por consiguiente, que nuestra fórmula esencial en la materia es: juicio oral, público y contradictorio.

Se acepta pacíficamente en la doctrina procesalista que tanto la oralidad como la escritura –esta última, par dialéctico de la primera– son las dos formas externas que pueden adoptar las actuaciones procesales –es la característica formal de los actos procesales, tanto más si el Código asumió el sistema de legalidad de las formas, en tanto condición de seguridad jurídica y garantía de certeza en la resolución judicial [MONTERO]–. Ambas pueden definirse como aquellas en función de las cuales la sentencia

[o, con mayor extensión, toda resolución interlocutoria] debe basarse solo en el material aportado en forma oral o escrita, respectivamente [PICÓ I JUNOY] —aunque, antes, la oralidad debe entenderse como la comunicación del pensamiento mediante la pronunciación de palabras destinadas a ser oídas [SFERLAZZA]—. De la palabra hablada depende la validez del acto procesal, que es, a su vez, su medio de expresión o comunicación, aunque es pertinente aclarar que la oralidad es instrumental, por lo que debe ser adecuada a las finalidades que se buscan en y con el proceso jurisdiccional [MESTRE-ROJAS].

La oralidad, en suma, es un sistema que consiste en transmitir el conocimiento a través de la voz humana. La oralidad implica el uso de la palabra hablada, la comunicación entre los diversos sujetos que intervienen en el proceso —preferentemente en el juicio— se desarrolla en forma verbal —y todo lo que, por razones obvias, conste por escrito debe leerse— [LLOBET]. Debe quedar claro, sin embargo, que la palabra hablada se preserva, parcialmente, si lo ocurrido en las diligencias procesales se conserva resumidamente —es el caso del acta de la audiencia principal, que documenta el juicio y debe contener una síntesis de lo actuado en él y será firmada por el juez o juez presidente y el secretario (artículo 361.1 del CPP)—; y, completamente, cuando lo ocurrido en ella es dictada, gravada, filmada o digitalizada automáticamente (así, artículo 361.1, última oración, del CPP; sin embargo, por imperio del artículo 120.3 del CPP, la reproducción audiovisual tiene lugar sin perjuicio de la transcripción respectiva en un acta). La palabra escrita, por el contrario, solo se preserva en un texto, no admite subdivisiones o modalidades [OCHOA].

Cabe enfatizar que nuestra Constitución no consideró expresamente el principio de oralidad como eje del Programa Procesal Nacional. El artículo 139.4 de la Ley Fundamental solo contempló el principio de publicidad. En Europa, por ejemplo, solo las Constituciones de Austria (artículo 90) y de España (artículo 120.2) elevaron al máximo rango este principio, al igual que en América Latina el artículo 257 de la Constitución de Venezuela de 1999. Sin embargo, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en varias normas convencionales, reconoce la oralidad como una nota característica del proceso jurisdiccional. La fórmula lingüística es: el “derecho a ser oído”, en el que la palabra hablada le da sentido y que además apunta a la vigencia del derecho de audiencia. Se tiene, al respecto, el artículo 6 de la Declaración Americana sobre Derechos del Hombre y el artículo 14.1 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos. Este “derecho a ser oído” solo tiene sentido si se parte de un proceso oral, es decir, de la existencia de una audiencia concentrada en el tiempo y en la que se practican los medios de prueba, con base en los cuales se formará la convicción de los que tienen que dictar sentencia [MONTERO].

El principio de oralidad, centrado exclusivamente o, mejor dicho, con mayor énfasis en la etapa procesal del juicio oral, en el proceso penal declarativo de condena, es de carácter procedimental, pues se circunscribe a la forma de los actos procesales. Impone el deber jurídico de emplear el lenguaje oral durante el inicio, desarrollo y finalización del juzgamiento oral [MIXÁN] —el procedimiento hace referencia a la forma, a la sucesión de actos en su puro aspecto externo, no al contenido de los actos procesales—. El proceso será oral, entonces, cuando la palabra hablada predomina como

medio de expresión (forma del acto procesal) y la sentencia se ha de basar en las actuaciones producidas oralmente (función del acto procesal). La oralidad es el medio que implica la expresión de viva voz como la forma más directa de comunicación entre las partes [JAUCHEN]. Las pretensiones de las partes, la producción de las pruebas y las alegaciones de derecho, tienen lugar en una o más audiencias con la presencia del juez [ALSINA].

Conforme establece el Código Procesal Penal, la oralidad se vincula con los principios procedimentales de publicidad y concentración, de similar factura –son principios vinculados, pero no dependientes de la oralidad, tampoco son principio-consecuencia–. Los principios del procedimiento, como se sabe, se refieren a la forma de actuación, a la comunicación entre partes y entre estas y el órgano jurisdiccional, y entre todas estas y la sociedad, y a la sucesión temporal de los actos procesales [DE LA ROSA]–. En cambio, (i) el principio procesal, no procedimental, de contradicción –los principios procesales, según se admite comúnmente, conforman la estructura del proceso, determinan la configuración del objeto procesal y las facultades de las partes y del órgano jurisdiccional respecto a él: estudian la formación del objeto procesal y su disponibilidad por las partes, así como el comportamiento, en general, de los sujetos procesales en la introducción, prueba y valoración de los hechos [GIMENO]– y (ii) la máxima de necesidad del juicio, del juicio previo –para la imposición de una sanción penal–, integran las garantías genéricas de defensa procesal y del debido proceso, respectivamente. Por lo demás, a esta última garantía, la más genérica del conjunto de garantías del proceso penal, se vinculan los principios de oralidad y publicidad, así como la máxima de juicio previo –indispensabilidad del proceso penal–.

§ 2. Otros preceptos legales procedimentales. La anterior disposición legal del Título Preliminar del Código Procesal Penal (artículo I.2 TP del CPP) circunscribe al juicio oral la vigencia del principio de oralidad. A esta regla se añaden otras normas del Código Procesal Penal, de similar factura, que prescriben que este principio se concreta en la audiencia principal (*Hauptverhandlung*), que es concebido como el procedimiento principal, dentro del proceso penal declarativo de condena penal. Así, los artículos 356.1 (“El juicio es la etapa principal del proceso [...], rigen especialmente la oralidad”) y 365.1, primera frase de la primera oración del CPP (“La audiencia se realiza oralmente”). No obstante, la oralidad, desde una perspectiva metodológica, y como medio de expresión para la emisión de autos interlocutorios de relevancia, también se prevé en las etapas de investigación preparatoria e intermedia. En estos casos, se requiere de una *audiencia preparatoria* o de una *audiencia preliminar*.

El modelo-base de audiencia preparatoria en la etapa de investigación preparatoria está regulado por el artículo 8 del CPP, en cuya virtud el juez de la Investigación Preparatoria escuchará por su orden a los abogados de las partes y al fiscal, tanto respecto de los llamados “elementos de convicción” cuanto de las alegaciones jurídicas respectivas –si el imputado asiste tiene el derecho a la última palabra–. La expedición de la resolución judicial está precedida de un debate argumental oral entre las partes procesales –no hay actividad probatoria–. Este artículo, en sede de investigación preparatoria, tiene sus normas equivalentes, entre otros, en los artículos 203, 224.3, 254.1, 271, 274.2, 276, 279.2 y 283.2 del CPP.

En sede de etapa intermedia, para decidir el sobreseimiento y la procedencia del juicio oral, igualmente, se requiere de una *audiencia preliminar*, en la que se debaten, asimismo, sin actuación de pruebas, el requerimiento del fiscal —que no dictamen: artículo 122.4 del CPP— y de las demás pretensiones de las partes procesales. Se trata de los artículos 345.3 y 351.1 del CPP.

Es pertinente aclarar, sin embargo, que como se discuten diversos puntos vinculados a la admisión, procedencia y, en su caso, fundabilidad de solicitudes, pretensiones y resistencias —excepciones, medidas de coerción, medidas instrumentales restrictivas de derechos, inutilizaciones probatorias, sobreseimientos y, entre otros, procedencia del juicio oral—, más allá de que resulta vital que el juez tenga muy presente el reporte que las partes brinden al juez sobre los temas objeto de discusión, es decir, la calidad y seriedad de esa comunicación [GAMBOA], el juez debe analizar el conjunto de elementos de convicción sobre los que se sustenten aquellas solicitudes y requerimientos, para lo cual es obvio que debe revisar las actuaciones levantadas en sede de investigación preparatoria; no puede quedar limitado a optar binariamente, desde la impresión de los discursos, por la propuesta de una de las partes.

La audiencia oral está sujeta a varias directivas necesarias: unidad, eventualidad, equivalencia y concentración. Por la primera se exige que cada parte haga valer sus planteamientos, medios de prueba, interrogatorios, contrainterrogatorios y alegaciones en el curso de la audiencia. Por la segunda, se obliga que los planteamientos, todos, se formulen de una vez; se admiten las acumulaciones eventuales, la segunda solo para el evento de que la pretensión inicial no prospere, de que no sea tomada

positivamente en consideración [DE LA OLIVA]. Por la tercera, para el dictado de la sentencia se estará al estado de hecho y de derecho del material procesal aportado en la última sesión de la audiencia pudiéndose considerar solo aquello que es relevante y fue incorporado oportunamente en la audiencia. Por la cuarta, la solución del asunto se hace en una sola sesión de audiencia o en varias sesiones temporalmente próximas [PÉREZ-RAGONE] —la concentración no se concilia bien con el orden sucesivo y espaciado de las actuaciones, la expedición de la sentencia debe producirse en un breve plazo de tiempo luego de la audiencia final, y las cuestiones incidentales se resuelven en ese acto, sin generar cuadernos incidentales [DE LA OLIVA]—.

§ 3. ¿Principio o regla técnica? La oralidad ha sido calificada legalmente como principio: artículo 356.1 del CPP —la propia denominación de la disposición es concluyente: “principios del juicio”—. Más enfático es el artículo 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que bajo el título “Principios procesales en la administración de justicia”, señala que: “Todo proceso judicial, cualquiera sea su denominación o especialidad, debe ser sustanciado bajo los principios procesales de [...] oralidad, dentro de los límites de la normatividad que le sea aplicable”.

La oralidad guía el desarrollo del procedimiento principal penal —según el citado artículo 356.1 del CPP: la audiencia se realiza oralmente— y, en su punto culminante, desde la decisión más importante del proceso penal, la sentencia, el artículo 393.1 del CPP, prescribe que: “*El Juez Penal no podrá utilizar para la deliberación pruebas diferentes a aquellas legítimamente incorporadas en el juicio*”: lo que, literalmente, se haya hablado, puede ser empleado para dictar sentencia. Su lema es, entonces,

como recordaba CAPPELLETTI, “la inexistencia, a los efectos de juzgar, de todo acto no comunicado al juez oralmente en la audiencia de las partes o de sus defensores; pues la única base de la decisión es la palabra de las partes, pronunciada ante el tribunal que conoce de la causa” [CUELLO]. Además, respecto de las demás etapas del proceso penal, la expedición de las resoluciones interlocutorias más trascendentes requieren de una audiencia oral para su emisión.

Pero, más allá de lo que el legislador consigne, lo importante es la naturaleza jurídica de la institución, cuyo análisis determinará si la denominación que introdujo es correcta o no. Si un principio jurídico se extrae del conjunto de las disposiciones del ordenamiento y las condensa configurando, de este modo, una categoría lógico-jurídica que, en el caso del Derecho Procesal, informa y ordena el desenvolvimiento del proceso jurisdiccional —fundamenta e informa la organización jurídica de una determinada comunidad—, resulta que la oralidad cumple ese canon lógico. La oralidad (*i*) tiene una sede natural: el juicio oral —se concreta en una audiencia—, (*ii*) dice cómo han de realizarse los actos procesales concernidos, (*iii*) define la actuación o ejecución de la prueba, (*iv*) acota los materiales que debe utilizar el juez en la sentencia; y, (*v*) en otras sedes, aunque con menos fuerza, impone al juez que las decisiones esenciales que profiera están precedidas de un debate oral en una audiencia donde se exponen los fundamentos de hecho y de derecho de las respectivas pretensiones de las partes, que el juez debe tener en cuenta como punto de referencia insustituible.

Se afirma por un sector de la doctrina que la oralidad es una regla técnica procesal porque no tiene una vocación de universalidad y permanencia —propia del principio—, y porque es una herramienta

al servicio del proceso judicial que se adopta por razones de conveniencia y, por ende, susceptible de variación legislativa sin necesidad de confrontar postulados esenciales ni cometer “sacrilegios jurídicos” [MESTRE-ROJAS]. Sin embargo, si se toma en cuenta el rol que cumple en el proceso, ya concretado legalmente —la determinación de la forma procesal—, y si del ordenamiento procesal se extrae su carácter fundamental en orden a la dirección formal del proceso —dan fundamento o justificación axiológica a numerosas normas del Código Procesal Penal, y porque caracteriza al sistema procesal [GUASTINI]—, no puede negarse su vocación de permanencia y de universalidad concreta —tiene un antecedente abierto—, más allá de sus excepciones —precisamente por ser una norma defectible, que no se aplica por un simple razonamiento deductivo— y de su relación de preponderancia con respecto a la escrituralidad.

§ 4. Procedimiento oral: característica del nuevo proceso penal nacional. Según CALAMANDREI, la forma de los actos procesales singulares que constituyen la serie y según el orden y la relación en que suceden, el proceso puede asumir diversas figuras típicas. Lo que caracteriza esta tipicidad es la hegemonía del elemento oral o del escrito. Por consiguiente, entre lo oral y lo escrito, se trata simplemente, como postula CAPPELLETTI, de un problema de predominio y de coordinación o de combinación, no de exclusión.

La estricta oralidad, como es obvio, es imposible, de suerte que se trata más bien —el hablar y el escribir— de medios complementarios del diálogo que se instaura en el proceso, pero la primacía de la primera importa reconocer que el discurso oral sigue al discurso escrito, método que en todo caso permite enriquecer el diálogo con las preguntas, las objeciones y las respuestas [CARNELUTTI].

A partir de esta premisa, por sus combinaciones, los modelos procedimentales pueden ser múltiples, pero, básicamente, por la *forma* y la *función* de los actos procesales, siempre en atención a su predominio, el procedimiento podrá ser calificado como escrito u oral. Es de aclarar, en este aspecto, tres puntos: primero, que el dato cuantitativo no es el relevante; segundo, que la sola existencia de un debate oral no convierte en oral un procedimiento porque cumple una función secundaria respecto a la aportación contradictoria del material procesal que consta por escrito y respecto del cual se limita a ser un resumen crítico y conclusivo; y, de igual modo, tercero, que la utilización de la escritura no desnaturaliza un procedimiento oral siempre que el carácter de los actos escritos es el de preparación de la vista oral o el de documentación de lo que en ella acaece y ha de ser constatado por su relevancia para posteriores instancias o recursos [ORTELLS].

Otra prevención que debe tomarse en cuenta es que un solo elemento no define un procedimiento como oral o escrito. Desde CHIOVENDA se pensó que el elemento que lo definía se centraba en la manera de aportar, las partes, los hechos al proceso y formular la pretensión —los escritos debían ser meramente preparatorios, anuncio de las deducciones que se harán en la audiencia y medio básico para poner al demandado o imputado en situación de defenderse—. Sin embargo, según se entiende en la actualidad, debe atenderse al conjunto de la actividad procedimental, de los actos del proceso. Así, una primera nota característica de la predominancia de la oralidad es que esta clase de procedimiento suele acabar con una audiencia oral en la cual el juez se pone en relación directa con las pruebas personales y con las partes; una segunda nota característica es la unidad de acto, en cuya virtud

los actos procesales deben desarrollarse en una sola audiencia o, en todo caso, en unas pocas audiencias próximas temporalmente entre sí, con el objeto de privilegiar la memoria del juez a la hora de dictar sentencia; una tercera nota característica es la inmediación que entraña, en cuya virtud el juez que dicte sentencia es el que ha practicado las pruebas: la actuación probatoria se realiza en presencia judicial y quien resuelve es el que estuvo en contacto con las fuentes-medios de prueba; y, una cuarta nota característica es la publicidad, por la que el público y, con más énfasis, los medios de comunicación social, presencian la realización del acto procesal [MONTERO].

No hay duda de que (i) si la etapa principal es la de enjuiciamiento y si esta se desarrolla oralmente –al punto que se prohíbe la presentación de escritos para plantear o fundamentar toda petición o cuestión en audiencia, su argumentación será oral, y las resoluciones interlocutorias en juicio serán dictadas y fundamentadas verbalmente: artículo 361, 3 y 4, del CPP–; (ii) si la oralidad está presente, aunque en menor grado, en las etapas de investigación preparatoria e intermedia –para la expedición de las resoluciones más trascendentes del procedimiento en su conjunto–; (iii) si la existencia de audiencias es clave en el procedimiento recursal (artículos 420.2, 423.1, 3431.2 y 443.4 del CPP); y, (iv) si la sentencia requiere de materiales ejecutados y debatidos oralmente en la audiencia –véanse las disposiciones legales anteriormente citadas–, que es donde se cumple la parte sustancial del proceso [VÉSCovi] es de rigor afirmar, fundadamente, que el proceso penal nacional es predominantemente oral. El hecho de que la etapa de investigación preparatoria sea escrita, no desvirtúa tal principio si se advierte que esta es actuación

encaminada a preparar el juicio (artículo 321.1 del CPP) y que es en este, en la prueba practicada en él, donde han de buscarse los elementos de prueba, necesarios para formar la convicción del órgano judicial (artículo 394.3 del CPP) [MONTERO].

Lo escrito tiene una mera función preparatoria, de fijación de lo que pretenden las partes –actos iniciales de averiguación de la noticia criminal, y actos preliminares de proposición del objeto y aportación de hechos–. El que determinados actos procesales importantes –requerimientos del fiscal y oposición de las partes, así como la propia sentencia– consten por escrito, se debe a que aseguran su contenido, permiten un adecuado contradictorio y explican con mayor rigor el resultado de una decisión.

La oralidad, en esta perspectiva, tiene un indudable valor epistemológico, como factor decisivo para llegar a la verdad histórica de lo sucedido. En efecto, (i) si el periodo probatorio del juicio oral se desarrolla oralmente –sobre el reproche se discute en forma oral–; (ii) si incluso, como expresión de la oralidad, no es posible que solo se haga referencia a la prueba documental y, excepcionalmente, a la prueba documentada, las cuales deben ser leídas y debatidas en juicio –aun cuando se trate de producir prueba documental, o actas de diligencias realizadas con anterioridad o fuera del debate, deben ser incorporadas a él, por su lectura, lo cual importa en definitiva la oralización de lo escrito para posibilitar el pleno conocimiento por todos los sujetos del proceso y del público [JAUCHEN]–; y, (iii) si como conclusión de la práctica de la prueba se plantean oralmente los alegatos finales –de la acusación y de la defensa–, se llega a la conclusión de que todo ello permite una labor de síntesis a cargo del juez, desde la cercanía de los hechos y su apreciación en

vivo, sin intermediaciones, con la posibilidad de una más exacta y lograda justicia material. Se afirma, desde esta perspectiva, que el Tribunal tendrá, en consecuencia, la apreciación más directa y reciente posible de los elementos que conforman la sentencia [SCHLÜCHTER].

Es de rigor puntualizar, sin embargo, que la oralidad de los actos reconoce excepciones naturales. Se trata de aquellos medios de prueba originariamente escritos (documentos e informes: prueba documental), que se leen o se exhiben en la audiencia, y aquellos que, sin participar de esta característica, pues, regularmente, se desarrollan en forma oral, constan en un acta que se permite incorporar al debate por su lectura; siempre, claro está, que estas últimas autorizaciones sean excepcionales por razones de imposibilidad, y que se trate de los actos definitivos e irreproducibles [MAIER].

De ser así, en cualquier caso, parece que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos parte no de la conveniencia del proceso oral, sino del derecho de toda persona, a la que se acuse de un delito, a ser juzgada delante del público y por medio de actos de los que todos puedan llegar a tener perfecto conocimiento, lo que solo puede suceder si esos actos son orales [MONTERO].

§ 5. Concepto de “elementos de convicción”. Cabe señalar, desde ya, que la expresión “elementos de convicción” integra una de las nociones esenciales del derecho probatorio peruano en sede de investigación preparatoria e intermedia —expresión última entendida, por cierto, en un sentido amplio—. Responde, parcialmente, a la tercera pregunta básica en materia de prueba: ¿En qué puede fundamentarse la producción del material instructorio o investigativo? La prueba, entendida en un sentido

epistemológico –que no técnico-procesal–, según la etapa del procedimiento penal en giro, se sustenta en los medios de investigación –cuya sede es la investigación preparatoria y la etapa intermedia– o en los medios de prueba –cuya sede es el enjuiciamiento–. Ambos, actos de investigación y actos de prueba, configuran los actos de aportación de hechos [GIMENO], aunque, conforme con el artículo IV.2 TP del CPP, los actos de investigación que practica el Ministerio Público o la Policía Nacional no tienen carácter jurisdiccional –típico de los actos de prueba–, salvo en los supuestos de preconstitución de prueba y de anticipación de prueba (artículo 325 del CPP).

Cabe aclarar que la aludida expresión “elementos de convicción” es utilizada por el Código Procesal Penal en treinta artículos, todos ellos circunscriptos a las etapas procesales de investigación preparatoria e intermedia (artículos VI.2 del TP, 8.1 y 3, 54, 65.1, 87.1, 116, 122, 136, 145.2 a, 160.2 a, 203.1, 230.1 y 5, 253.2, 254.b, 255.1, 268.a, 283.3, 293.2, 294.2., 303.3, 311.3, 321.1, 335.2, 337.2, 344.2d, 349.1c, 446.1c, 468.6 y 481-A.1 y 2, del CPP). Bajo igual lógica, en las mismas sedes procesales, constan cuatro artículos en los que se utiliza equívocamente, desde la perspectiva técnico-procesal, la expresión “elementos probatorios” (artículos 161, 297.2 a, 313.2 a y 313-A del CPP). Las diferencias solo se explican a partir de una obvia falta de concordancia y unidad gramatical seguida por el legislador.

Por otro lado, distintas son las expresiones cuando las referencias legales se ubican en la etapa procesal de enjuiciamiento. Se emplean, como sinónimos, en seis artículos, las expresiones “medios de prueba”, “medios probatorios” y “pruebas” (artículos 373.1, 385.2, 387.1, 393. 1 y 2, 394.3 y 398.1 del CPP). Es

clara, pues, la diferenciación entre prueba, medios de prueba o probatorios y elementos de convicción, aunque con mejor factura técnica debió hacerse alusión al concepto “elementos de prueba”, que se refiere, como en el caso anterior, al resultado probatorio, al aporte fáctico, que emerge de un medio de prueba.

Las dos preguntas básicas anteriores son: 1.º ¿Qué debe probarse? Se refiere al fin de la prueba: en el juicio oral se requiere verdad o probabilidad preponderante; y, en las etapas anteriores: sospecha, que puede ser suficiente (verbigracia: acusar y enjuiciar) o vehemente (verbigracia: prisión preventiva), según el caso. 2.º ¿Cómo debe probarse? Se alude al procedimiento de prueba: en el juicio oral corresponde el denominado procedimiento probatorio estricto —están reglados los medios de prueba que deben utilizarse y el procedimiento de recepción de la prueba, muy rigurosos por cierto—; mientras que en sedes de investigación preparatoria e intermedia rige el procedimiento probatorio libre, más flexible respecto de los actos de investigación y a su régimen jurídico [VOLK].

Si bien con la expresión “elementos de convicción” se resalta la convicción subjetiva del juez, en particular: los medios a través de los cuales se convence, lo primordial siempre es el fundamento objetivo que lo sustenta, sobre la base de un previo esclarecimiento razonable de la materia —material o procesal— a decidir. Esta noción se circunscribe a la producción fáctica, en cuya virtud se introduce una fuente-medio de investigación al proceso con el que se obtiene un resultado probatorio. Está, pues, referida a la fuente-medio de investigación utilizado para lograr la convicción judicial para la emisión de una concreta resolución jurisdiccional interlocutoria e, incluso, el sobreseimiento.

§ 6. Oralidad: afirmación e historia. Como ha quedado expuesto, el principio de oralidad se afirma cuando en la sentencia solo puede tomarse en consideración el material llevado oralmente al procedimiento principal, y cuando la totalidad de la materia procesal oralmente tratada, ha de influir en la sentencia [SCHLÜCHTER].

Fue la Revolución francesa, a través del *Code de procédure civile* de 1806 y del *Code d'instruction criminelle* de 1808 —los precursores de la oralidad fueron Mario Pagano en Italia y Jeremías Bentham en Inglaterra, pero la concreción puntual en la Europa del *civil law* tuvo lugar en Francia—, la que no solo (1) anuló el proceso inquisitorio, escrito y secreto, propio del Decretal del Papa Inocencio III de 1215 en el Concilio Lateranense IV, que consolidó el procedimiento que surgió en la etapa tardía del Imperio romano —en la denominada *Quaestio Perpetua*— (en el Derecho romano clásico, como se sabe, predominó la oralidad en el procedimiento penal) [DE LA ROSA]. Es pertinente aclarar que la imposición de las actas se ordenó no tanto (i) por la difusión de la *apellatio* —que precisaba de la escritura al ser de utilidad la revisión de lo actuado en la anterior instancia—, sino (ii) para evitar que lo acaecido en el juicio pudiera ser posteriormente negado falsamente —positivamente, para que se conservara la memoria de lo actuado—, y que (iii) con el transcurrir de los años se exageró al punto de afirmarse: “*quod non est in actis non est in mundo*” (“lo que no está en el expediente, no existe en el mundo”), culmen de la burocratización del proceso. También (2) eliminó el principio fundamental de tal proceso, es decir, la unidad entre acusador y juez —e, incluso, suprimió la justicia de gabinete (el derecho del gobernante de influir en las sentencias,

y la tortura (que se debió, por ejemplo, en Alemania, no tanto a una convicción humanitaria, sino más bien a las dudas que suscitaba el valor de las confesiones) [VOLK]–; asimismo, (3) garantizó la publicidad del juicio –como reacción a la opacidad de los procedimiento de cara a la población, dados los altos índices de analfabetismo, que además los hacía demasiado lentos [NIEVA]–, y (4) reintrodujo el ingreso de los legos a la impartición de justicia. De igual manera, (5) afirmó que los jueces ya no están vinculados a las reglas probatorias, sino a su libre convicción –la apreciación de las pruebas es el dominio del juez de los hechos–, y (6) proclamó, en virtud de lo anterior, que los jueces deben formar su convicción a partir de la impresión fresca que obtengan de la audiencia principal, de suerte que solamente aquello que sea objeto de debate en dicha audiencia puede ser fundamento para la sentencia –este último es el principio de la oralidad del proceso penal–. El cimiento de una sentencia, en suma, solo puede ser aquello que fue expuesto oralmente. Todo lo que sucede en el proceso (por ejemplo: interrogatorios, producción de la prueba y alegaciones), debe ser llevado a cabo oralmente, al igual que el pronunciamiento de la sentencia, con su audiencia de lectura [ROXIN]; y, para ello, era necesario que las personas que participaban en el proceso probatorio (*Beweispersonen*) comparecieran ante el tribunal –se requería escucharlas, verlas, y obtener una impresión de ellas– [VOKL].

Estas notas características del proceso del “iluminismo” han sido profundizadas con la dación de nuestro Código Procesal Penal. El procedimiento penal patrio no solo (i) tiene una preponderancia oralista, en cuya virtud estableció, para hacerla posible, tanto la técnica de las audiencias (preparatorias, preliminares, principal,

de apelación, de casación, de revisión, de extradición y de lectura de los fallos finales en todas las sedes procesales, cuanto el Código reconoce una separación temporal entre la audiencia de pruebas y el pronunciamiento de la sentencia), cuanto la regla esencial de que solo lo actuado en ellas puede fundar la sentencia o resolución interlocutoria, según el caso; además, políticamente, separó claramente a los órganos públicos para cada función relevante (la fiscalía investiga y acusa, el juez realiza audiencias y juzga: artículos IV y V TP y 60 del CPP), reconoció la participación del acusado en igualdad de condiciones que el acusador, y sancionó tanto la independencia de los fiscales y jueces de los demás poderes públicos, como la libertad de defensa. También (*ii*) se incorporaron los principios procedimentales de inmediación, publicidad y concentración, bajo la primacía del principio procesal de contradicción, como ejes esenciales del procedimiento de enjuiciamiento (artículos I.2 del TP y 356-361 del CPP) —el principio de inmediación igualmente se afirmó en el artículo 6 de la LOPJ, conjuntamente con la oralidad y concentración—. Asimismo, (*iii*) se reforzó el principio de libre valoración de la prueba para evitar el subjetivismo y la arbitrariedad judicial, exigiendo el respeto a las máximas de experiencia, los conocimientos científicos y las leyes de la lógica (artículos 158.1 y 393.2 del CPP).

II. ORALIDAD Y PROCEDIMIENTO PROBATORIO

§ 7. Oralidad y prueba. Solicitud probatoria. En atención a que lo esencial del proceso penal es la actividad probatoria, es relevante analizar cómo se desarrolla esta exigencia legal, base del principio de oralidad —esta se refiere, en especial, como planteó

en su día CHIOVENDA, a los hechos: a su alegación y a su prueba—. Es sabido que el fiscal, en su requerimiento de acusación, debe ofrecer los medios de prueba para su actuación en la *audiencia principal* (artículo 349.1, h del CPP). Al respecto, debe precisar los puntos sobre los que testigos y peritos deben declarar o exponer, y hacer una reseña de los demás medios de prueba que ofrezca (artículo 350.1.f del CPP).

De igual manera, las demás partes procesales, en el escrito de respuesta a la acusación, deben ofrecer las pruebas. Adjuntarán las listas de testigos y peritos, con precisión de los hechos objeto de examen; y presentarán los documentos que no fueron incorporados antes, o señalarán el lugar donde se hallan los que deban ser requeridos.

Pero ese ofrecimiento escrito cumple un rol exclusivo de garantizar el principio procesal de contradicción, pues en la *audiencia preliminar* se ha de debatir la admisión y procedencia de los medios de prueba ofrecidos (artículo 351.3 del CPP), lo que implica ofrecimiento oral de lo planteado por escrito, justificación oral de las respectivas solicitudes probatorias y debate oral frente al juez con las copartes y las contrapartes para justificarlas, conforme con lo dispuesto por el artículo 352.5 del CPP (precisión del aporte probatorio, así como pertinencia, conducencia y utilidad del medio de prueba). A partir de ese debate contradictorio, obviamente de forma oral, el juez de la Investigación Preparatoria dictará el auto, siempre por escrito, resolviendo este punto; y, en el auto de enjuiciamiento indicará, reiterativamente, los medios de prueba admitidos (artículo 353.2c del CPP).

La protección del derecho a la prueba se expresa, pese a lo decidido tras la *audiencia preliminar*, en el inicio del juicio

cuando se trate de medios de prueba conocidos con posterioridad a la audiencia precedente o indebidamente rechazados por el juez de la Investigación Preparatoria (artículo 373 del CPP). Y cuando tras el debate probatorio en la *audiencia principal* resulta indispensable o manifiestamente para el esclarecimiento de la verdad (artículo 385 del CPP: inspección judicial, reconstrucción u otras pruebas). Este derecho, como corresponde, se ejerce oralmente y bajo el principio procesal de contradicción.

§ 8. Oralidad y recepción de la prueba. Como el principio de oralidad exige que en la recepción de la prueba se deben debatir todas las circunstancias importantes para la cuestión de la culpabilidad y la cuestión de la pena [VOLK] —desde una perspectiva material corresponde ventilar en relación con el sujeto responsable, de un lado, la relación culpabilidad-pena, y, de otro lado, la relación peligrosidad-medida de seguridad—, corresponde examinar cómo se expresa el mismo en nuestro ordenamiento procesal penal. Solo el material presentado y discutido oralmente puede constituir la base de la sentencia (artículo 393.1 del CPP).

El periodo probatorio del enjuiciamiento tiene como eje que la prueba personal se ejecuta oralmente. El orden legal de esta modalidad de prueba está previsto en el artículo 375.1 del CPP (imputado, testigo y perito, en ese orden: artículos 377 y 378.2 y 5, del CPP) y la secuencia de las mismas, previa expresión de las partes, las fija el órgano jurisdiccional (artículos 375.2, 377.1 y 378 del CPP). Esta regla se reitera para el caso de los acusados (artículos 375.2 y 377.1 del CPP): el juez, previa posición oral de las partes, fija la lista y primero exponen los acusados, luego testigos y, finalmente, los peritos, sin perjuicio de que el interrogatorio lo inicia quien propuso la prueba (artículo 378.2

del CPP). El sistema de oralización de pruebas es distinto: se inicia con las pruebas propuestas el fiscal y luego con las demás ofrecidas por las partes procesales (artículo 384.1 del CPP), el sistema de listas por cada parte informa la prueba documental y documentada, mientras que el modelo de lista única orienta la prueba personal.

Ahora bien, las personas que sirven como medios de prueba deben declarar por sí mismas; deben expresar la razón de sus informaciones (testigos) y el origen de su conocimiento (peritos), conforme con el artículo 378.8 del CPP. En la Sala de Audiencias deben ser interrogadas y contrainterrogadas, por tanto, deben asistir y someterse al interrogatorio –se les puede confrontar, incluso, con sus propios dichos u otras versiones de los hechos presentadas en el juicio, así como volver a interrogarlas posteriormente (artículos 378.8 y 10, del CPP)–. Si algún testigo o perito no pueda concurrir a la Sala de Audiencias “por un impedimento justificado” (artículo 381.1 del CPP), el Tribunal se traslada al lugar donde se encuentre para hacerlo; la videoconferencia solo es factible cuando el órgano de prueba se encuentra en lugar distinto al del juicio –luego, si se halla en el lugar del juicio, no cabe realizar esta modalidad virtual– (artículo 381.2 del CPP); y, “en casos excepcionales” –cuando sea imposible la constitución del Tribunal al lugar en cuestión (por lejanía, falta de medios logísticos, personales o presupuestales)–, se comisionará la diligencia a un juez, al punto que esa diligencia se reproduce íntegramente en el acta –la regla es que la reproducción solo importa una síntesis de lo actuado (artículo 361.1 del CPP)– y, si es factible, se reproduce a través de video, filmación o audio (artículo 381.3 del CPP).

Cabe acotar, desde ya, que en tanto esta última diligencia –por juez comisionado– se lleva a cabo con la posible presencia de los abogados de las partes, y que el acta y el video o audiencia deben leerse, escucharse o visionarse en el propio juicio, se cumple con el principio de oralidad. Otro tema será, desde luego, la limitación al principio de inmediación. En este último caso, se cumplen los principios concernidos para el análisis de legitimidad de la excepción: razonabilidad y proporcionalidad –el cumplimiento de formalidades no puede convertirse en un mecanismo que se aparte de los fines constitucionales del proceso–; necesidad, pertinencia y utilidad de la actividad que se despliega durante el juicio; y, el acceso a la justicia pronta y cumplida [LLOBET].

§ 9. Declaración plenaria y lectura de interrogatorios previos. Se entiende que los testigos y peritos deben declarar oralmente. El auxilio de notas y apuntes previos para ordenar su exposición o para una mejor explicación –que es el caso de las publicaciones– solo corresponde a los peritos (artículo 378.6 del CPP) –aunque, por ejemplo, el StPO alemán (*Strafprozessordnung*), comprende a los testigos–. Ello en modo alguno tergiversa la oralidad, ya que la manifestación del perito siempre es oral y reflexionada. La necesidad de notas, apuntes o publicaciones le da al examen pericial mayor rigor y exactitud respecto de las razones o argumentos que los peritos proporcionan para la formación del convencimiento judicial acerca de aquellos datos indispensables, cuya percepción o comprensión escapa a las aptitudes comunes judiciales [GIMENO].

El Código, no obstante, según la tendencia actual, reconoce algunas pérdidas del principio de oralidad; admite, por tanto, las siguientes excepciones a la regla de la declaración oral (exposición

hablada) ante el tribunal –aunque, en buena cuenta, excepción del principio de inmediación–;

- A. Si el acusado, en la audiencia principal, se rehúsa a declarar total o parcialmente, el juez previamente deberá advertirle que, aunque no declare, el juicio continuará y se leerán sus anteriores declaraciones prestadas ante el fiscal –claro está, siempre que en sede de investigación preparatoria lo hubiera hecho– (artículo 376.1 del CPP). Lo anterior se relaciona con el artículo 86.1 del CPP, que reconoce el derecho del imputado a prestar declaración y a ampliarla como efectivo ejercicio del derecho de defensa –se espera del acusado, si acepta declarar, que aporte libre y oralmente relatos, aclaraciones y explicaciones sobre su caso (artículo 376.2.a del CPP)–. El apartado 2 de ese artículo estipula que, sin perjuicio de la declaración ante la policía, el fiscal debe recibir la declaración del imputado, con la necesaria asistencia de su abogado defensor; esto es, lo que se lee es la declaración ante el fiscal, no la que se rinde ante la policía. Las reglas adicionales están señaladas en los artículos 87-89 del CPP.
- B. El testigo citado a declarar en la *audiencia principal*, debe hacerlo oralmente. Solo puede negarse a declarar cuando hace uso de su derecho a negar el testimonio (artículo 378.2 del CPP). Este derecho solo está reconocido (i) en los casos de vínculos de parentesco, conforme con el artículo 165.1 del CPP –el secreto profesional y el secreto de Estado importan un deber de abstención de declaración (artículo 165.2 del CPP)– o (ii) cuando de su testimonio sobre los hechos podría surgir su responsabilidad penal

(artículo 163.3 del CPP). Si el testigo hace uso de este derecho, al contrario que en el supuesto del imputado, la declaración ante el fiscal no se puede leer (artículo 378.1, última oración, del CPP), aun cuando en oportunidad anterior renunció a ese derecho o no declaró como testigo (coimputado o excoimputado). Su lectura, necesariamente, genera la inutilización o exclusión de esa prueba, pero esta solo tiene lugar cuando el derecho de abstenerse de prestar testimonio ya existía con anterioridad, pero no fue ejercido [VOLK]: se trataría de una prueba ilícita, se genera una prohibición probatoria absoluta (BGHSt 2, 99) [ROXIN]. Tal posibilidad, de negativa de declaración o exposición, es inviable tratándose de peritos.

- C. En el caso de la prueba pericial, previo al examen del perito, el órgano jurisdiccional dará cuenta, mediante exposición breve, del contenido y conclusiones del dictamen pericial; y, si es necesario, se ordenará la lectura del propio dictamen pericial. Acto seguido, se exhibirá el informe pericial y se preguntará al perito si corresponde al que han emitido, si ha sufrido alguna alteración y si es su firma la que aparece al final del mismo (artículo 378.5 del CPP). La explicación y, si el dictamen es complejo, su propia lectura, son requisitos básicos de la prueba pericial; la espontaneidad no es la lógica de la prueba pericial, sí de la prueba testifical.
- D. En los casos de (i) olvido de lo que antes se declaró o anotó, o (ii) de contradicciones, en el caso de testigos y peritos, el Código autoriza la lectura de la parte correspondiente de su interrogatorio anterior —si se hubiera realizado en sede de investigación preparatoria—, siempre que no se pueda

constatar o superar de otra manera (artículo 378.6 del CPP). A esta posibilidad se le denomina “confrontación con documentos” y teóricamente se la entiende como un “auxilio al interrogatorio”.

- E. La regla anteriormente expuesta no ha sido expresamente reproducida para el caso de la declaración de los imputados. ¿Significa que no es posible la interpelación mediante la lectura de declaraciones realizadas en sede de investigación preparatoria? La obligación judicial de esclarecimiento preside las exigencias de prueba, la *veritas delicti* es una meta esencial del proceso penal de nuestro ámbito de cultura –del *civil law*–. Por consiguiente, es de admitirse discrecionalmente la lectura de esas declaraciones previas. Distinto es el caso del valor de lo que resulta de las explicaciones del imputado, más aún si en sede de investigación preparatoria confesó los cargos. En Alemania, la jurisprudencia señaló que el fundamento de la sentencia “no podrá ser el contenido del documento leído con ese fin, sino únicamente la aclaración del interrogado provocada por la interpelación” (BGHSt 3, 281) –su fin, pues, no es probatorio sino meramente interpelatorio–. Nuestra jurisprudencia, sin embargo, estimó lo contrario [en igual sentido, ORTELLS, STCE 137/1998, de 7 de julio y STSE de 1626/2000, de 25 de octubre]; si se examinó ampliamente al imputado y se introdujo en el interrogatorio lo que este expuso en ocasión anterior, más allá de que se lea total o parcialmente, el Tribunal puede optar, justificándolo, por una u otra declaración; no es de recibo sostener, en principio, que la declaración en sede de investigación

preparatoria carece de mérito conviccional alguno a menos que se reproduzca en la audiencia principal; pero, ante la falta de intermediación de aquella, se requerirá su mayor credibilidad en función a su verosimilitud objetiva, lo que significa que en ese plano debe estar corroborada por otras circunstancias periféricas u otros medios probatorios, así como que el Tribunal exprese las razones por las que se inclina por versión distinta de la que ha aflorado en el juicio oral [CALDERÓN-CHOCLÁN]. El Tribunal Supremo de España, por ejemplo, llegó a otorgar valor probatorio a la incriminación policial, siempre que esa manifestación se incorpore al juicio debidamente y se someta a la pertinente contradicción, debiéndose permitir a la defensa interrogar a las personas ante quienes se produjo dicho reconocimiento extrajudicial (SSTSE del 17 de enero de 1999 y 25 de setiembre de 2000).

§ 10. Oralización de las pruebas - Prueba documental. Desde la propia lógica del sistema de oralidad del Código Procesal Penal se tiene la prueba documental y determinadas pruebas documentadas—actuadas y protocolizadas en sede de investigación preparatoria o con anterioridad a la realización del juicio oral—. La prueba documental está reconocida en el artículo 185 del CPP. Se trata de *documentos* escritos (manuscritos), impresos, fotocopias, fax, disquetes, películas, fotografías, radiografías, representaciones gráficas, dibujos, grabaciones magnetofónicas y medios que contienen registro de sucesos, imágenes, voces, y otros similares, “*que por su carácter formal dan fe acreditativa de la certeza de su contenido, de procedencia extraprocesal e incorporados después de emitido o producido, al procedimiento judicial*” (STSE

de 21-7-1995). Por tanto, quedan fuera de la prueba documental las pruebas personales, aunque se documentan bajo la propia fe judicial (declaraciones –imputados, testigos y peritos–, informes policiales o de otras autoridades, actas varias –detención, reconocimiento, registro, inspección, revisión, pesaje, hallazgo, incautación y allanamiento, informes o dictámenes periciales, actas de examen y de debate pericial sumarial, actas conteniendo declaraciones y diligencias mediante exhorto, entre otras: artículo 383.1, c, d, e del CPP)–.

También se consideran prueba documental los informes probatorios en los términos del artículo 188 del CPP. Se trata de la respuesta escrita, emanada de una persona jurídica frente a un requerimiento judicial, sobre datos preexistentes a tal pedido, que estén registrados en dependencias de aquella; los datos son extraídos de la “memoria” de la institución requerida, lo que supone el registro previo de los datos sobre los cuales versará el informe, que están al margen de quien lo suscribe en virtud de las funciones que ejerce, y no por percepciones sensoriales anteriores de este [CAFFERATA].

Distinto es el caso de la prueba documentada. Constan en actas de procedencia policial, fiscal o judicial –sede de investigación preparatoria– y se labran a propósito de una actuación penal de la autoridad competente. Cuando estas se refieren o son el resultado de informaciones respecto de lo que se dijo o actuó oficialmente solo dan cuenta de lo sucedido en la diligencia respectiva. En principio, su incorporación al juicio oral está prohibida; por excepción, se autoriza su lectura u oralización –esto último implica, según reza el artículo 383.3 del CPP, su lectura, audición o visionado–.

Un supuesto específico, pero equiparado a la prueba documental, está configurado por: (i) la denuncia (artículos 326 y 328 del CPP) –se interpone por cualquier persona, en tanto se considera un derecho ciudadano, y puede ser por escrito o verbal, de la que se sentará el acta respectiva–; y, (ii) las certificaciones y constataciones –que son autorizaciones, refrendos o verificaciones expedidas por instituciones, públicas o privadas, acerca de un hecho concreto del que dan fe de su acaecimiento–. En ambos casos –que se puede denominar prueba documental impropia– se forman o producen luego de ejecutado el delito para dar cuenta de su comisión o para acreditar un dato objetivo distinto del delito pero de uno u otro vinculado a una circunstancia del mismo. Procedimentalmente, su oralización sigue la suerte de la prueba documental propia (artículo 383.1, b del CPP).

§ 11. Oralización de las pruebas - Lectura y reproducción de la prueba documental. El principio de oralidad, tratándose de la prueba documental, se cumple, primero, indicando dónde se encuentra el documento concernido; segundo, destacando oralmente el significado probatorio que considere útil; tercero, dando lectura o reproduciendo la prueba documental; y, cuarto, explicando cada parte contradictoriamente, el contenido de la misma y su relevancia probatoria (artículo 384 del CPP).

Una excepción a la necesidad de la lectura o reproducción íntegra de la prueba documental, la brinda el apartado 2 del artículo 384 del CPP. Si la prueba documental es muy voluminosa –expresión, sin duda, indeterminada y, por tanto, proporciona al juez un gran poder de configuración de su contenido– se podrá leer o reproducir parcialmente; también podrá prescindirse de esto último, pero en este caso se dará a conocer su contenido esencial.

Las partes deben, y el juez así lo exigirá, para que la limitación al principio de oralidad –el procedimiento de autolectura– no sea irrazonable, que se dé cuenta del contenido global del documento y, en especial, se precise en qué consiste el elemento de prueba que deba destacarse –la opción por la prescindencia de la lectura es de *ultima ratio* y, por ende, será preferible optar por la lectura o reproducción parcial, precedida de la explicación correspondiente–. De este modo, aunque restringidamente, se cumplirá con el conocimiento oral del contenido de la prueba documental y de su nivel de aporte probatorio o relevancia. Siempre se debe exponer oralmente el contenido del documento y realzar, en lo que corresponde, el mérito que contiene para la pretensión de la parte que lo aporta; de lo contrario, la proclamada oralidad se convierte en una ceremonia sin valor cognoscitivo, es decir, en una mera formalidad [VOLK].

La lectura o reproducción de la prueba documental, finalmente, cumple con el principio de oralidad. El documento es conocido por el juez y el público, mediante la palabra hablada, la audición o el visionado. Y a partir de ese acto de oralización es que su contenido puede integrar la sentencia del tribunal.

§ 12. Oralización de las pruebas - Lectura excepcional de la prueba documentada. El CPP autoriza la lectura o reproducción de la denominada “prueba sumarial” o, mejor dicho, “actos de investigación con valor de prueba” aunque no lo son. La justificación teleológica de esta permisión, que finalmente cumple con el principio de oralidad –aunque la palabra hablada es utilizada de modo indirecto, pues esta, a diferencia de la prueba personal, no transmite la información por quien por sí mismo percibió o presenció el hecho objeto de información–

pero excepciona el principio de intermediación, permite evitar que ciertos elementos de convicción se pierdan absolutamente, con detrimento de la meta de esclarecimiento de la verdad de los hechos y de los intereses de las partes [ORTELLS]. Son cuatro las modalidades de esta clase especial de prueba documentada, reconocidas expresamente por el artículo 383, apartado 1, literales b, c, d y e, del CPP: prueba anticipada previsible (literal a), diligencias objetivas e irreproducibles o prueba preconstituida (literal e y artículo 425.2 del CPP), prueba sumarial no previsible (literal c), y prueba testifical por exhorto (literal d). Formalmente, debe leerse el acta respectiva o reproducirse si está contenida en un audio o video –es su requisito formal–.

- A. La prueba anticipada está prevista en los artículos 242-246 del CPP. El criterio general –primer principio–, como quedó expuesto, es que la fuente de prueba no está disponible para el juicio (actos inaplazables y actos irrepetibles); la regla asumió el principio de tipicidad, por el que se estipularon los supuestos de no reenviabilidad a juicio; además, el tercer principio es la exigencia de que la fuente de prueba que se trata de conservar resulte relevante en relación con la decisión de fondo del procedimiento; y el cuarto principio está referido al límite temporal en la práctica de la prueba anticipada: etapas de investigación preparatoria e intermedia [FLORES PRADA].

El acto inaplazable al momento del juicio tiene que ver directamente con la imposibilidad o inconveniente de que la práctica de la prueba se remita al momento del juicio, resultando imprescindible la práctica inmediata si se quiere que la fuente de prueba no se pierda o se perjudique su

integridad informativa. El acto no repetible es aquel cuya práctica no puede ser reproducida en el juicio oral, esto es, aquel que no puede ser practicado dos veces con el mismo resultado, ya sea por causas previsibles u originarias, ya sea por causas o razones sobrevenidas [DE ROBERTO].

La prueba anticipada se circunscribe, por mandato del artículo 242 del CPP, a los actos de investigación personales (testifical, examen del perito, careo, reconocimiento, inspección judicial y reconstrucción: artículos 166, 181, 182, 186, 189, 190, 191 y 192 del CPP). La inspección judicial es, en todo caso, un medio de investigación de naturaleza mixta: combina elementos reales y personales, pero tiene un carácter originario al igual que la reconstrucción o experiencia judicial, pues no admite entre la materialidad probatoria y el juez ningún intermediario; y la materialidad misma es expresiva, elocuente, por sí misma, y no ya por las atestaciones ajenas que contenga o acompañe [MANZINI].

El objeto de la prueba anticipada, por tanto, es un acto de investigación personal; y, deber ser, como nota característica, un acto de carácter irrepétible o indisponible, siempre previsible, y urgente. Lo primero (irrepetibilidad) significa que la fuente de prueba es fugaz o que resulta de imposible reproducción en el juicio oral a través del correspondiente medio de prueba; esta indisponibilidad de producción plena y con garantías de integridad se ha de advertir en el mismo momento en que se realiza el acto. Las causas de tal irrepetibilidad pueden ser materiales, por la fiabilidad de la prueba, por la función procesal que cumplen, por la concentración del juicio oral, por la inmediatez y los

medios personales, por disposición legal y por razones de orden público [SAN MARTÍN].

Los concretos motivos que habilitan la anticipación probatoria, de fuente italiana, se refieren a la enfermedad u otro grave impedimento del órgano de prueba, o cuando este puede ser expuesto a violencia, amenaza, ofertas o promesas de dinero u otra maniobra para que no declaren o lo hagan falsamente (artículo 242.1, a del CPP). El literal g, del apartado 1, de dicho artículo incorporó un supuesto de especial vulnerabilidad –evitar la victimización secundaria–, de por sí suficiente para justificar constitucionalmente la vía de la anticipación probatoria y, por ende, la restricción del principio de inmediación; se trata de las niñas, niños y adolescentes por delitos de trata de personas, contra la libertad personal, violación de la libertad sexual, proxenetismo y ofensas al pudor público. Finalmente, el literal e de la misma norma extendió la anticipación probatoria a los testigos y peritos en caso de criminalidad organizada y delitos contra la Administración Pública (artículos 382 al 401 del Código Penal); no obstante, siempre será necesario establecer la posibilidad de uno de los concretos motivos del literal a: exposición a violencia, amenaza, ofertas o promesa de dinero u otra maniobra para que no declaren o lo hagan falsamente, aunque *prima facie* este motivo resultará verosímil en atención a la forma y circunstancias del hecho delictivo, a las características de la organización delictiva y de sus integrados –lógica violenta y utilización del amedrentamiento como uno de sus medios de ejecución delictiva–, y a los alcances y dirección de la investigación.

Lo segundo (urgencia) denota que el acto en cuestión debe practicarse por la autoridad legalmente reconocida para ello [ASENCIO]. Este requisito, en esta modalidad de prueba sumarial, exige la intervención judicial. Su práctica, previo pedido de la parte legitimada y autorizada por el juez, es compatible con las reglas de actuación probatoria que rige el juicio oral –se trata, pues, de una mera anticipación probatoria–.

- B.** La prueba sumarial no previsible está prevista en el artículo 383.1, c y d segunda oración, del CPP. Su objeto es la declaración testifical y el examen del perito –incluso se extiende a la exigencia de realización de un informe o dictamen pericial–. Se centra, por consiguiente, en los medios de investigación personal.

Las razones de la no previsibilidad se presentan luego de la realización del acto, que impiden la presencia del testigo –incluyo al coimputado o excoimputado– o del perito al acto oral. El requisito material se refiere, solo respecto del testigo o perito, al: fallecimiento, enfermedad, ausencia del lugar de su residencia, desconocimiento de su paradero –básicamente, imposibilidad absoluta– o por causas independientes de la voluntad de las partes –generalmente, imposibilidad relativa, vinculada a la presencia de determinadas circunstancias de tiempo y lugar–. Así, por ejemplo, cuando el testigo o perito reside en el extranjero porque el juez peruano carece de facultades para obligarle a comparecer (STSE 209/1998). De otro lado, si la ausencia al acto es imputable a la parte, esta perderá el derecho a que se practique esa prueba y la lectura sustitutiva, pero

el juzgador podrá acordar de oficio la lectura si concurre objetivamente el presupuesto de la imposibilidad [ORTELLS, artículo 385.2 del CPP]. Estos lineamientos, interpretados restrictivamente, se erigen en la condición necesaria para la lectura o reproducción de la diligencia de investigación.

El requisito subjetivo estriba en la intervención del fiscal en la práctica de la diligencia de investigación. El requisito material consiste en el acto de investigación se haya actuado con la concurrencia de las partes —en pureza, de la defensa técnica— o, en su defecto, con el debido emplazamiento de las mismas. Es de recordar que nuestro procedimiento de investigación preparatoria es participativo (artículo 338.1 y 2 del CPP); por ende, para la diligencia correspondiente no solo ha de haberse notificado correctamente a las partes o sujetos procesales, sino que si estos lo hubiera solicitado, se requiere contar con su asistencia e intervención activa —si no asisten por causas no imputables a la Fiscalía, esa diligencia tiene pleno valor—.

- C. La prueba preconstituida. Es también un acto de investigación, a los que se aplican, asimismo, las notas de irrepetibilidad y de urgencia. Es una prueba documental, que practican la Policía, el Fiscal y el Juez de la Investigación Preparatoria sobre hechos irrepetibles, que no pueden, a través de los medios de prueba ordinarios, ser trasladados al momento de realización del juicio oral; por ello, esta prueba tiene un carácter aseguratorio de los indicios y fuentes de prueba que posibilitan su introducción en el juicio oral a través de la lectura o reproducción, como documentos públicos oficiales suficientes para fundar una sentencia de condena

[GIMENO]. Por razones de urgencia, y desde un punto de vista subjetivo, estos actos puede realizarlos la Policía y la Fiscalía, que lo diferencian de la prueba anticipada, que solo puede realizarla el juez de la Investigación Preparatoria. Esta última, además, se circunscribe al testimonio y a la pericia y otras pruebas personales.

El artículo 383.1, e del CPP, a título ejemplificativo, señala nueve tipos de actas que pueden oralizarse, bajo la denominación de “diligencias objetivas e irreproducibles”: detención, reconocimiento, registro, inspección, revisión, pesaje, hallazgo, incautación y allanamiento. El artículo 68.1 del CPP señala cuáles son las diligencias que puede realizar la Policía, y el apartado 2 de esa norma prevé que debe sentar acta detallada de lo que lleve a cabo. Las actas que levanten el fiscal y el juez están reguladas en el artículo 120 del CPP. De las medidas instrumentales o restrictivas de derechos –búsqueda de pruebas y restricción de derechos según el Título III de la Sección Primera del Libro Segundo del CPP– también se levantan actas (artículos 205.3, 206.2, 208.2, 210.5, 211.4, 213.3, 214.3, 216.3, 220.2, 227.1, 231.2, 233.3, 234.1, 235.4, 236.3, 240 y 241 del CPP); luego, estas concretan las diligencias objetivas e irreproducibles por su carácter irrepetible y urgente. De igual modo, también se levantan actas de reconocimiento, inspección y reconstrucción (artículo 190.2 del CPP), y de levantamiento de cadáver (artículo 195.1 del CPP). Todas ellas, eventualmente, pueden constituirse en prueba preconstituida.

El requisito objetivo de esta diligencia de investigación para su preconstitución probatoria es su actuación conforme

con la legalidad que las rige. En unos casos será necesaria la autorización judicial y la intervención del fiscal, así como la posibilidad de contradicción –si la contradicción fuera factible–; y, en otros, por la naturaleza de la diligencia, solo el estricto cumplimiento de la ley y la objetividad de los datos que consten en el acta. No podrá exigirse intervención de abogado defensor, por ejemplo, en los casos de detención en flagrancia y la consiguiente incautación o hallazgo de bienes delictivos, de levantamiento de cadáver, de control de comunicaciones, etcétera.

- D. Las declaraciones, exámenes periciales e informes periciales por exhorto. No solo se requiere que esos medios de investigación personales se actúen mediante exhorto, por un juez comisionado; también, concurrentemente, se exige que el testigo o perito esté en una situación de imposibilidad absoluta o relativa, según lo expuesto en el literal c, del apartado 1, del artículo 383 del CPP (motivos de imposibilidad o irrepetibilidad).

§ 13. Interrogatorio audiovisual. El Código Procesal Penal permite el interrogatorio audiovisual tanto del imputado –incluso su presencia virtual en la audiencia principal, que instauraría lo que la doctrina italiana denomina “proceso a distancia”–, como de los testigos y peritos, de los sujetos protegidos e, incluso, del reclamado en el proceso auxiliar de extradición. Lo expuesto significa que el interrogatorio de estos intervinientes procesales no solo se ha de desarrollar “*face to face*” (cara a cara) en la Sala de Audiencias o en el mismo recinto judicial –inmediación física–, sino también, en determinadas situaciones de excepción, a través de una conexión “*live*” (en vivo) con otro lugar (videoconferencia)

–inmediación virtual– [VOLK]. Esta se entiende como la tecnología de telecomunicaciones que proporciona un sistema de comunicación bidireccional de audio, video y datos que permite que los órganos judiciales receptores y emisores mantengan una comunicación simultánea e interactiva en tiempo real (Directiva 005-2015-CE-PJ, punto 3, de 15-7-2015).

Se considera como ventajas de las videoconferencias, siguiendo a VALENTÍN GABRIEL: 1) la posibilidad de sustituir el auxilio judicial, con mayor respeto del principio de inmediación; 2) la evitación de suspensiones de audiencias por circunstancias personales de los declarantes; 3) la posibilidad de sustituir los informes de testigos con privilegios de testimonio; 4) el aumento de la seguridad y la disminución del riesgo de fugas o agresiones al declarante, y el ahorro de gastos por transporte; 5) protección de la víctima o de testigos; 6) el registro de lo sucedido en la audiencia y un acto procesal que permite una mejor decisión del órgano de apelación; 7) el redimensionamiento del principio de publicidad, ya que un número infinito de personas podrían “asistir” a distancia a la audiencia; y, 8) la posibilidad de inspeccionar cosas o lugares peligrosos o de muy difícil acceso [MIRA ROS].

La videoconferencia es un instrumento técnico. Cuando se emplea para la actuación probatoria no es un medio de prueba sino una simple “modalidad técnica de la práctica de la prueba” susceptible de ser empleada para la obtención de declaraciones y que, por consiguiente, puede ser apta para la práctica de pruebas testificales, periciales y, quizá también, para la declaración del imputado en circunstancias realmente excepcionales. Por ende, cuando se utiliza la videoconferencia debe entenderse que es el concreto medio de prueba que se va a llevar a cabo: declaración del

testigo, examen del perito, declaración del imputado, más allá de que se requerirá en estos casos ciertas particularidades en cuanto a la documentación y fehaciencia de la actuación [ARNAIZ].

El artículo 119-A del CPP estipula que si bien la presencia física del imputado es obligatoria en la audiencia principal y en los demás actos procesales en los que deba intervenir por mandato legal, por excepción, (i) cuando el imputado esté privado de su libertad y (ii) su traslado a la Sala de Audiencias encuentre dificultades por la distancia o porque exista peligro de fuga –se trata de dos supuestos concretos, aunque de un contenido indeterminado, por lo que la interpretación de la regla jurídica pertinente debe ser restrictiva al importar una limitación a la presencia física, siempre preferible por garantizar con mayor énfasis la oralidad y, esencialmente, la intermediación– corresponde utilizar –como *última ratio*– el método de la videoconferencia. El Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, mediante Resolución Administrativa N.º 233-2015-CEPJ, de 15-7-2015, aprobó la Directiva N.º 005-2015-CE-PJ, para garantizar su adecuada utilización. A su vez, se cuenta con las directivas números 001-2014 y 001-2013-CE-PJ, del 7 de enero de 2014 y 13 de marzo de 2013, respectivamente, que determinan los lineamientos para el uso de la videoconferencia en los procesos penales y el procedimiento para la ejecución de audiencias virtuales.

El método de la videoconferencia también puede utilizarse para la declaración del testigo (artículo 169 del CPP). Corresponde hacerlo, con preferencia al exhorto, cuando el testigo no reside en el lugar o cerca del local judicial y resulte imposible su traslado a la Sala de Audiencias –esta imposibilidad puede deberse a razones de salud, incapacidad física, dificultades insuperables de

transporte o situaciones de emergencia por razones naturales o sociales— (también puede optarse por filmar la declaración si la videoconferencia no puede realizarse por razones técnicas). Si el testigo se encuentra en el extranjero será posible acudir a la videoconferencia con la intervención del cónsul.

Este método también es aplicable en los casos de órganos de prueba protegidos, conforme con lo dispuesto en el artículo 247.1 del CPP: testigos, peritos, agraviados y colaboradores. La videoconferencia está considerada, en estos casos, como una medida de protección, siempre que resulta necesaria para “evitar que se ponga en peligro la seguridad del protegido una vez desvelada su identidad y siempre que lo requiere la preservación del derecho de defensa de las partes”.

Asimismo, la videoconferencia es aplicable en el curso de la audiencia principal, siempre que sea posible, cuando “en la misma localidad se halla enfermo un testigo o un perito cuyo examen se considera de trascendental importancia” (artículo 360.4 del CPP). Finalmente, este método puede usarse en las audiencias de extradición pasiva cuando, excepcionalmente, no es posible el traslado del reclamado a la Sala de Audiencias (artículo 521-C del CPP).

Como se aprecia en las normas glosadas, el método de la videoconferencia se utiliza bajo el cumplimiento de dos presupuestos materiales: 1) excepcionalidad: enfermedad, incapacidad o protección por riesgo para la integridad del protegido, y lejanía —son, pues, dos tipos de razones: por oportunidad, referida a las circunstancias personales del órgano de prueba por su lejanía del lugar o la especial ubicación o situación de privación de

libertad (tiempo y lugar); y, por utilidad, cuando se estime que la declaración de aquellos se produzca de la forma más libre y espontánea posible, para superar circunstancias determinantes de una especial presión sobre su persona (protección de algún otro interés digno de tutela y en peligro) [ARNAIZ]; y, 2) restricción para determinadas diligencias –las de interrogatorio– y, limitadamente, para el imputado o reclamado en las audiencias, principal y de extradición pasiva, respectivamente. Estos dos presupuestos se explican por el hecho de que la inmediación en estos casos, aun cuando existe (véase: STSE del 5 de octubre de 2001) –en tanto conecta la Sala donde se celebra el juicio con otro lugar donde se encuentran los testigos y así las partes pueden formular directamente las preguntas y escuchar las respuestas como si el testigo estuviera allí físicamente (interrogatorio interactivo y bidireccional)–, es relativa; la participación a través de la informática es, como dice la doctrina italiana, “una participación de serie B” en la que se produce una ruptura de la dimensión espacial de la vista [BUJOSA], por lo que no puede equipararse totalmente al interrogatorio que se desarrolla ante el juez enjuiciador [HERRERA ABIÁN], de ahí que su utilización debe establecerse desde “planteamientos rigurosamente restrictivos” (STSE del 16 del mayo de 2005).

Las normas sobre utilización de la videoconferencia han sido legitimadas por el Tribunal Constitucional, siempre que se reconozca su carácter excepcional; y, en la medida en que “no impida la interacción directa, personal y cercana de un medio de probatorio que tenga directa incidencia en cuestiones de hecho relacionadas a la declaración de inocencia o culpabilidad del procesado” (STC 2738-2014-PHC/TC-ICA, de 30-7-2015).

Según recuerda la STCE 120/2009, del 18 de mayo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha validado el uso de la videoconferencia, condicionándolo (i) a que se persigan fines legítimos, –tales como “la defensa del orden público, la prevención del delito, la protección de los derechos a la vida, a la libertad y a la seguridad de los testigos y de las víctimas de los delitos, así como el respeto de la exigencia de plazo razonable”–, y (ii) a que su desarrollo respete el derecho de defensa del acusado (SSTEDH Viola vs. Italia, del 5 de octubre de 2006 y Zagaría vs. Italia, del 27 de noviembre de 2007).

Es obvio, sin embargo, que una videoconferencia realizada conforme con las directivas ya aprobadas por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, garantiza una correcta interacción y, además, la corrección y autenticidad de la filmación. La necesidad de presencia física está condicionada a que no se presenten las razones de excepción fijadas por la Ley.

Si las declaraciones o exámenes periciales se realizaron por el método de videoconferencias en sede de investigación preparatoria y si bajo ese mismo método se llevó a cabo la prueba anticipada, es evidente que las filmaciones correspondientes deberán ser reproducidas en el acto oral para su debida apreciación y discusión por las partes. No existe en el Código ninguna limitación para su valoración probatoria.

III. ORALIDAD Y FORMACIÓN DE LA CAUSA

§ 14. Resoluciones orales. La disposición legal base del Código Procesal Penal sobre resoluciones judiciales (artículo 123 del CPP) solo hace mención a dos notas características que deben cumplirse, sin mencionar la escrituralidad u oralidad de las mismas

—la primera está contemplada, en todo caso, como la regla general en el artículo 139.5 de la Constitución—. Establece, primero, la necesidad de motivación —las resoluciones judiciales pueden ser decretos, autos y sentencias: artículo 120 del CPC—, de suerte que, salvo los decretos —que solo “impulsa[n] el desarrollo del proceso, disponiendo actos procesales de simple trámite” (artículo 121, primer párrafo, del CPC)—, deben contener la exposición de los hechos debatidos, el análisis de la prueba actuada —la disposición constitucional citada menciona “los fundamentos de hecho en que se sustentan”, lo que es lo mismo—, la determinación de la ley aplicable y lo que se decide, de modo claro y expreso. Y, segundo, que los decretos se dictan sin trámite alguno; que los autos —siempre que lo disponga el Código— se expiden previa audiencia con intervención de las partes; que las sentencias —que ponen fin al proceso: artículo 120 del CPC— se emiten según las reglas específicas sobre la materia (así, por ejemplo, en el proceso común, culminado el juicio oral y se leen en audiencia pública: artículos 394-396 del CPP).

Las resoluciones orales, en pureza, los autos orales, se expiden obligatoriamente en el curso de la *audiencia principal*, a tenor del artículo 361.4 del CPP. Si el enjuiciamiento se realiza oralmente, según el apartado 1 de dicha disposición, si todas las peticiones o cuestiones deben ser propuestas y argumentadas oralmente, y si la recepción de las pruebas está sometida al principio de oralidad, tal como dispone el apartado 3, es razonable establecer que: “Las resoluciones serán dictadas y fundamentadas verbalmente [...] debiendo constar su registro en el acta”. Es verdad que la escritura permite una más efectiva racionalización de la argumentación y una reflexión mayor acerca del tema objeto de decisión

—imprescindibles en asuntos de cierta entidad o complejidad—, pero lo esencial del mandato constitucional es fijar el tenor de la decisión: sus fundamentos y su parte resolutive, y permitir su publicidad, así como evitar, por manipulaciones a su contenido. El registro, por tanto, es determinante. A ello ayuda la tecnología de la información y las comunicaciones, sin perjuicio de que conste en el acta de la actuación judicial o procesal respectiva (artículos 120 y 361 del CPP).

La resolución oral (decretos y autos) es una consecuencia del sistema de audiencias, que a su vez garantiza la continuidad de las mismas y el principio de concentración. La audiencia no puede suspenderse, salvo los casos taxativamente dispuestos por la ley (por ejemplo, el retiro de acusación: artículo 387.4 del CPP), para expedir por escrito un auto y, luego, leerlo en la misma audiencia. No está reconocida como motivo de suspensión, según el artículo 360.2 del CPP, la suspensión de la audiencia para deliberar, votar y pronunciar un auto interlocutorio —que decide al interior del proceso: artículo 120 del CPC)—. En esa misma lógica, en la audiencia única de juicio inmediato, la resolución que dispone la subsanación de defectos formales de la acusación también se emite oralmente (artículo 448.3, segunda oración, del CPP). Llama la atención que en la audiencia de extradición pasiva el auto consultivo, que no es interlocutorio sino definitivo —pone fin al proceso auxiliar en sede jurisdiccional—, igualmente se expide oral o verbalmente (artículo 521-C, cuarta oración, del CPP), lo que mereció la Resolución General de la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de fecha 20-4-2017, que estableció que tal imposición no es de recibo ante un asunto complejo, que además exige una motivación reforzada.

En las *audiencias preparatorias* son muy pocas las veces en que se

exige expresamente una resolución oral. En efecto, en dos casos es obligatoria la emisión de un auto oral: (i) cuando se resuelve el requerimiento de prisión preventiva (artículo 271.2 del CPP) —de dudosa razonabilidad ante un asunto que, muchas veces, es complejo y resuelve, anticipadamente, la privación de libertad de una persona—; y, (ii) cuando se decide el requerimiento de incoación del proceso inmediato (artículo 447.5 del CPP). Deja a cargo del juez, según la complejidad del asunto, lo avanzado de la hora y/o la carga procesal del juzgado, la emisión de una resolución oral o escrita, en los casos expresos de prolongación de la prisión preventiva (artículo 274.3 del CPP), reforma del mandato de comparecencia por el de prisión preventiva (artículo 279.2 del CPP), e impedimento de salida (artículo 296.6 del CPP), aunque por imperio del artículo 8.4 del CPP, la resolución en sede de investigación preparatoria que resuelve medios de defensa en general puede ser oral —antes de concluir la audiencia y en ese mismo acto, sin necesidad de suspensión de la misma por imperio del principio de concentración procesal— o escrita —luego de declarar concluida la audiencia preparatoria—.

En las *audiencias preliminares* —la de control de la acusación— la regla es la resolución oral tratándose de las cuestiones planteadas con motivo de la acusación escrita, pero será escrita si se trata de un asunto complejo o por lo avanzado de la hora (artículo 352.1 del CPP). Los autos de sobreseimiento y de enjuiciamiento son escritos (artículos 346 y 353 del CPP).

Las resoluciones orales deben constar en el acta de la actuación judicial. Así lo dispone el artículo 361.4 del CPP. La reproducción audiovisual no elimina la necesidad del acta, conforme con el artículo 120.3 del CPP. La constancia o registro de la resolución

oral exige que se transcriba íntegramente en el acta, sin perjuicio del medio técnico utilizado para dar cuenta de lo sucedido en la actuación judicial (Ejecutoria Suprema N.º 61-2009/La Libertad, del 5 de marzo de 2010 y Reglamento General de Audiencias aprobado por Resolución Administrativa N.º 096-2006-CE-PJ, de 28-6-2006).

§ 15. Actas judiciales. La audiencia oral —en tanto no consiste en documentos y escritos, sino de actuaciones no escritas— requiere que se documente. El medio de documentación es el acta (artículos 120 y 361 del CPP). El acta es escrita, sin perjuicio que para su confección, organización, elaboración y/o archivo puedan utilizarse los medios técnicos que correspondan (artículos 120.1 y 361.1, última oración, CPP). La tecnología, en este caso, está destinada a elaboración del acta de una forma rápida y que cumpla con las máximas exigencias de seguridad y las exigencias legales fijadas en los apartados 2 y 4 del citado artículo 120 del CPP; desde luego, no persigue eliminarla como una forma de acto procesal, que por lo demás es distinta de la resolución judicial, conforme con el artículo 119 del CPC.

El contenido del acta, de modo general, está previsto en los citados apartados 2 y 4 del artículo 120 del CPP: fecha de la diligencia, personas intervinientes y relación sucinta o integral, según el caso, de los actos realizados, y de todo otra exigencia estipulada legalmente para la concreta diligencia que se trate, así como la firma del juez que la dirija y del auxiliar jurisdiccional que tenga atribuida la fe pública judicial. El contenido del acta, por consiguiente, debe comprender toda declaración, manifestación o petición realizada durante la práctica del acto procesal en cuestión, así como la constancia de cuantas circunstancias sirvan

a la descripción de la realidad de la actuación llevada a cabo [LÓPEZ YAGÜES].

Las actas de la *audiencia principal* (etapa de enjuiciamiento) y, por extensión, de las *audiencias preparatorias* (etapa de investigación preparatoria) y de las *audiencias preliminares* o *de control* (etapa intermedia), deben cumplir las especificaciones del artículo 361 del CPP. Deben contener una síntesis de lo actuado —no entrañan una relación integral de la actuación judicial, que será el caso de las declaraciones o inspecciones como concretas diligencias en sede de investigación preparatoria—; deben constar las observaciones correspondientes por las partes procesales; y deben firmarse por el juez o el juez presidente y el secretario quien tiene la fe pública judicial, y, como ya se anotó, debe constar el registro de la resolución —se transcribe íntegramente—, de modo que se entienden notificadas desde el momento de su pronunciamiento.

El Código Procesal Penal, además, autoriza —si es factible— la grabación a través de un medio técnico de la actuación judicial, de la audiencia. Esta —siempre que exista según la posibilidad técnica del concreto órgano jurisdiccional—, con el acta, demostrarán el modo como se desarrolló el juicio, la observancia de las formalidades previstas por él, las personas que han intervenido y los actos que se llevaron a cabo (artículo 361.2 del CPP). Según el artículo 120.3 del CPP la reproducción audiovisual de la actuación procesal —central de cara al principio de intermediación virtual— se lleva a cabo “*sin perjuicio de efectuarse la transcripción respectiva en un acta*”. Lo últimamente expuesto significa, entonces, que contrario, por ejemplo, a lo estatuido en el artículo 146 de la LEC española, los medios técnicos de grabación o reproducción no reemplazan a las actas. Además, la seguridad de esos medios

técnicos está condicionada a la fe pública judicial mediante la firma informática, lo que no sucede en nuestro caso.

IV. ORALIDAD Y REALIDAD PROCESAL

§ 16. Expediente Electrónico. La documentación del proceso –actuaciones procesales o judiciales en videoconferencia o grabadas en imagen y sonido, resoluciones judiciales, documentos escritos, prueba documental, y sistemas de archivo–, sin duda, a partir del avance de las nuevas tecnologías de la información y de las comunicaciones genera posibilidades de forma de los actos procesales distintos de aquellas formas tradicionales [ORTELLS], así como rapidez, seguridad, celeridad y eficacia. Los actos procesales realizados por medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos ocupan actualmente el centro de la preocupación contemporánea; y las mismas razones que impulsaron a los autores reformistas a defender la oralidad son ahora las que militan a favor del uso generalizado en los procesos de las nuevas tecnologías, es pues la época de la “oralidad secundaria u oralidad renovada” [MIRA ROS].

Ha sido factor clave en la propagación de la informática como instrumento de tratamiento de textos y como sistema de organización o gestión de archivos, la presencia de las computadoras como medio de conexión a internet, su capacidad para conectarse entre sí por medio de la red de redes, compartiendo un mismo lenguaje (la grafía binaria) –esta transformación global ha venido en denominarse “sociedad de la información”– [MIRA ROS].

Es posible, a partir de una necesaria actualización normativa específica, que los actos procesales escritos, incluidas la prueba documental y las actas, se sustituyan por documentos informáticos.

El escrito electrónico es un equivalente funcional del escrito en papel aunque dotado de mayor flexibilidad en las formas, al que se ha de adjuntar la prueba documental, primero, a través del escaneado de documentos que originariamente consten en soporte papel y se acompañen con el documento electrónico con firma electrónica reconocida; y, segundo, a través de un sistema de digitalización certificado, que permita convertir la imagen contenida en un documento en papel en una imagen digital codificada, fiel e íntegra respecto del original.

También es posible que se trasladen electrónicamente entre los sujetos procesales el conjunto de actos de comunicación por medios electrónicos, telemáticos, infotelecomunicaciones o de otra clase semejante, siempre, claro está, que cumplan con el requisito indispensable de garantizar autenticidad de la comunicación y de su contenido, por un lado, y de que conste de forma fehaciente la remisión, la recepción íntegra y el momento en que se hicieron, por otro [LÓPEZ YAGÜES].

Asimismo, con las reservas anteriormente apuntadas, que pueden minimizarse en la medida en que se mejore sustancialmente la grabación audiovisual, pueden realizarse las declaraciones y las audiencias mediante videoconferencia u otro mecanismo tecnológico más sofisticado y seguro —debe quedar claro, en todo caso, que la videoconferencia, la grabación de las audiencias orales, son instrumentos de comunicación y de fijación del pensamiento tan útiles y populares que el proceso que los excluya faltaría a la realidad actual [MIRA ROS]—. Asimismo, que el juez y las partes tengan en su computadora u ordenador personal el propio expediente judicial.

En la experiencia judicial y en el derecho comparado ya existe el expediente electrónico y diversos mecanismos de ordenación para la celebración de las audiencias o vistas, así como para el archivo y estadística. El documento electrónico es inmaterial: lo almacenado en soporte electrónico no se exterioriza, y si lo hace, no hay entonces identidad entre lo conservado y lo exteriorizado, pues lo conservado constituye un archivo en sistema binario, mientras lo exteriorizado adopta la forma de escritura con las letras de nuestro alfabeto, pero son signos de escritura que no existen en la realidad natural, no tienen base material tangible sino virtual. A él se une la firma electrónica avanzada, como posibilidad de relacionar ese dispositivo de manera fidedigna con determinado titular, que lo hace inalterable –la Directiva de la Unión Europea 1999/93-CE, de 13-12-1999, define como firma electrónica “los datos en forma electrónica anejos a otros datos electrónicos o asociados de manera lógica con ellos, utilizados como medio de autenticación”–.

A modo de prevención, sin embargo, es pertinente tener en cuenta que el escrito electrónico y las actuaciones en la red de redes, al sustituir el contacto directo del juez con las partes por la fría pantalla de la computadora, afectan el principio de inmediación; del mismo modo que el pronunciamiento electrónico del fallo de la sentencia incide en el principio de publicidad; y si, además, se asienta en el uso de bases de datos o sistemas expertos que desembocan en la estandarización de su contenido, puede comprometer el deber de motivación de las sentencias. Por ello, como prerequisite de la utilización de la informática se requiere oficinas judiciales perfectamente equipadas en cuanto a personal auxiliar suficientemente cualificado y equipamiento técnico; y,

respecto de las audiencias virtuales, será necesario el requisito de su puntual necesidad.

§ 17. Excepciones al principio de oralidad. Si observamos el conjunto del proceso penal peruano es posible llegar a una conclusión paradójica: el principio de oralidad ha sufrido importantes pérdidas, es decir, exclusiones y limitaciones (estas últimas ya examinadas). Muchísimos de los asuntos penales, a instancia del legislador, no se siguen bajo el principio de oralidad; los procesos orales constituyen, cuantitativamente hablando, una fracción del total; por ende, la operación cotidiana de la justicia está constituida por procedimientos escritos [VOLK].

En primer lugar, se tiene los procesos en los que prima el principio del consenso. Así, el proceso especial de terminación anticipada –de origen italiano– (artículos 468-471 del CPP) y el proceso especial de colaboración eficaz –de origen colombiano y puertorriqueño– (artículos 478-481 del CPP), así como la conformidad procesal (artículo 372 del CPP). En estos supuestos la condena –declaración de culpabilidad e imposición de una pena y reparación civil– no surge como consecuencia de una actuación probatoria oral, en una audiencia de pruebas, ni alegación sobre su resultado.

En segundo lugar, los casos en que se da por terminado el procedimiento. Se trata de aquellos asuntos en que los que el Fiscal archiva las actuaciones por falta de mérito (artículo 334 del CPP), y en los que se dicta auto de sobreseimiento –a instancia o contra el requerimiento acusatorio del Fiscal (artículos 344, 346.1 y 352.4 del CPP)–.

En tercer lugar, los casos en que el fiscal o, imitadamente, el juez aplica un criterio de oportunidad (artículos 2 y 350.1, e del CPP).

§ 18. Análisis final acerca de la oralidad. Más allá del debate abierto con la irrupción de la “sociedad de la información” (internet, computadora, documento electrónico, videoconferencia, expediente electrónico, etc.) y lo que conlleva, resulta inevitable concluir que todo sistema o, mejor dicho, tipo procesal, desde las formas, es siempre mixto. En el caso peruano, se optó sin duda por la prevalencia de la oralidad, bajo el entendido de que resulta indispensable cuando las partes tienen peticiones, alegaciones y pruebas para su fundamentación, de suerte que se necesita el diálogo con el tribunal para poder arribar a una decisión debidamente motivada. Solo puede decidirse previa audiencia oral y sobre lo conocido en ella [PÉREZ-RAGONE]. Es en la audiencia donde se cumple la parte fundamental del proceso [VESCOVI].

Como es de resaltar, lo decisivo para determinar la vigencia del principio de oralidad no es la forma en que se aportan al proceso los hechos litigiosos (donde, por imperativos del principio de seguridad jurídica, debe primar la escritura), sino la forma en que los medios de prueba son practicados [GARBERÍ]. Pero, oralidad no significa que los actos procesales no han de ser documentados por escrito o por cualquier otro sistema de grabación. Lo esencial, es de insistir, estriba en que el órgano enjuiciador dicte su resolución con base en el acto desarrollado oralmente, no sobre la documentación del mismo [ASENCIO].

Ahora bien, la perspectiva más adecuada de política legislativa estriba en combinar una u otra forma –oral y escrita–, al igual que la relación entre los principios de concentración/dispersión y publicidad/secreto, a partir de simples razones de eficiencia. Constituye, a la vez, ingenuidad y maniqueísmo entender la forma escrita como *mala* y la oral como *buen*a [DE LA OLIVA].

Los grandes debates en torno a oralidad *vs.* escritura dependieron de circunstancias variables en el tiempo. La lucha contra la escritura inicialmente se debió, básicamente, a una extraordinaria burocratización de los procedimientos, que los hacía demasiado lentos y poco transparentes, al perderse cualquier observador en una auténtica maraña de documentación judicial perfectamente inútil [NIEVA].

Desde una perspectiva interna, de las reglas procesales fijadas para una causa penal individual, la oralidad es imprescindible para la práctica de las pruebas que supongan declaración de personas –su carácter instrumental es evidente–. Se afirma que el entendimiento directo y verbal entre el juez, las partes y el órgano de prueba (testigo o perito) favorece la búsqueda de la verdad material –HOLZHAMMER llegó a decir, al respecto: “el papel engaña, sin ruborizarse”– [GIMENO]. La oralidad también es útil al final de las conclusiones y en el procedimiento recursal, siempre que exista un verdadero diálogo entre las partes y el tribunal [NIEVA]. La oralidad, a su vez, en sí misma, otorga celeridad al proceso, propicia la resolución conjunta de las resoluciones interlocutorias y lo hace más transparente, así como, en lo interno, permite una incorporación más ágil de la prueba y su valoración desde los cánones de la sana crítica [PÉREZ-RAGONE]. La unión entre oralidad e inmediación, de indispensable vigencia, determina la regla de que el contenido de los autos no debe incidir en la sentencia [SCHMIDT]. Igualmente, significa mayor simplicidad y rapidez de las actuaciones procesales, obligando a que se observe la inmediación y a que los jueces entren en relación con el asunto y dicten resoluciones con suficiente conocimiento de causa [DE LA OLIVA]. A mayor operatividad de la oralidad, mayor despliegue de la inmediación.

De otro lado, las ventajas de la escritura se residencian en que otorga seguridad a ciertos actos procesales, que, por su trascendencia en el proceso, han de ser fijados de una manera inalterable [GIMENO]; es decir, por la necesidad de su constancia [ASENCIO]. La escritura es más adecuada para las actuaciones que exijan más detenimiento y reflexión, como los escritos iniciales del proceso —en la fase intermedia—, la formulación de conclusiones y, por supuesto, la sentencia. También es útil en la decisión de muchas cuestiones incidentales, en las que la convocatoria a una audiencia generaría dilaciones por falta de medios personales y materiales [NIEVA].

La escritura, además, en cuanto a sus ventajas, se relaciona con el clásico adagio *verba volant, scripta manent*: seguridad, facilidad (i) para trabajar sobre muchos y diversos asuntos, y (ii) para analizar y entender asuntos complejos [DE LA OLIVA].

Por lo demás, desde una perspectiva global, el problema del proceso oral es el de que exige más jueces, auxiliares y equipos modernos, muchos más dinero en el presupuesto nacional para la administración de justicia [QUINTERO-PRIETO]. Tal situación —la carestía es el principal inconveniente de la oralidad [GIMENO]—, obliga a tener en cuenta que la oralidad por sí misma, desde la gestión del conjunto de los procesos jurisdiccionales, no importa necesariamente una mayor celeridad judicial; el diseño más simple de proceso oral puede verse contrarrestado con largas “listas de espera” para la celebración de los juicios o, lo que es más grave, con una baja calidad de los pronunciamientos jurisdiccionales.

La oralidad tiende a adaptarse con mayor énfasis en procesos sencillos o desprovistos de complejidad jurídica; y, en lo penal, las lógicas orales no son de recibo en los procesos contra delitos

que contienen elementos clandestinos muy importantes y que se desarrollan a lo largo de un periodo de tiempo extenso –es el caso, por ejemplo, de los delitos asociados a la corrupción y al crimen organizado– [NIEVA]. No es tan cierto, en suma, lo que en su día indicara CHIOVENDA, en el sentido de que el proceso oral proporciona una justicia más económica, más simple y más pronta [MORA]. La oralidad, desde una perspectiva no individual, de un caso concreto, sino desde el manejo integral de las causas que soporta un órgano jurisdiccional y el Poder Judicial en su conjunto, requiere de más recursos, es más compleja y sensible desde la perspectiva organizativa, y si existen pocos jueces y una carga procesal considerable, sin duda, no sería célere.

Por último, no existe una relación propia y lógica entre oralidad y los principios de concentración y publicidad. El procedimiento escrito puede concentrarse en pocos escritos y el procedimiento oral puede dispersarse en multitud de audiencias. El procedimiento escrito también puede ser público, como lo fue en el siglo XIII, y ahora más con el uso adecuado del internet y una apropiada sistematización de los escritos que se cuelgan en la red –este puede ser más transparente que aquel: lo verdaderamente público es lo que aparece introducido en una página *web*–.

Se afirma que el carácter concentrado del juicio busca favorecer la memoria de los juzgadores. Tal concentración, sin embargo, solo es posible en los procesos simples y cuando existe un número de jueces y de causas que así lo permita. En los demás procesos, el juez, para mantenerse al día de lo sucedido en la audiencia, no tiene otra opción que acudir a sus apuntes de trabajo o, si cuenta con recursos técnicos, a la grabación de las mismas –a su visionado o a su audición en sede de deliberación–.

Por otro lado, cabe destacar dos observaciones puntuales:

- 1) Respecto de la prueba personal, la presencia del órgano de prueba ante el juez decisor (*i*) no implica un mecanismo o criterio para valorar la declaración –se ha creído desde tiempo inmemorial que un juez puede advertir la falsedad o veracidad de una declaración mirando el rostro y los gestos del declarante (reacciones físicas o fisiológicas), pero más allá de lo que afirma la psicología conductista no existen investigaciones concluyentes en la materia, y además se olvida que la enorme mayoría de las veces que una persona miente, lo hace inadvertidamente, como consecuencia de los fallos de la memoria humana, que muy diversos estudios confirman que no es especialmente buena [NIEVA]–, sino (*ii*) es un método para obtener del órgano de prueba una información de calidad: la presencia de las partes y del juez permitirán, con sus preguntas y repreguntas, una mayor precisión y rigor en los datos de hecho que se aporta por medio de la declaración.

El derecho a la confrontación con el órgano de prueba, la necesidad de asegurar el interrogatorio cruzado, constituye una garantía imprescindible para las partes. Es, por lo demás, una máxima que rige en el proceso anglosajón, surgida a partir del siglo XVIII y vinculada con la democratización del proceso penal, así como fundamentada en que se estima que es la manera de poder apreciar la sinceridad de quienes declaran y de satisfacer el reclamo de juego limpio (*fair play*) [HENDLER], aunque bajo el entendido que, por el contrario, en el proceso penal eurocontinental siempre primó la meta del esclarecimiento, de búsqueda la verdad

(*veritas delicti*), y que el interrogatorio cruzado y, antes, la exigencia de interrogar oralmente al órgano de prueba, es una característica del principio de inmediación practicado bajo la forma de la oralidad.

- 2) El paralelismo entre escritura y proceso inquisitivo, y entre oralidad - inmediación y proceso acusatorio, no es de necesidad. En general, en la etapa de investigación preparatoria prevalece la escritura, sin embargo, no debe olvidarse que las personas llamadas a proporcionar materiales en esa etapa han de contestar oralmente y el instructor recibe inmediatamente las pruebas. A su vez, en el enjuiciamiento prevalece la oralidad, que representa la forma normal, aunque en esta etapa, por la fuerza de las cosas, tampoco faltan excepciones –ya analizadas, incluso se acepta la prueba indirecta, excluida en el proceso anglosajón– que son objeto de lectura, y de ella se levanta un acta. En la etapa de investigación la resolución depende de los elementos recogidos por escrito, mientras que en la de enjuiciamiento la resolución es pronunciada a base de los materiales recogidos oralmente [FLORIÁN].

DILIGENCIA DE ALLANAMIENTO Y REGISTRO

I. DILIGENCIA DE ALLANAMIENTO. CONCEPTO

A. *Aspectos generales*

El derecho a la inviolabilidad del domicilio es un derecho de la personalidad que impide la entrada o registro de un domicilio sin el consentimiento del titular y sin previa autorización judicial, salvo en caso de flagrancia delictiva o grave peligro de su perpetración [BALAGUER CALLEJÓN]. Este derecho se encuentra contenido en el artículo 2.9 de nuestra Constitución Política, limitable en los supuestos establecidos por ley¹. Los límites que establece la ley para franquear este derecho, en materia penal, se encuentran

1 Artículo 2.9. Constitución: Toda persona tiene derecho a “la inviolabilidad del domicilio. Nadie puede ingresar en él ni efectuar investigaciones o registros sin autorización de la persona que lo habilita o sin mandato judicial, salvo flagrante delito o muy grave peligro de su perpetración. Las excepciones por motivos de sanidad o de grave riesgo son reguladas por la ley”.

recogidos en el artículo 214 del CPP, junto con los supuestos de flagrancia delictiva y grave posibilidad de comisión de un delito como supuestos de injerencia sin que medie una orden judicial². Se trata de una protección meramente instrumental, que defiende los ámbitos en que se desarrolla la vida privada de una persona (STSE de 24 de enero de 1996); no puede equipararse, por lo demás, domicilio y propiedad (STSE del 6 de abril de 1993).

La protección de la inviolabilidad de domicilio se encuentra estrechamente vinculada con la protección a la intimidad personal y familiar, al libre desarrollo de la personalidad. El derecho a la intimidad personal y familiar tiene por objeto la protección de un ámbito reservado de la vida de las personas excluido del conocimiento de terceros, se trate de poderes públicos o particulares, en contra de su voluntad. El derecho a la inviolabilidad del domicilio protege un ámbito especial determinado: el domicilio, como aquel lugar en el que los individuos, libres de toda sujeción a los usos y convenciones sociales, ejercen una de sus libertades más íntimas (STCE 22/84, del 17 de febrero). Por consiguiente, el concepto de domicilio es fundamental para el Derecho, por cuanto la persona necesita

-
- 2 Artículo 214.1 CPP: "Fuera de los casos de flagrante delito o de peligro inminente de su perpetración, y siempre que existan motivos razonables para considerar que se oculta al imputado o alguna persona evadida, o que se encuentran bienes delictivos o cosas relevantes para la investigación, el fiscal solicitará el allanamiento y registro domiciliario de una casa habitación, casa de negocio, en sus dependencias cerradas, o en recinto habitado temporalmente, y de cualquier otro lugar cerrado, siempre que sea previsible que le será negado el ingreso en acto de función a un determinado recinto".

un determinado lugar para ejercer sus derechos y cumplir sus obligaciones [ÁLVAREZ RODRÍGUEZ-RJUS DIEGO]. Ese lugar de ocupación, siempre un ámbito cerrado –aunque se incluye espacios parcialmente abiertos, de suerte que mejor sería denominarlo “espacio aislado” [GONZÁLEZ-TREVIJANO]–, incluye la ocupación temporal o accidental (STSE del 24 de octubre de 1992).

GIMENO SENDRA apunta que por diligencia común de entrada (allanamiento) cabe entender la resolución judicial por la que se restringe el derecho constitucional a la inviolabilidad del domicilio con el objeto de practicar la detención del imputado o de asegurar el cuerpo del delito. Esta definición es conexa con la disposición contenida en el artículo 214.1 del CPP, pues establece como presupuestos para la práctica de esta diligencia que se persiga la ubicación y captura del imputado o de una persona evadida, o el aseguramiento de bienes o cuerpo del delito. Como acertadamente apunta GÓMEZ COLOMER, se trata de dos diligencias en una, íntimamente unidas, pues se entra a un lugar cerrado para registrarlo y que cumpla dos finalidades: (i) asegurar las pruebas o piezas de convicción (pruebas físicas o materiales) para que estén a disposición de las partes; (ii) detener al presunto culpable que se sospecha se encuentra en un determinado domicilio.

Cabe aclarar que si bien todo registro de un lugar presupone su penetración (la STCE 22/1984, de 17 de febrero, acota que se ha de entender por entrada no solo la penetración directa, sino también la realizada por medio de aparatos mecánicos, electrónicos y otros análogos), la entrada no siempre implica la realización de las operaciones de búsqueda y reconocimiento propias de

aquel. La simple entrada en un lugar se practica cuando hubiese indicios de encontrarse allí la persona presunta responsable de los hechos delictivos –para detenerla–. El registro, si se sospecha de la presencia de efectos o instrumentos del delito, o libros, papeles u otros objetos que puedan servir para su descubrimiento y comprobación [ARAGONESES MARTÍNEZ].

B. *Notas esenciales*

Las notas esenciales de esta diligencia son:

1. Se trata de un acto que, por imperativo constitucional, está sometido al principio de exclusividad jurisdiccional. La competencia exclusiva para decretar esta orden recae sobre el juez, sin perjuicio de las excepciones relacionadas a los casos de flagrancia o de peligro inminente de comisión de un delito, donde la Policía puede restringir el goce pacífico de este derecho.
2. El objeto material lo constituye, sin excepción, un lugar cerrado en el que se ejercita tanto la vida privada o familiar de una persona que puede ser de carácter permanente como transitorio. Destaca que, por ejemplo, la norma incluya la casa negocio que podría permitir la entrada donde las personas naturales puedan desarrollar ciertas actividades comerciales.
3. Al incidir sobre el contenido de un derecho fundamental, la diligencia debe ser sometida a un test de proporcionalidad. Su adopción debe ser indispensable para obtener el fin perseguido, debe estar objetivamente justificada, de suerte que no exista otra alternativa menos gravosa para este derecho fundamental.

4. Es un acto indirecto de preconstitución de la prueba, porque, en sí mismo, no tiene por objeto la determinación del hecho o la participación del autor, sino que se trata de un medio necesario para la práctica de una detención o la realización de un registro vinculado con el cuerpo del delito.

C. *Naturaleza jurídica*

La entrada y registro es, en suma, una técnica de investigación. Su función es la de obtener y, por su carácter irrepetible, asegurar fuentes futuras de pruebas que han de surtir efectos en el juicio oral mediante simples actos de reproducción formal. Es pertinente destacar el carácter secreto e inmediato con que deben adoptarse y ejecutarse, lo que implica un régimen de práctica que ni exige su notificación previa al imputado para evitar, razonablemente, que la diligencia se frustre, ni la intervención del mismo y/o su defensa en la realización de estas actuaciones por los mismos motivos [ASENCIO MELLADO].

II. FINALIDAD

ASENCIO MELLADO destaca:

1. La entrada a un lugar cerrado constituye un acto de investigación por medio del cual, y además de la obtención de futuras pruebas, se pretenden otras finalidades, tal como la adopción de una medida cautelar. Es, como acota GIMENO, un acto indirecto de preconstitución de la prueba.
2. El registro es igualmente un acto de investigación pero, en este caso, su utilidad se limita a la obtención de futuras fuentes de pruebas o simplemente de elementos útiles para la investigación. Si se realiza con todas la garantías, se podrá

incorporar al juicio oral con valor probatorio indiscutible a merced de su irrepetibilidad. Su adopción limita el derecho, a la intimidad en todos sus aspectos, personal y familiar.

III. ELEMENTOS SUBJETIVOS

Los sujetos en una orden de allanamiento son dos. Primero, el órgano legitimado para disponerlo. Segundo, el destinatario de dicha orden.

A. *Sujetos activos: el juez y el fiscal*

Conforme dispone el artículo 214.1 del CPP³, el fiscal solicitará el allanamiento y registro domiciliario. En su solicitud el fiscal debe consignar la ubicación concreta o exacta del lugar que será registrado, igualmente la finalidad específica de esta medida y, finalmente, las diligencias a practicar y el tiempo que aproximadamente durará.

Al tratarse de una limitación de un derecho constitucional, se exige un mayor deber de motivación del órgano jurisdiccional al momento de autorizar el allanamiento. El juez, quien es la única autoridad autorizada para decretar esta medida, debe manifestar la finalidad específica del allanamiento, esto es, debe precisar de

3 Artículo 214.1 del CPP: Fuera de los casos de flagrante delito o de peligro inminente de su perpetración, y siempre que existan motivos razonables para considerar que se oculta al imputado o alguna persona evadida, o que se encuentran bienes delictivos o cosas relevantes para la investigación, el fiscal solicitará el allanamiento y registro domiciliario de una casa habitación, casa de negocio, en sus dependencias cerradas, o en recinto habitado temporalmente, y de cualquier otro lugar cerrado, siempre que sea previsible que le será negado el ingreso en acto de función a un determinado recinto.

manera detallada que la decisión adoptada responde a la posible ubicación del imputado en un determinado domicilio o cuando se busque ubicar los instrumentos para la comisión del delito o sus efectos. El auto que autoriza la entrada y registro, que no exponga cuáles son los indicios que requiere el artículo 214.1 del CPP, es inconstitucional y, en consecuencia, no podrá admitirse esa diligencia como prueba preconstituida.

Por otro lado, la decisión judicial debe indicar la forma en que practica el acto, las medidas de coerción que puedan corresponder, la designación detallada del inmueble o casa negocio donde se practicará la diligencia, el tiempo de duración de la misma. La resistencia a las personas a no autorizar el ingreso puede dar lugar a la responsabilidad por delito de desobediencia y resistencia a la autoridad (artículo 368 del CP⁴).

B. *Sujeto pasivo*

La redacción del artículo 216º.1 del CPP nos dirige a identificar que el destinatario de esta diligencia es el imputado, siempre que se encuentre presente⁵. La presencia del imputado no constituye solo un mero requisito procesal, sino que su exigencia tiene una clara conexión con el principio de contradicción [STSE del 29

4 Artículo 368 del CP: El que desobedece o resiste la orden legalmente impartida por un funcionario público en el ejercicio de sus atribuciones, salvo que se trate de la propia detención, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis meses ni mayor de dos años.

5 Artículo 216.1 del CPP: “*Al iniciarse la diligencia se entregará una copia de la autorización al imputado siempre que se encuentre presente o a quien tenga la disponibilidad actual del lugar, comunicándole la facultad que tiene de hacerse representar o asistir por una persona de su confianza*”.

de diciembre de 2000]. Precisamente al momento de practicarse el allanamiento y registro domiciliario es cuando se posibilita el principio de contradicción pues, posteriormente, la prueba ya queda constituida con el acta levantada por el magistrado y secretario judicial.

Ahora bien, una cuestión problemática que podría presentarse se da en los supuestos en los que el imputado no sea el propietario del bien inmueble donde se busca practicar la diligencia, puede ser el caso que tenga solo la calidad de arrendatario. Al respecto, la STSE 7169/2013, del 9 de octubre, precisa que no es necesario que el titular o propietario del bien objeto de la entrada tenga que estar presente, bastando la autorización del imputado. Igualmente, en la STS del 2 de junio de 2014 se estableció que dada la urgencia de la medida, no es necesario esperar al imputado para proceder a ejecutar esta diligencia, por lo que podía ejecutarse en presencia de cualquiera de sus familiares mayores de edad.

Diferente serán aquellas situaciones en las que el imputado no se encuentre en el domicilio donde se practicará la diligencia. El Código Procesal Penal responde que en esos casos bastará la presencia de la persona que tenga disponibilidad del lugar, se le debe comunicar la facultad que tiene para hacerse representar o asistir por una persona de su confianza. En general, se puede afirmar que tiene la capacidad para permitir el ingreso o allanamiento todas las personas físicas, mayores de edad, con capacidad de goce y de ejercicio, y que tengan la calidad de poseedor del inmueble cuyo entrada se pretende.

Una interpretación literal del artículo 214.1 del CPP parece que nos lleva a entender que el imputado ha de revestir necesariamente la cualidad de persona física, por lo que cabría preguntarse si las

personas jurídicas pueden ser sujetos pasivos de esta diligencia. La primera cuestión a dilucidar es si la inviolabilidad del domicilio que, como se ha subrayado, apunta a la protección de la vida privada y familiar de las personas, también se proyecta las personas jurídicas. El Tribunal Constitucional peruano ha destacado que cuando la Constitución protege el derecho a la inviolabilidad del domicilio lo que busca, teleológicamente, es evitar las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros a un espacio privado. El objeto de este derecho es proteger un espacio físico inmune a la penetración de cualquiera sin consentimiento de su titular, por ser un espacio privado. Por tanto, las personas jurídicas pueden ser titulares del derecho a la inviolabilidad del domicilio, en la medida que estas puedan ser titulares de espacios físico para desarrollar su objeto social.

En España, destaca GIMENO SENDRA, existió una polémica en torno a si este derecho también se proyectaba al ámbito de actuación de las personas jurídicas, sin embargo, la polémica jurisprudencial finalizó con la promulgación de la Ley 37/2011 de medidas de agilización procesal, que introdujo un nuevo número 4 del artículo 554, conforme con el cual también se reputa como domicilio, a los efectos de la diligencia de entrada y registro, al “espacio físico que constituya el centro de la dirección de las mismas, ya se trate de su domicilio social o de un establecimiento dependiente, o aquellos otros lugares en que se custodian documentos u otros soportes de su vida diaria que quedan reservados al conocimiento de terceros”.

En el Perú recientemente el Congreso aprobó una ley, que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional –ampliada a otros delitos según la última gran reforma del proceso penal–, y que instaura

un sistema de responsabilidad penal autónomo que permite sancionar directa y exclusivamente a las empresas vinculadas a los actos de corrupción internacional, aun cuando sus ejecutivos o representantes no resulten investigados o condenados. Este cambio legislativo, sin duda, abre la puerta a predicar que las personas jurídicas, ya reconocida su responsabilidad ‘penal’, podrán ser objeto de medidas de allanamiento y, en general, de búsqueda o restricción de derechos. Sin embargo, esta normativa de carácter sustantivo no ha previsto nada, a diferencia de la legislación española, en relación a los cambios en el aspecto procesal.

Ahora bien, el artículo 214.1 del CPP menciona las “casas de negocios”, pero esta indicación no cierra el debate pues puede entenderse como despachos profesionales o establecimientos comerciales. Lo cierto es que progresivamente la doctrina constitucional amplió el radio de acción de la protección domiciliaria, por lo que luego de negar este derecho a las personas jurídicas o morales, posteriormente aceptó hacerlo siempre que se trata de ambientes donde la persona física desarrolla sus actividades con un claro ánimo de excluir al conocimiento de terceros lo que en su interior se realice —garantía del derecho de privacidad— o ejerce allí otras actividades constitucionalmente protegidas: secreto profesional, secreto comercial, libertad de cátedra, libertad de información y expresión, de sindicación o de asociación política [GONZÁLEZ-CUÉLLAR].

IV. OBJETO MATERIAL

A. *El domicilio*

El objeto material de esta diligencia es el domicilio, no necesariamente identificable con el de morada habitual (STSE del 11 de julio de 1996). Sin embargo, la cuestión fundamental

reside en determinar qué se considera como domicilio. ¿Es domicilio el lugar de residencia habitual de las personas físicas? ¿También puede ser incluido el lugar transitorio donde la persona física tiene una expectativa de privacidad o intimidad?

La consideración de un determinado espacio físico como domicilio dependerá de que se considere que constituye un lugar idóneo para que sus moradores, permanentes o temporales, desarrollen su vida privada, al margen de las intromisiones ajenas, sin perjuicio de que puedan realizar otras actividades [BALAGUER CALLEJÓN]; la STSE del 1 de abril de 2002 insistió en que el domicilio, constitucionalmente garantizado, es sinónimo de lugar cerrado en el que discurre la vida privada, individual o familiar, lugar íntimo en donde la persona humana desenvuelve sus vivencias. La regla, es entonces la casa y todas sus dependencias, unidas entre sí sin comunicación interior incluso, que estén destinadas al servicio constante y exclusivo de los moradores (STSE del 28 de octubre de 1990 y STEDH “N”, del 16 de diciembre de 1992); las viviendas pueden ser principales o segundas viviendas, que refleja los constantes lazos del titular con ella (STEDH Gillow, del 24 de noviembre de 1986).

Los espacios negativos —que no reconoce al titular la facultad de excluir a otros de ese ámbito espacial que se entiende como reservado—, que no podrán ser consideradas domicilio, son: (i) aquellos en los que se demuestra en forma efectiva que se han destinado a cualquier actividad distinta a la vida privada, sea dicha actividad comercial, cultural o política, o de cualquier otra índole; (ii) aquellos que, por sus propias características, nunca podrán ser considerados aptos para desarrollar en ellos actividad privada, esto es, los espacios abiertos; quienes se encuentran en

ellos no tienen una pretensión de privacidad, que el lugar no les puede proporcionar (STSE del 1 de marzo de 1999). El propio carácter constitucional del domicilio respecto de la protección de la intimidad personal y familiar exige que, con independencia de la configuración física del espacio, sus signos externos revelen la clara voluntad de su titular de excluir dicho espacio y la actividad en él desarrollada del conocimiento e intromisiones de terceros.

En este orden de ideas, los lugares como los bares, pensiones de comida, discotecas, librerías y talleres no se reputan como domicilio pues se trata de espacios públicos que no amparan la intimidad que protege el domicilio y quienes se encuentran en ellos no tienen derecho a una pretensión de privacidad (SSTCE 76/1992, 228/1997 y 941/1999, así como SSTSE del 7 del abril de 1995 y del 29 de abril de 1995). Igualmente, los automóviles tampoco tienen protección a la intimidad domiciliaria. El carro es un objeto de investigación que no está supeditado a las garantías protectoras referidas a la intimidad personal o familiar (STSE del 18 de octubre de 1996), la excepción –desde la diligencia analizada– se presentará cuando los automóviles estén destinados a ser habitados como una caravana –son “domicilios móviles”–.

B. *Los vehículos*

Es claro que los vehículos, que se utilizan como medios de transporte no encierran un espacio en cuyo interior se ejerza o desenvuelva la esfera o ámbito privado de un individuo –se erigen como un simple objeto de investigación y la actuación sobre él en nada afecta a la esfera de la persona (STSE del 129 de julio de 1993)–. Su registro, en tanto puede permitir cierta restricción de derechos fundamentales, requiere cumplir con

el principio de intervención indiciaria: presencia de sospechas fundadas –sospecha inicial simple, es decir, cuando por hechos concretos permitan suponer, según la experiencia criminalística, que se ha cometido o se esté cometiendo un hecho punible: existencia del hecho ilícito y de la intervención de un sujeto determinado (STSE del 11 de marzo de 1994). Son criterios para apreciar esos indicios razonables para tal diligencia, por ejemplo, (i) el comportamiento específico del individuo –contactos con terceros, desplazamientos poco claros, conducción anormal, huida al notar la presencia policial–, (ii) el factor nerviosismo, (iii) las percepciones sensoriales –fuerte olor a silicona o de pasta básica de cocaína húmeda–, y (iv) datos proporcionados por la colaboración ciudadana, seguido de una mínima indagación.

C. *Otras habitaciones*

En relación a las habitaciones de hoteles, pensiones o establecimientos similares, estas sí pueden ser consideradas como moradas –se trata, en suma, de espacios cerrados en que el individuo pernocta y tiene guardadas las cosas pertenecientes a su intimidad, y respecto a las cuales se pueda presumir que se hallen destinados a su uso exclusivo con voluntad de excluir a los demás (STCE del 14 de marzo de 1992)–. La STCE 10/2002, del 17 de enero de 2002, estableció que ni la accidentalidad o la ausencia de habitualidad del uso de una habitación de hotel o de una pensión, en modo alguno puede constituir un obstáculo para ser consideradas como domicilio para las personas que allí habitan, mientras exista un contrato de alojamiento de por medio. El destino usual de las habitaciones es realizar actividades enmarcables genéricamente en la vida privada. Se les denomina “recintos habitados”.

Así las cosas, por ejemplo, no puede considerarse domicilio las habitaciones de hoteles, pensiones y establecimientos similares alquiladas por horas cuando estas ya han sido desocupadas y en donde el dueño no vive allí; sí lo son, en cambio, las tiendas de campaña —en su interior se realizan actividades privadas—. Por otro lado, son domicilios los despachos profesionales, no abiertos al público por sus titulares, pues pertenecen a su esfera de privacidad (STSE del 11 de octubre de 1993 y STEDH Niemietz del 16 de diciembre de 1992); así como los locales de negocio, en tanto no se admite libremente el acceso a terceros (STSE del 14 de abril de 1994) —aquí, como en el caso anterior, no se realizan actividad propias de la intimidad (STSE del 6 de julio de 1995)—; todos ellos son “lugares de trabajo”, de igual manera las dependencias del Estado y los despachos de los funcionarios públicos (STSE del 17 de febrero de 1997). Asimismo, están excluidos de la protección domiciliaria los departamentos no habitados, las casa aún no habitadas, las casas abandonadas —que no son destinadas a vivir, sino, por ejemplo, a comercializar drogas—, los ascensores, cobertizos, portales de la vivienda, los garajes —en tanto no estén unidos a la vivienda ni dispongan de acceso interno a la misma (STSE del 19 de febrero de 1998), salvo el caso de un local destinado a la venta de comestibles anejo a la vivienda, aunque tuviese acceso a ella (STSE del 20 de octubre de 1994)—, las literas de un tren (STSE del 22 de diciembre de 1997), las celdas en las prisiones —son lugares cerrados que no constituyen domicilio y sí edificios públicos (STSE del 24 de noviembre de 1995)—, las habitaciones en internados o centros de formación policial o militar —como están situados en los bloques de las instalaciones respectivas y se excluye patentemente la posibilidad de elección son considerados edificios públicos,

ausencia de la nota de voluntariedad que exige en sí mismo el concepto de domicilio—. Respecto de las personas jurídicas, con independencia de su designación formal o no como domicilio social, estarán protegidos aquellos lugares que custodien de alguna manera la intimidad inherente a la actuación privada de las mismas [RODRÍGUEZ SOL].

D. *Hallazgos casuales*

El punto central es si se ingresa con un objeto determinado: capturar a un delincuente o incautar drogas –vinculado con el principio de especialidad de la autorización, circumscripta a un delito concreto–, ¿se puede registrar el domicilio e incautar otros bienes delictivos? La Corte Suprema de Estados Unidos configuró la “*plain view doctrine*” (Sentencias Harris, Coolidge y Horton, de 1968, 1971 y 1990, respectivamente). Esta requiere:

1. Que el procedimiento de ingreso o inspección inicial sea legítimo, y basado en una orden de allanamiento o en una de las excepciones legalmente admitidas –flagrancia y consentimiento–.
2. Que los ítem no contemplados en la autorización o distintos de los tenidos en mira al ingresar, sean distintos de aquellos que la policía, a través de su vista, olfato, sonido o tacto –esto es lo que se llama, “a simple vista”, que importa la observación de un bien delictivo sin necesidad de nada adicional a sus sentidos–, esté en condiciones de indicar como reveladores de una actividad criminal. En estos casos, no existen inconvenientes para la incautación de lo encontrado.

Desde otra perspectiva, los llamados “hallazgos casuales” en una diligencia de allanamiento y registro no se considera una novación de la investigación sino de simple adición a ella, por aplicación de las normas de conexión [PÉREZ CRUZ MARTÍN]. Se estima que en

esos casos la Policía se encuentra ante un delito flagrante. Dice al respecto la STSE del 28 de abril de 1995 que “no se puede exigir a la Policía que suspenda la entrada cuando se da esta circunstancia de delito flagrante para solicitar un nuevo mandamiento, que automáticamente le sería concedido, exponiéndose a la fuga del responsable o a la destrucción o desaparición del cuerpo del delito o de sus pruebas objetivas [...]. Así pues, la entrada en sí fue lícita y la flagrancia del hecho delictivo que por así decirlo, sin querer se encontró delante de sus ojos la Policía Judicial, exceptúa, según el tenor literal del artículo constitucional, del requisito formal y de la protección de ese domicilio con aquella garantía”. Lo que se exige es que esos bienes y a quienes resulten ser sus propietarios a disposición de la autoridad competente (STSE del 25 de abril de 1996), así como que se cumpla con el requisito de proporcionalidad –referido a un delito grave– y que la autorización y práctica del registro se ajuste, por lo demás, a las exigencias y prevenciones legales y constitucionales (STSE 11489/1997, del 26 de septiembre).

Pugna con la lógica que se pueda solicitar un mandamiento de registro para localizar algo que ya se ha encontrado previamente y que incluso es objeto de medidas de coerción o instrumentales restrictivas de derechos para impedir su desaparición. Hay que tener en cuenta, además, que una vez que se ha iniciado el registro y se producido el hallazgo casual, el derecho a la inviolabilidad del domicilio no va a verse afectado por ese descubrimiento en mayor medida de lo que se vio y ha afectado inicialmente [LÓPEZ BARJA DE QUIROGA]. A diferencia de lo que sucede a propósito de los hallazgos casuales que se producen en el curso de una intervención telefónica, es posible, en este caso, investigar el delito sin necesidad de renovación del mandamiento judicial de entrada

y registro, pues la entrada y registro tiene acotada su duración temporal en una jornada y se desarrolla en unidad de acto, en tanto que la intervención telefónica tiene como duración un tiempo susceptible de ampliación y, consecuentemente, con unas facultades de control judicial distintas [CALDERÓN-CHOCLÁN].

V. REQUISITOS FORMALES

Dada la circunstancia que significa la diligencia de allanamiento pues incide en el derecho a la inviolabilidad del domicilio, impone un deber de motivación. A esta exigencia se ha puesto otra constitucional que es la aplicación de la proporcionalidad de la medida que debe informar toda limitación de derechos fundamentales (artículo 203.1 del CPP)⁶.

A. *Motivación*

1. Como regla general, la resolución de allanamiento exige un auto fundado o motivado –exigencia de la garantía de tutela jurisdiccional– donde deben detallarse los indicios acerca de la existencia, en un lugar cerrado, del imputado cuya detención

6 Artículo 203.1 del CPP: Las medidas que disponga la autoridad, en los supuestos indicados en el artículo anterior, deben realizarse con arreglo al principio de proporcionalidad y en la medida que existan suficientes elementos de convicción. La resolución que dicte el Juez de la Investigación Preparatoria debe ser motivada, al igual que el requerimiento del Ministerio Público.

7 En España, por ejemplo, el artículo 558 LECRIM dispone que: “El auto de entrada y registro en el domicilio de un particular será siempre fundado, y el Juez expresará en él concretamente el edificio o lugar cerrado en que haya de verificarse, si tendrá lugar tan solo de día y la autoridad o funcionario que los haya de practicar”.

se pretende, o de los instrumentos o cuerpos del delito, cuya recogida y custodia interesa. Se debe cumplir con la expresión de los elementos individualizadores del caso y las líneas generales del razonamiento (STSE del 6 de noviembre de 2003). Es suficiente aquella motivación que permita conocer las razones de la correspondiente decisión judicial (STSE del 7 de noviembre de 1977). La motivación se satisface cuando la simple lectura de la resolución basta por sí misma para explicar las razones —de hecho y de derecho— que han llevado al juez a conceder o denegar la medida [ANDRÉS IBÁÑEZ]. La motivación puede ser escueta o parca, pero jamás inexistente; deben constar los hechos objetivos que puedan considerarse indicios de la existencia del delito y de la conexión del investigado con el mismo (STSE del 21 de diciembre de 2001).

2. Dado que en esta diligencia se incide en un derecho fundamental y atendiendo a la vigencia del principio de proporcionalidad, el auto debe expresar el juicio de necesidad de la medida, donde deben consignarse los indicios racionales aportados por la imputación, de manera que se pueda apreciarse la justificación objetiva para la entrada —no ha de existir otra alternativa menos gravosa y su adopción debe revestir un carácter indispensable—. La STSE del 7 de marzo de 2005 ha detallado cuáles serían los contenidos mínimos para verificar la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad del registro ordenado: *i*) La naturaleza y gravedad de los hechos investigados, así como la relación con la persona afectada por la medida; con la indicación de si la misma es adoptada con ocasión de un proceso judicial en curso o si tiene su origen en una petición fiscal-policial, producido también en el seno de las diligencias preliminares de investigación, que habría de permitir la apertura de un proceso

judicial por ese mismo presunto delito que hasta entonces solo estaba policialmente investigado; *ii*) la sospecha fundada de que pudieran encontrarse pruebas de la perpetración delictiva, o que estas pudieran resultar destruidas; y también sobre la inexistencia o dificultad de acudir a otros mecanismos menos onerosos para obtener tales pruebas —no se aceptan las meras conjeturas, sino sospechas fundadas (STCE 16/2000, del 16 de mayo); indicios constatables en actuaciones y que pueden ser, obviamente, los que le facilita la policía o la Fiscalía en el *petitum* de la diligencia, ampliados o no según lo estime el juez, y otros, en todo caso, expresivos de la racionalidad de la noticia y probabilidad de la existencia del ilícito que se quiera comprobar, así como llegar al conocimiento de los autores o intervención de los efectos e instrumentos de la infracción (STSE del 17 de abril d 1995)—; y, *iii*) la existencia de un riesgo cierto y real de que se dañen bienes jurídicos de rango constitucional de no procederse a dicha diligencia de entrada y registro.

3. Sobre la extensión del deber de motivación, no se puede avalar la motivación por remisión al pedido formulado por el fiscal o la simple alusión a fuentes de investigación policial conocida como fuentes confidenciales. El juez de la Investigación Preparatoria no debe actuar en forma automática. El juez debe examinar y controlar, en cada caso concreto, la petición formulada para autorizar la entrada al domicilio de una persona sin su consentimiento. La STSE del 2 de noviembre de 2004 precisó que no era suficiente para habilitar la incoación de esta medida la alusión a fuentes policiales confidenciales. Exigió, en estos supuestos, para justificar la medida, que debería estar acompañada de una previa indagación encaminada a constatar la verosimilitud de la imputación.

4. Aquella resolución que carezca de la oportuna motivación, o cuya motivación sea defectuosa, ocasiona la lesión del derecho a la inviolabilidad del domicilio debido a la ausencia de proporcionalidad del registro autorizado (STCE 2/2000) y vicia con nulidad –o, mejor dicho inutilización probatoria– todos los actos de ejecución de la orden judicial y los que de ella deriven (STCE 240/1999).

B. Notificación

Al tratarse de un domicilio particular, el auto que contiene la autorización debe ser entregado en copia al imputado o, en su defecto, a quien tenga la disponibilidad del lugar donde se hará la diligencia –la Corte Suprema de Costa Rica, Sala Tercera, en la Sentencia 305/2002, de cinco de abril, entendió que si se trata de un adolescente que es la única persona presente en ese momento, la notificación tiene pleno valor, a cuyo efecto mencionó que la mayoría de edad no constituye requisito para estar a cargo de un inmueble–. A falta de estas dos personas, el Código Procesal Penal en el inciso 2, del artículo 216 ha previsto que se podrá notificar en forma válida a un vecino, a una persona que conviva con él y, a falta de ellos, al portero o quien haga sus veces⁸.

Ahora bien, el juez debe tomar las medidas oportunas, tanto para evitar la fuga del imputado (a través de su detención), como el ocultamiento de las fuentes de prueba. A su vez, las autoridades que participan en la diligencia deben de preservar la reputación y el pudor de las personas que se encuentran en el lugar allanado

8 Artículo 21.2 del CPP: *Si no se encuentran las personas arriba indicadas, la copia se entregará y el aviso se dirigirá a un vecino, a una persona que conviva con él, y a falta de ellos, solo de ser posible, al portero o a quien haga sus veces.*

(artículo 216.3 del CPP⁹). La STC 41/1998 destaca que si bien las personas denunciadas están sometidas a la sospecha de la comisión de un delito, no puede olvidarse su derecho a la presunción de inocencia que le asiste, al menos mientras no se sentencie su culpabilidad, con fundamento a las pruebas practicadas en un juicio oral, por un tribunal imparcial.

C. *Tiempo*

En cuanto al tiempo en el que pueda disponerse la entrada, el Código Procesal Penal no ha dispuesto una regla especial, puede efectuarse tanto de día como de noche. GIMENO SENDRA señala que debe procurarse no practicar la diligencia de noche, ello a fin de evitar interrogatorios que pudieran reputarse como inhumanos, salvo que existan especiales razones de urgencia.

Se exige que en el auto que autoriza el allanamiento el órgano jurisdiccional precise el tiempo de duración de la diligencia (artículo 215.1 del CPP¹⁰). Asimismo, se establece que la duración máxima de la orden será de dos semanas, luego caduca la autorización, salvo que haya sido expedida por un tiempo determinado o para un periodo determinado. En estos supuestos, el juez deberá plasmar las razones que justifican esta medida.

9 Artículo 21.3 del CPP: *La diligencia se circunscribirá a lo autorizado, redactándose el acta. Durante su desarrollo se adoptarán las precauciones necesarias para preservar la reputación y el pudor de las personas que se encuentran en el local allanado.*

10 Artículo 215.1 del CPP *“La resolución autoritativa contendrá: el nombre del fiscal autorizado, la finalidad específica del allanamiento y, de ser el caso, las medidas de coerción que correspondan, la designación precisa del inmueble que será allanado y registrado, el tiempo máximo de duración de la diligencia, y el apercibimiento de Ley para el caso de resistencia al mandato.*

VI. CONSENTIMIENTO

Si bien expresamente no se encuentra regulado en nuestra legislación procesal el consentimiento como causa válida para permitir el ingreso a un domicilio, esto se puede desprender de lo preceptuado en el artículo 214.1 del CPP cuando dispone que se efectuará el allanamiento y registro domiciliario siempre que sea previsible que le será negado el ingreso en acto de función a un determinado recinto”. Al tratarse de un bien jurídico de carácter individual, el titular puede disponer el ingreso de las autoridades encargadas de la persecución del delito, si lo estimara conveniente. El consentimiento “importa un estado de ánimo concreto en virtud del cual la persona interesada, ante la situación también concreta que las circunstancias le presentan, accede al registro porque soporta, permite, tolera y otorga, inequívocamente, que ese acto tenga lugar. Se trata, en suma, de una aprobación, una aquiescencia, un asentimiento, una licencia o una venia que soslaya cualquier otra exigencia procedimental (STSE 5777/1998, del 27 de abril).

Para que el consentimiento tenga plena validez tiene que haber sido emitido por una persona –el morador– con capacidad de goce y de ejercicio, así como también, debe ser formulado sin que medie coacción o intimidación de parte de la autoridad pública –ser prestado libre y espontáneamente: STSE 577/1998, del 27 de abril–. El consentimiento prestado por una persona mayor de edad y capaz ha de presumirse válido; el consentimiento será nulo cuando concurre alguna de las causas que lo invalidan conforme a derecho –error esencial, violencia o intimidación– (STSE del 18 de febrero de 1994). Este, por lo demás, puede ser expreso, tácito o presunto.

La STSE del 8 de marzo de 1991, por ejemplo, señala que la interpretación del consentimiento debe realizarse en forma restrictiva, de la manera más favorable para su titular por las exigencia del principio *in dubio libertatis*. Ahora bien, para interpretar si el consentimiento para el ingreso a un lugar cerrado o domicilio fue válido habrá que tener en consideración el comportamiento anterior, coetáneo y posterior del investigado, así como la propia actuación de las autoridades judiciales y fiscales encargadas de velar por el respeto a los derechos fundamentales.

Una cuestión problemática es determinar quién se considera titular del domicilio para que pueda prestar su consentimiento. En el ámbito familiar será necesaria la autorización de algunos miembros de la familia, aunque en el caso de los hijos siempre y cuando sean mayores de edad. Sobre los supuestos en los que existe una relación de convivencia entre el imputado y su pareja, la STSE del 4 de noviembre de 2010 estableció que esta presupone una relación de confianza recíproca, que implica la aceptación de que aquel con quien convive pueda llevar a cabo actuaciones respecto del domicilio común, del que es cotitular.

La STSE 779/2006, del 12 de julio, analizó un caso vinculado a la presencia de varias personas en el domicilio donde se iba a practicar la diligencia de allanamiento. El Supremo Tribunal determinó que cuando sean varias las personas que habitan un mismo domicilio no es necesario el consentimiento de todos ellos, bastando el consentimiento de uno de sus cotitulares, salvo que existan intereses contrapuestos. Igualmente agregó que: “el derecho a la intimidad de cada uno de los moradores cede ante la previsión legal que autoriza su restricción cuando se trata de la investigación de delitos graves, de forma que se respete el principio de proporcionalidad”. Lo que sí es indiferente es el

concepto jurídico en virtud del cual ostenta posesión: propietario, usufructuario, arrendatario, precarista...[PAZ RUBIO].

Finalmente, tampoco puede ser válido el consentimiento formulado por el imputado cuando se encuentra detenido; no puede considerarse plenamente libre el consentimiento así prestado, y sin asistencia de abogado defensor, a lo que ha venido denominándose “la intimidación ambiental” o “la coacción que la presencia de los agentes de la autoridad representan” (STS del 16 de mayo de 2000). El consentimiento del interesado debe ser intachable, nítido y otorgado con todas las garantías. Se requiere que la autorización que otorgue el afectado preso se realice con la intervención de un abogado defensor para dar validez a dicha diligencia de allanamiento.

VII. EL ESTADO DE NECESIDAD

El estado de necesidad, como límite al derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, ha sido introducido por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español [SSTCE 22/1984, del 17 de febrero; 133/1995, del 25 de septiembre].

Se trata de un caso de estado de necesidad justificante que se da en los supuestos en que se produce una entrada domiciliaria en virtud de la protección de un bien jurídico superior como la vida o la integridad de una persona. Este peligro para la vida o la integridad puede provenir de las fuerzas de la naturaleza, de una actuación humana ilícita. En estos grupos de casos no será necesario el consentimiento del titular del bien jurídico domicilio para legitimar el ingreso de la persona que se encuentra en estado de necesidad. Un ejemplo lo proporciona el artículo 197 del Código de Procedimiento Penal de Costa Rica, que incluye

razones humanitarias o de necesidad: (i) se denuncia que personas extrañas han sido vistas mientras se introducen en un local, con indicios manifiestos de que pretenden cometer un delito; (ii) se introduzca en un local algún imputado de un delito grave a quien se persiga para su aprehensión, y (iii) voces provenientes de un lugar habitado, sus dependencias o casa de negocio, anuncien que allí se está cometiendo un delito o pidan socorro.

VIII. EL ALLANAMIENTO EN FLAGRANCIA DELICTIVA O DE INMINENCIA DELICTIVA

1. Algunos datos esenciales:

A. Excepcionalmente, como está establecido en nuestra Constitución (artículo 2.9), el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio puede ser limitado cuando la Policía y el Fiscal están en los supuestos de delito flagrante o de grave peligro de perpetración del delito.

B. El delito flagrante, en su concepción constitucionalmente clásica se configura por la evidencia sensorial del hecho delictivo que se está cometiendo o que se acaba de cometer en el mismo instante de ser sorprendido el delincuente; de suerte que se conoce directamente tanto la existencia del hecho como la identidad del autor y se percibe, al mismo tiempo, la relación de este último con la ejecución del delito y se da evidencia patente de tal relación. Se trata de una situación fáctica, en que el delito se percibe con evidencia y exige inexcusablemente una inmediata intervención [STSE del 3 de febrero de 2004], se requiere una evidencia sensorial y luego de la noción de urgencia. Indicaba CARNELUTTI con respecto a la flagrancia *“es el delito, en general, mientras se ve, o sea para quien lo ve cometer... Esto quiere decir que la flagrancia no es un modo de ser, el delito en sí, sino del delito respecto a una persona... la flagrancia no es... sino la visibilidad del delito* [PÉREZ-CRUZ MARTÍN].

C. Las notas sustantivas que distingue la flagrancia delictiva son: **a)** inmediatez temporal, que la acción delictiva se esté desarrollando o acabe de desarrollarse en el momento en que se sorprende o percibe; y, **b)** inmediatez corporal, que el delincuente se encuentre en el lugar del hecho en situación o en relación con aspectos del delito (objetos, instrumentos, efectos, pruebas o vestigios materiales), que proclamen su directa participación en la ejecución de la acción delictiva. Las *notas adjetivas* que integran el delito flagrante son: **a)** la percepción directa y efectiva: visto directamente o percibido de otro modo, tal como material fílmico o fotografías (medio audiovisual), nunca meramente presuntiva o indiciaria, de ambas condiciones materiales –simples sospechas sin percepción directa de la comisión de un delito, o percepciones tras inmiscuirse excesivamente en la intimidad ajena, como ocurre cuando se pega una oreja en la pared, o vigilancias policiales del predio si no se advierte una exigencia de urgencia para la intervención inmediata (SSTS 472/1997, del 14 de abril; 172/1997, del 13 de febrero y 13/1997, del 20 de enero)–; y, **b)** la necesidad urgente de la intervención policial, la cual debe valorarse siempre en función del principio de proporcionalidad, de tal suerte que evite intervenciones desmedidas o la lesión desproporcionada de derechos respecto al fin con ellas perseguidas (Conforme: SSTSE del 28 de diciembre de 1994 y del 7 de marzo de 2007). Por lo demás, la noción general de “delito flagrante” requiere una aplicación jurisdiccional siempre atenta a las singularidades del modo de verificación de cada concreta conducta delictiva (STCE 341/1993).

D. Lo expuesto comprende lo que la doctrina procesalista reconoce como tres tipos de flagrancia: 1. Flagrancia estricta: el

sujeto es sorprendido y detenido en el momento de ejecutar el hecho delictivo. 2. Cuasiflagrancia: el individuo es capturado después de ejecutado el hecho delictivo, siempre que no se le haya perdido de vista y haya sido perseguido desde la realización del delito. 3. Flagrancia presunta: la persona es intervenida por la existencia de datos que permiten intuir su intervención –en pureza, que viene de “intervenir”– en el hecho delictivo [LÓPEZ BETANCOURT].

E. La flagrancia supone, primero, que todos los elementos necesarios para evidenciar la comisión del delito se encuentren presentes en el lugar de la detención y sean recabados durante la captura; lo cual abre la puerta a la prosecución de un proceso inmediato; y, segundo, que al efectuarse la detención de hecho se impide la continuación de la acción delictiva y, de este modo, se protegen los intereses de las víctimas del delito.

2. En todo caso, la flagrancia delictiva se ve, no se demuestra, y está vinculada a la prueba directa y no a la indirecta, circunstancial o indiciaria (STSE 980/2014, del 22 de julio). Ello refuerza la idea de que si fuese preciso elaborar un proceso deductivo más o menos complejo para establecer la realidad del delito y la participación en él del delincuente no puede considerarse un supuesto de flagrancia (STSE 749/2014, del 12 de noviembre). La actualidad e inmediatez del hecho, y la percepción directa y sensorial del mismo, excluyen de por sí la sospecha, conjetura, intuición o deducciones basadas en ello (STSE 758/2010, del 30 de junio).

Es cierto que la modificación del artículo 259 del CPP¹¹, establecida por la Ley número 29596, del 25 de agosto de 2010, amplió, exagerada e irrazonablemente, la relación que deba existir entre la percepción del hecho y el momento mismo de la intervención al imputado –notas sustantivas de la flagrancia delictiva–, lo que le resta, en gran medida, inmediatez temporal y personal, así como evidencia. Sin embargo, para los efectos de la compatibilidad de la flagrancia delictiva con la medida de allanamiento, en la noción de evidencia siempre ha de primar: claridad de la comisión del delito por el imputado y lógica concluyente de lo que se aprecia y observa –incluso a través de medios audiovisuales–, con descarte razonable de alguna duda o información incompleta que fluye de los actos de investigación provisionales realizados inmediatamente o con carácter de urgencia y tiempo imprescindible, que es a lo que se denomina “diligencias policiales de prevención” [GIMENO SENDRA].

3. Está claro, por lo demás, que si el concepto de flagrante delito se utiliza, por ejemplo, para efectos procesales, a fin de

11 Artículo 259 del CPP: *La Policía Nacional del Perú detiene, sin mandato judicial, a quien sorprenda en flagrante delito. Existe flagrancia cuando: 1. El agente es descubierto en la realización del hecho punible. 2. El agente acaba de cometer el hecho punible y es descubierto. 3. El agente ha huido y ha sido identificado durante o inmediatamente después de la perpetración del hecho punible, sea por el agraviado o por otra persona que haya presenciado el hecho, o por medio audiovisual, dispositivos o equipos con cuya tecnología se haya registrado su imagen, y es encontrado dentro de las 24 horas de producido el hecho punible. 4. El agente es encontrado dentro de las 24 horas después de la perpetración del delito con efectos o instrumentos procedentes de aquel o que hubieren sido empleados para cometerlo o con señales en sí mismo o en su vestido que indiquen su probable autoría o participación en el hecho delictuoso”.*

decidir un procedimiento a seguir –este sería el caso–, no hay nada que objetar a una interpretación más o menos amplia del mismo. Pero cuando lo que se pretende es fundamentar en él una excepción al contenido de un derecho fundamental, la interpretación debe ser necesariamente restrictiva –por ejemplo, para la entrada y el registro domiciliario– [MARTÍN MORALES].

4. Sobre la aplicación de la flagrancia en la diligencia de allanamiento, resalta la doctrina elaborada por el Tribunal Constitucional Español 341/1993, del 18 de noviembre, que señaló la imagen de flagrancia describe la situación fáctica en la que el delincuente es sorprendido, visto directamente o percibido por otro en el momento de delinquir o en circunstancias inmediatas a su perpetración. Por otro lado, en las sentencias del Tribunal Supremo Español 39/2004, del 14 de enero; 472/1997, del 14 de abril, se apunta que la flagrancia se podrá aplicar a una doble exigencia, por un lado, que el delito sea directamente percibido por alguien mientras se halla en vía de ejecución y, por otra parte, la salvaguarda del bien jurídico en riesgo que haga necesaria la intervención inmediata sobre esa realidad en curso. Es por lo que, a modo de ejemplo, el Tribunal Supremo no encontró justificación la intervención domiciliaria por falta de percepción directa del policía del desarrollo del hecho delictivo; igualmente, en los casos en que la intervención policial no era tan urgente, al punto que podía darse un contacto telefónico con el juzgado antes del ingreso a la vivienda.

Un supuesto de flagrancia externa –que, en otros países, se contempla legalmente– se da cuando un delincuente, inmediatamente perseguido por la Policía, se oculte o refugie en alguna casa. En estos casos, es obvia la presencia de los dos pilares fundamentales sobre los que construye el concepto de flagrancia:

percepción sensorial del delito y la urgencia que determina la necesidad de la intervención.

IX. LOS ALLANAMIENTOS INCONSTITUCIONALES

1. Se puede afirmar que el quebrantamiento de las normas que regulan la adopción de esta medida abarca diferentes grados de sanción. Por un lado, puede darse como sanción la nulidad; en otros casos, la declaración de inconstitucionalidad –inutilidad probatoria o prohibición probatoria– o tratarse de simples irregularidades. Tenemos tres supuestos [ARMENTA DEU]:

- (i) Si la medida limita un derecho fundamental –la inviolabilidad de domicilio– y vulnera un requisito esencial para su adopción –como la existencia de una resolución motivada, salvo los supuestos de flagrancia, necesidad, consentimiento y estados de emergencia causalmente vinculados– su ausencia determina la ilegitimidad constitucional de la medida, que acarrea la imposibilidad de su admisión como prueba en el ordenamiento, es decir, la sanción es la exclusión de dicho elemento probatorio y de la denominada “prueba refleja” –aquellas que se basan, apoyan o derivan de la prueba originaria inconstitucional–: inutilización probatoria (artículos VIII.2 TP y 159 del CPP). No cabe, por tanto, subsanabilidad alguna del acto por vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad domiciliaria.
- (ii) Respecto de la prueba derivada o refleja, se entiende que no tienen esa condición para su exclusión probatoria:
 - a) las declaraciones de las personas sorprendidas en el interior del domicilio no son pruebas ‘independientes’, pues están directamente conexas con la entrada y registro ilícitamente practicada (STSE 472/1997, del 14 de

abril); y, b) la desconexión causal entre pruebas originarias y pruebas derivadas siempre existe en los casos conocidos en la jurisprudencia norteamericana como “hallazgo inevitable” (STSE 39/1998, del 24 de enero).

- (iii) Puede resultar que como consecuencia de determinadas irregularidades cometidas en la práctica de un registro constitucionalmente lícito se violen otros derechos fundamentales como el de defensa, pero ello será como consecuencia del registro, es decir, será la obtención de la prueba la que vulnere el derecho, pero no será la vulneración del derecho el medio utilizado para obtener la prueba, esencialmente porque no se puede producir la indefensión en tanto el imputado no tenga que defenderse de algo, y solo cuando la prueba sea admitida puede quedar efectivamente indefenso. En estos casos, la sanción es la nulidad de los actos que hayan prescindido de las garantías del proceso o hayan generado indefensión (artículo 150.d del CPP), sin que anule el efecto reflejo propio de la prueba obtenida con vulneración del derecho a la inviolabilidad domiciliaria.
- (iv) Finalmente, se reserva la categoría de pruebas o diligencias irregulares a casos vinculados con el incumplimiento de requisitos no esenciales y que, por tanto, son subsanables, irrelevantes o no impliquen indefensión material. Por ejemplo, no se identificó correctamente el color de la casa o el número de departamento. La contravención de la legalidad ordinaria es fácilmente subsanable.

2. Específicamente, en cuanto a la determinación de los efectos derivados de la violación del derecho constitucional a la inviolabilidad del domicilio, así como el resto de derechos que fundamentan la protección domiciliaria, se distingue entre los materiales y los procesales. Los primeros se refieren

a la responsabilidad penal y disciplinaria en que incurren los funcionarios cuando practican la diligencia de allanamiento originada por la violación dolosa del ámbito domiciliario. En cuanto a los segundos, se destaca la sanción procesal aparejada a la práctica de la prueba prohibida.

3. La doctrina del Tribunal Constitucional español en este punto se ha matizado con el paso del tiempo. Si bien inicialmente se predicó la imposibilidad de valorar tanto la prueba obtenida en forma ilícita, mediante la vulneración de derechos fundamentales, como todas aquellas pruebas que se deriven de la primera, en otro momento se permite utilizar la prueba derivada, salvo en los supuestos en que esta se encuentre conectada antijurídicamente con la primera. El Tribunal Constitucional español explica esto mediante la distinción entre el plano fáctico y el jurídico. La prueba prohibida no afecta el plano fáctico, esto es, los hechos conocidos no dejan de existir como consecuencia de que sea ilícita la forma de conocerlos. De allí que, por ejemplo, se produce el ingreso a un inmueble y se encuentran documentos en el registro domiciliario que vinculan al imputado con una organización criminal, el valor probatorio de los documentos se mantendrá incólume si lo que en ellos consta es posible acreditarlo por otro medio como la confesión del imputado [STCE 167/2002]

4. En contra de esta posición del Tribunal Constitucional Español, CABEZUDO BAJO sostiene que esta teoría refleja en conexión con la antijuricidad no solo no evita, sino además puede estimular la violación de derechos fundamentales. Por ello, a su juicio, debe adoptarse la teoría refleja, a pesar de que, en virtud de tal postura, la violación de derechos fundamentales determina en la mayor parte los casos de absolución del acusado, lo que conlleva a una mayor desprotección de la sociedad.

DECOMISO E INCAUTACIÓN

I. DECOMISO

§ 1. Referencia normativa. La norma de Derecho Penal material fundamental en esta materia es, como se sabe, el artículo 102 del Código Penal, recientemente modificado –la tercera reforma– por el Decreto Legislativo N.º 1351, del 7 de enero de 2017 –su interpretación, al importar una limitación del derecho de propiedad, ha de ser restrictiva (STSE N.º 398/1999, del 11 de marzo)–. Esta norma incorpora cuatro instituciones diferenciadas pero sin definirlas: (i) objetos del delito; (ii) instrumentos del delito; (iii) efectos del delito; y, (iv) ganancias del delito. Su concreción, sin duda, es importante. Los juristas no siempre tienen una concepción única sobre la materia. La doctrina, por tanto, no es pacífica.

§ 2. Definición y destino. El decomiso puede definirse como la privación definitiva de un bien o activo –elementos patrimoniales tangibles o intangibles, en suma– por un órgano jurisdiccional en relación con una infracción penal. Su finalidad –siendo plural– es, de un lado, anular cualquier ventaja obtenida por la comisión

del hecho delictivo y disfrutada por los autores y partícipes (STSE del 24 de mayo de 2012); y, de otro lado, proteger a la colectividad frente a bienes peligrosos [JESCHECK].

El destino de los bienes decomisados –o, mejor dicho, su efecto– es su traslado a la esfera de titularidad del Estado (artículo 102, primer párrafo, última oración, del CP) –que puede disponer de ellos libremente–, salvo el caso de los bienes intrínsecamente delictivos, los que serán destruidos (artículo 102, segundo párrafo, del CP).

§ 3. Bienes delictivos. Lo primero es definir lo que se entiende por cada una de estas instituciones (como se trata de expresiones indeterminadas, siempre habrá lugar al debate jurídico): objeto, instrumento, efecto o ganancias del delito. Lo segundo es establecer tanto la “naturaleza jurídica” del decomiso, para lo cual ha de tenerse en cuenta que nuestro legislador expresamente no lo consideró una pena, cuanto su finalidad y fundamento.

Las definiciones que podemos afirmar son las siguientes:

- A. **Objetos del delito.** Son los bienes sobre los que recae la acción delictiva (mercancías en el contrabando) o los que resulten inmediatamente del delito (drogas en el delito de tráfico ilícito de drogas, dinero falso en el delito de falsificación de moneda, bienes con marca falsificada en el delito contra la propiedad industrial, material pornográfico en el delito de pornografía infantil –impresos materialmente peligrosos–, entre otros). Su fundamento estriba en la peligrosidad de los objetos o bienes resultantes del delito para afectar los bienes jurídicos que se procuran preservar, como por ejemplo, el comercio exterior, la salud pública, el orden monetario,

etcétera. Procesalmente se trata del *Objetum scaeleris*, pero que presenta algunas diferencias, que luego en las próximas páginas se aclararán.

Es pertinente precisar, sin embargo, que algunos bienes no pueden ser considerados objetos materiales del delito en orden al decomiso, como por ejemplo las cosas que hayan sido hurtadas o robadas, pues el objeto material está representado por un bien perteneciente a la propia víctima. Distinto es el caso en que el objeto material es de propiedad del mismo autor (armas o explosivos en el delito de tenencia ilícita de armas o explosivos, la droga en el delito de tráfico ilícito de drogas, o en general los objetos de contrabando en ese delito).

También comprende esta institución, de un lado, los bienes que integran el provecho directo derivado de los delitos de tráfico ilícito (contraprestación en los delitos de tráfico ilícito de drogas—dinero o joyas—); y, de otro lado, los bienes (i) que constituyen el provecho indirecto derivado de las dádivas, presentes o regalos —dinero o bienes— que se suelen emplear, sobre todo, en los delitos de cohecho o de tráfico de influencias, (ii) que se utilizan de modo terminante de inducción —*pactum sicarii*—, y (iii) que se reciben por no impedir un delito estando legalmente obligado a ello.

MAURACH, de otro lado, clasifica los objetos materiales del delito como aquellos que derechamente dan lugar al decomiso, y los que no pueden decomisarse salvo una disposición específica. Primero, son los objetos que ponen en peligro a la colectividad o cuando exista peligro de que ellos puedan servir a la comisión de hechos antijurídicos.

Segundo, son los objetos que no pueden decomisarse sin norma expresa que lo autorice: (i) los *objetos obtenidos*: botín en el hurto, el dinero que determinó el delito; (ii) los *objetos del hecho*: armas sin autorización o licencia, vehículos sin permiso —el vehículo como mercancía de contrabando—; y, (iii) los *objetos de referencia*: objetos que fueron ocultados con el fin de cometer la estafa a la compañía de seguros.

Estas referencias dogmáticas no hacen sino enfatizar que no puede identificarse *objetum scaeleris* —institución procesal— con objeto material del delito —que procede del Derecho Penal material—. El objeto material del delito, como es evidente, es uno de los elementos objetivos del tipo legal. Algunos tipos legales describen un objeto material sobre el que recae la acción típica —ese es, desde el derecho material, el objeto material del delito—. Así: una cosa mueble o inmueble en los delitos patrimoniales, un cadáver en el delito de homicidio, un miembro u órgano corporal en las lesiones o mutilaciones, los papeles o cartas o la línea telefónica en el descubrimiento de secretos documentales o de conversaciones telefónicas, la moneda, los sellos, los documentos en diversas falsificaciones, etc. [LUZÓN]. Procesalmente, la noción es más extensa y, como se indicará, tiene una perspectiva criminalística de “prueba del hecho”.

- B. Instrumentos del delito.** Son los bienes utilizados para la ejecución del delito, para lograr la objetividad típica —es inaceptable, por tanto, que comprendan los casos de delitos imprudentes [SOLER]—; son los bienes utilizados que facilitan la ejecución del delito; son los objetos que, puestos en relación de medio a fin con la infracción, sirven

para su ejecución, “sea que tales objetos se hayan servido todos los participantes o uno o algunos de ellos; sea que se trate de objetos destinados específicamente al delito u ocasionalmente utilizados para la comisión del mismo” [NÚÑEZ]. Así, el vehículo para el traslado de la mercancía en el delito de contrabando, la pistola en el delito de homicidio, la máquina para fabricar billetes falsos en el delito contra el orden monetario, los explosivos en el delito de terrorismo, o la cantidad de dinero con la que el autor ha financiado el transporte de la droga. Para su concreción basta que se realicen actos preparatorios que sean punibles (instrumentos del ladrón con cuya ayuda se llevaría a cabo un hurto o robo con fractura). ZAFFARONI-SLOKAR, aclarando estos conceptos, sostiene, primero, que el instrumento delito es aquel que el autor utilizó dolosamente para cometer el delito; segundo, que los instrumentos decomisados no podrán venderse, debiendo destruirse, salvo el caso en que puedan ser regularmente aprovechados por el Estado; y, tercero, que los instrumentos decomisables son aquellos que pueden ser utilizados para cualquier acto ejecutivo punible, para un acto consumativo y aún para un acto de agotamiento.

Su fundamento reside en la peligrosidad objetiva del bien, referida concretamente al posible uso del instrumento para la comisión de nuevos delitos similares. Su finalidad es la eliminación de tal peligrosidad. Se le denomina *Instrumentum scaeleris*. Este, como se desprende de lo expuesto precedentemente, no proviene de la actividad delictiva —propio del efecto del delito— sino que se utiliza para preparar o ejecutar el delito.

- C. **Efectos del delito.** Son los objetos que se derivan de la comisión del delito y se relacionan con tal comisión –cualquier mercancía [ZAFFARONI-SLOKAR]–. Se circunscriben a los objetos producidos por el delito, esto es, los que siguen de él. Todo aquello que se encuentre en poder del delincuente como consecuencia de la infracción. Se exige la conexión de esos objetos o cosas con el delito cometido [CONDE-PUMPIDO]. Son los objetos que han sido producidos mediante la acción delictiva; son los productos directos del delito. Se les denomina *Productum scaeleris*.

Tienen el mismo fundamento que los objetos y los instrumentos del delito: peligrosidad de esos objetos y la probabilidad de que sean usados en el futuro para la comisión de nuevos delitos [GRACIA MARTÍN]. Su finalidad es, asimismo, eliminar esa peligrosidad.

- D. **Ganancias del delito.** Son las ventajas patrimoniales obtenidas ilícitamente. Se requiere (i) la ejecución de un delito y (ii) que el autor o partícipe haya obtenido, ya directamente del delito, ya indirectamente a través de su comisión, una ventaja o ganancia, entendida en sentido económico o patrimonial. Los efectos son el producto directo del delito mientras que las ganancias son el beneficio económico derivado de su comisión. Se extiende a los objetos o valores que, a través de transformaciones objetivas o jurídicas, sufran las ganancias directas [CONDE-PUMPIDO]. Las ganancias comprenden las que se obtienen directamente del hecho (por ejemplo, ingresos derivados de la venta de droga) como también el precio que el autor ha recibido de un tercero por la ejecución del delito –no interesa el conjunto

de transformaciones que el activo ha podido experimentar—. El autor tiene que haber cometido un hecho penalmente antijurídico y obtenido para o a través del hecho una ventaja material (cosas, derechos y posibilidades fácticas de aprovechamiento del activo). El decomiso en estos casos se ajusta a la ganancia neta.

Su fundamento consiste en que el delito no es un título legítimo para generar riqueza de forma jurídicamente reconocida; no se acepta un enriquecimiento sin causa lícita. Su finalidad, por tanto, es la exacción del provecho obtenido con la perpetración de la infracción penal —la eliminación de tal enriquecimiento patrimonial—.

El Decreto Legislativo N.º 1106, del 19 de abril de 2012, en su artículo 9, al hacer mención al decomiso, no traza ninguna especialidad normativa. Se remite el artículo 102 del Código Penal.

§ 4. Naturaleza jurídica. El decomiso no es una pena criminal. Legalmente el decomiso es considerado una consecuencia accesoria (Título Sexto, Capítulo II, Libro Segundo del Código Penal). No se sustenta, por tanto, en la idea de culpabilidad del autor o persona criminalmente responsable por el injusto penal cometido. “El decomiso no se prevé como amenaza destinada a disuadir de la comisión del delito ni como castigo merecido por el delito”. No responde a ninguno de los fines de la pena: ni a la prevención a través de la motivación ni a la retribución. Tampoco obedece a la necesidad de tratar la peligrosidad del sujeto, como las medidas de seguridad” [MIR PUIG]. Es, en cuanto a su naturaleza jurídica, una medida restauradora o de corrección patrimonial distinta de la pena [PAVÍA].

Cuando se trata de objetos del delito decomisables –por excepción y previa norma expresa que lo autorice–, de instrumentos del delito y de efectos del delito, la necesidad del decomiso se basa en la noción de peligrosidad objetiva de los bienes, en sí mismos considerados; y, cuando se trata de ganancias del delito, el decomiso se sustenta en la noción de enriquecimiento sin causa –su finalidad es la exacción del provecho obtenido con la perpetración de la infracción penal–. En el primer supuesto (objetos, instrumentos y efectos del delito) ha de acreditarse la peligrosidad objetiva de la cosa o bien y la probabilidad de su utilización en el futuro para la comisión de delitos. En el segundo supuesto (ganancia del delito) basta su condición de tal.

§ 5. Personas jurídicas. En el caso de las personas jurídicas, las medidas fijadas en el artículo 105 del CP, modificado por el Decreto Legislativo N.º 982, del 22 de julio de 2007, y el Decreto Legislativo N.º 1351, del 7 de enero de 2017, igualmente, se justifica en el concepto de peligrosidad, pero por la forma de organización de una persona jurídica, de comisión a través de ella de futuros hechos delictivos. Cubre los déficits de prevención provocados por la injerencia en el hecho punible de una persona jurídica.

El fundamento, es decir, el “supuesto de hecho” de la responsabilidad de las personas jurídicas –que materialmente es una responsabilidad objetiva de naturaleza administrativa (policial de prevención de peligros) y de carácter no sancionador–, está constituido por las circunstancias que determinan el estado de desorganización de la persona jurídica que ha propiciado y favorecido el marco de una determinada relación con ella –tal estado de desorganización que ha propiciado y favorecido la comisión del hecho por la persona física relacionada con

aquella, y la relación existente entre ambas personas, son hechos concurrentes con el hecho punible de un modo accesorio—. La finalidad de las indicadas medidas es la de neutralizar o disminuir en lo posible la peligrosidad objetiva del estado de desorganización de la persona jurídica como medio de prevención de la comisión futura de nuevos hechos punibles [GRACIA MARTÍN].

Como estas medidas no son penas, entonces, en ninguno de los casos se requiere un juicio de culpabilidad de la persona física. Basta la comisión de un injusto penal. No obstante, en el supuesto del decomiso del primer nivel —vinculado a la persona física—, salvo el caso de las ganancias del delito —que, como todas, tiene un definido alcance administrativo, pero asociado inescindiblemente al hecho punible y al proceso penal—, hace falta demostrar, aunque indiciariamente, la peligrosidad del bien o activo; no así cuando se trata de privación de ganancias —en las que, de hecho, en el mundo moderno, están vinculadas mayormente las personas jurídicas—, pues son consecuencias propiamente de derecho civil, cuyo fin es absolutamente reparador y redistributivo. El objeto de este decomiso es la ganancia neta, lo que implica que se trataría de una medida compensatoria cuasicondicional, no una pena adicional.

§ 6. Presupuestos del decomiso. Los presupuestos de las consecuencias accesorias no son ni la culpabilidad ni la peligrosidad criminal —cuya respuesta penal son las penas y las medidas de seguridad, respectivamente, razón de ser del Derecho Penal—. Estas, más bien, pueden considerarse, según el caso, medidas de carácter administrativo o de naturaleza civil.

Esto quiere decir que el supuesto de hecho de la norma del artículo 102 del Código Penal *no es* penal; solo se ha realizado

en un contexto global en que también se ha perpetrado un hecho punible y se muestra *conexo* a este y, por esto, *accesorio* del mismo, del delito, pero no de la pena. Es una norma, la del citado artículo 102 del Código Penal, que pertenece al género de la concurrencia o concurso de normas y de consecuencias jurídicas; su presencia en el referido Código —y, por tanto, su función— se explica en la necesidad de concentrar por razones pragmáticas en el proceso penal la aplicación de *todas* las consecuencias jurídicas de todos los sectores del ordenamiento (penal, civil y administrativo), a todos los supuestos de hecho jurídicos concurrentes en un suceso global histórico cuyo *centro* es el supuesto de hecho delictivo [GRACIA MARTÍN].

El decomiso de la ganancia del delito, como su fundamento se encuentra en la no tolerancia en el enriquecimiento injusto, es una medida de Derecho Civil de compensación. Para su prueba basta con la acreditación de que el delito produjo determinados beneficios y que estos representan para su destinatario un enriquecimiento ilícito: vinculación directa entre una y otra [GRACIA MARTÍN].

El decomiso del instrumento, del objeto y del efecto del delito —en este último caso, cuando corresponda—, como su fundamento está en la peligrosidad objetiva del bien o activo y en la necesidad de aseguramiento de la comunidad frente al peligro objetivo de la comisión de delitos que emana de aquellos, es una medida que pertenece al Derecho administrativo de policía. Frente a ese bien o activo se tiene que arbitrar medidas preventivas de carácter de *aseguramiento* de la colectividad frente al peligro de que sean utilizadas para la comisión de delitos —*potestades ablatorias* para la salvaguarda de un interés colectivo, que como tales se adoptan antes de que se produzca la violación del ordenamiento jurídico—.

La comisión real del injusto típico es un presupuesto necesario para el decomiso, pero no forma parte del supuesto de hecho propiamente dicho de tal medida [GRACIA MARTÍN].

§ 7. Problemas de aplicación. Sobre este punto, por ejemplo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos inicialmente fue más limitado. En efecto, en la STEDH Agosi *v.* Reino Unido, de 24-10-1986, declaró que cuando se trata de decomiso a terceros tiene una naturaleza definidamente civil; si se tramita en proceso autónomo no rigen las garantías previstas para el *ius puniendi*. Para el tercero en el proceso de pérdida de dominio y, en el proceso penal principal, para el tercero civil responsable y al propio tercero ajeno a esa condición, rigen las reglas de lo civil: la acción de decomiso es civil. Es decir, en ese fallo el TEDH limitó el decomiso civil solo a los terceros. Sin embargo, en la STEDH Dassa Foundation *vs.* Liechtenstein, N.º 296/2005, referida a una incautación y, luego, a un decomiso en un proceso penal por blanqueo de capitales y, posteriormente, a un proceso objetivo contra fundaciones vinculadas, afirmó la naturaleza civil de esa medida, de suerte que puede entenderse que (i) la extendió a todos: autores, partícipes y terceros; y, (ii) la refirió no solo a las ganancias, sino también al objeto y a los efectos del delito.

Lo que debe probarse, en función a su vinculación con la infracción penal, es la comisión de ese hecho y, luego, la relación del afectado con la medida con tal infracción penal, aun cuando no sea autor o partícipe de la misma.

El hecho cometido deberá fundamentar efectivamente una situación patrimonial antijurídica (por ejemplo, la dádiva en el cohecho) o cuando la ventaja patrimonial haya sido ofrecida para el hecho (por ejemplo, falso testimonio a cambio de un pago).

La STSE N.º 483/2007, del 4 de junio, ha sido precisa: la aplicación del decomiso al proceso penal está vinculada a la demostración del origen ilícito del bien o de su utilización para fines criminales, por ello es que se extiende al tercero.

Los bienes peligrosos y/o maculados, como regla, deben pertenecer al autor del injusto penal —a ellos se dirige, por lo regular, el decomiso—, pero se extienden a terceros —personas naturales o jurídicas— cuando estos u otras personas en su nombre tengan deberes de control y vigilancia de tales objetos y no ofrezcan garantías suficientes de que no serán utilizados por ellos mismos o por otros para la comisión de delitos en el futuro —incumplan tales deberes y no ofrezcan garantías de cumplirlo en el futuro—. El Código Penal dice, solo respecto a los instrumentos del delito: “*salvo cuando estos [los terceros] no hayan prestado su consentimiento para su utilización*”. Tal frase, no obstante, no impone el decomiso forzoso de los demás supuestos: la relación es de bien de lícito comercio y proporcionalidad (artículo 103 del CP).

§ 8. El tercero de buena fe. El concepto de tercero de buena fe, que impide el decomiso, debe entenderse desde el fundamento y la finalidad del mismo —es un concepto jurídico que se apoya en la valoración de conductas deducidas de unos hechos y es de libre apreciación por el órgano jurisdiccional, que tendrá en cuenta hechos y circunstancias que aparezcan probados (STSE N.º 798/2008, del 12 de noviembre)—. Es tercero de buena fe el propietario, no responsable criminal, de los bienes, legalmente adquiridos y de lícito comercio, cuando sea capaz de garantizar el cumplimiento de su deber de vigilancia de la cosa, a fin de evitar su utilización en el futuro para la comisión de nuevos hechos delictivos —se trata de las ganancias—. Por el contrario, es

un propietario de mala fe cuando los adquirió con conocimiento de que de esa forma se dificultaba el decomiso o cuando una persona diligente habría tenido motivos para sospechar, en las circunstancias del caso, que de ese modo se dificultaba su decomiso —se trata de los objetos, instrumentos y efectos del delito—. Solo se decomisará el bien de un tercero cuando este no presta aquella garantía de vigilancia. En los casos de las ganancias, la inexistencia de buena fe del tercero se dará cuando haya adquirido las ganancias con conocimiento de su origen delictivo o bien de un modo imprudente porque previó o podría haber previsto la posibilidad del origen delictivo. Las ganancias ilícitamente obtenidas por una persona jurídica en virtud de hechos delictivos cometidos por sus dirigentes, sin excepciones, son decomisables. Es obvio, salvo prueba en contrario, que cuando se adquiere un bien a título gratuito o por un precio inferior al real del mercado, no se está ante un tercero de buena fe.

A las personas jurídicas se les impone medidas, y su naturaleza no es penal sino administrativa —el legislador peruano asumió esta concepción con la dación de la Ley N.º 30424, del 21 de abril de 2016, y el Decreto Legislativo modificatorio N.º 1352, del 7 de enero de 2017, al denominar “responsabilidad administrativa de las personas jurídicas”—, que se inscriben, no en el poder punitivo del Estado, sino en su poder coercitivo; y su imposición no está condicionada a la imposición de una pena o de una medida de seguridad a la persona natural. Asumen responsabilidad propia, no derivada y, por tanto, se erigen en partes procesales principales cuando son emplazadas.

§ 9. Clases de decomiso. El Código Penal los diferencia en función al titular del preciso bien o activo en cuestión; y, desde

otra perspectiva, según la posibilidad de incidir en el propio bien o activo o en otros.

En el primer caso, como ya se dijo, se tiene: (i) decomiso al autor o partícipe del hecho antijurídico, en tanto él tiene en su poder el activo y sea de su propiedad —según JESCHECK, se extiende a todo sobre lo que el autor pueda disponer económicamente, afecta a quien realmente ha hecho uso del bien (decomiso propio)—; y, (ii) decomiso a un tercero, siempre que sea el titular del activo y que se presenten los requisitos de mala fe ya precisados, es decir, que no sea un tercero de buena fe —si ha contribuido al menos por imprudencia a la implicación del objeto en el hecho delictivo, o si lo ha adquirido tras la comisión de este de un modo reprochable— (decomiso impropio). No se precisa para decomisar un activo el cumplimiento de los presupuestos materiales antes indicados cuando se trata de un bien intrínsecamente peligroso, que pone en peligro a la colectividad (veneno, explosivos). Es el denominado decomiso de aseguramiento, en el que también pueden incluirse, como lo hace el Código Penal alemán, los bienes respecto de los cuales exista el riesgo cierto de que serán utilizados para la comisión de delitos (documentos falsificados, armas prohibidas). En estos casos se le decomisará a quien lo tenga en su poder, sea el autor o partícipe o un tercero, y el activo será destruido.

En el segundo caso, se trata: (i) El decomiso directo, que afecta al propio activo vinculado al hecho antijurídico. (ii) El decomiso de valor de reemplazo, que procede cuando los efectos o ganancias del hecho antijurídico han sido ocultado, destruidos, consumidos, transferidos a tercero de buena fe y a título oneroso o por cualquier razón análoga, el cual comprende los

activos de titularidad del responsable o eventual tercero por un monto equivalente al valor de dichos efectos y ganancias. (iii) El decomiso sustitutivo o de segundo grado, que se refiere a efectos o ganancias en que los activos se han mezclado con bienes lícitos, de suerte que el decomiso procede hasta el valor estimado de los bienes ilícitos mezclados, salvo que los activos lícitos se utilizaron como medios o instrumentos para ocultar o convertir los bienes de ilícito procedente, caso en el que se decomisa ambos tipos de activos.

El decomiso parcial está contemplado para el supuesto en que se trata de un activo de lícito comercio y su valor excede a la naturaleza y gravedad de la infracción, por lo que se extenderá a la entidad del hecho antijurídico. Como en la imposición del decomiso se exige la proporcionalidad, su aplicación no es preceptiva en todo caso por no tratarse de una pena accesoria (STSE N.º 1049/2011, del 18 de octubre).

§ 10. Aspectos procesales. El decomiso debe ser expresamente solicitado por el Ministerio Público. No se decreta de oficio. Rige el principio acusatorio (STSE 394/2013, del 30 de abril).

La sentencia debe motivarse respecto del decomiso; ha de explicar las razones justificantes de la medida –el decomiso no puede presumirse, debe imponerse claramente en el fallo–. La falta de motivación justifica que se alce el decomiso (STSE N.º 442/2013, del 23 de mayo). Tanto al imputado como al tercero han de dársele la oportunidad de defenderse en juicio ante la pretensión de decomiso –la presencia del tercero es precisamente para darle la oportunidad de alegar y demostrar que es un tercero de buena fe–.

Para el decomiso se exige una relación directa con la actividad delictiva enjuiciada. Debe constar la procedencia del delito y la no pertenencia del bien a un tercero de buena fe (STSE N.º 442/2013, del 23 de mayo). Lo decomisado ha de tener una relación directa con el delito y la actuación del imputado.

Una excepción a la regla de la petición fiscal son aquellos supuestos en los que el decomiso se impone *ope legis* (bienes intrínsecamente delictivos, drogas en el tráfico ilícito de droga, las armas e instrumentos en todos los delitos de tráfico). Aquí no se requiere motivación –basta la indicación de esos bienes y la referencia normativa precisa–, que en los demás casos es necesaria (STSE del 12 de marzo de 2001).

Puede haber otra excepción al pedido fiscal expreso en la acusación, cuando en el juicio existió amplio debate sobre la ilicitud de los efectos intervenidos (STSE del 13 de julio de 1996).

II. INCAUTACIÓN INSTRUMENTAL

§ 11. Tipos de incautación. El CPP regula dos tipos de incautación: instrumental y cautelar, según primordialmente se refieran a bienes entendidos como fuentes de prueba o como objetivo de decomiso. Así, de un lado, véanse los artículos 218-222 del CPP; y, de otro lado, artículos 316-320 del CPP. Diferente es el caso, por ejemplo, del Código Procesal Penal de la Nación Argentina, artículo 231 y siguientes, que trata unificadamente esta institución, bajo el rótulo de “secuestro”.

El problema de esta regulación separada es que un bien o activo puede, eventualmente –específicamente según la opción dogmática que se maneje–, ser materia de los dos tipos de incautación. Es menester ubicar, objetivamente, un criterio seguro

de diferenciación. Así, cabe entender que, para la incautación instrumental, el bien debe ser el cuerpo del delito o las piezas de convicción, en este último caso “[*cosas*] *que sean necesarias para el esclarecimiento de los hechos investigados*” (artículo 218.1 del CPP); mientras, que para la incautación cautelar, deben ser los efectos provenientes de una infracción penal, los instrumentos con que se ejecutó y los objetos del delito permitidos por la ley (artículo 316.1 del CPP). El cambio producido por el Decreto Legislativo número 1351, del 7 de enero de 2017, sin embargo, no tuvo un impacto para modificar expresamente la norma procesal al mencionar, junto a los efectos, las ganancias del delito.

§ 12. Incautación instrumental - Alcances. Es la ocupación forzosa de un bien “que constituye cuerpo del delito y de las cosas que se relacionan con él [se entiende, con el delito] o que sean necesarias para el esclarecimiento de los hechos investigados” (artículo 218.1 del CPP).

A. Por lo primero, *CUERPO DEL DELITO*, se entiende tanto la persona o cosa objeto del delito destinataria o receptora de la acción delictiva ejecutada por una persona; comprende exclusivamente elementos materiales y tangibles [MONTÓN] (*Objetum scaeleris*). Esta noción es estricta o criminalística: entidad u objeto que resulta afectado o dañado por el hecho delictivo, aquella parte de la realidad sobre la que recae la acción penal o se cometió el delito [PÉREZ-CRUZ]. En concreto, es la persona o cosa objeto del delito, contra la cual iba dirigido el hecho punible o que ha sufrido directamente sus efectos [MORENO CATENA].

También se puede incluir, según un sector de la doctrina procesalista, que asume la noción extensiva, los

instrumentos —que algunas concepciones en el Medioevo lo incluían en el cuerpo del delito, al igual que las piezas de convicción [BARRAGÁN]—, y los productos del delito (*instrumentum* y *productum scaeleris*). Así, por ejemplo, MORENO CATENA, aunque reconoce la vigencia de la noción estricta. Tal noción extensiva, sin embargo, no es de recibo por su extrema amplitud al abarcar instituciones de derecho material autónomas comprensivas del decomiso, como los instrumentos —que procesalmente se le denomina *piezas de ejecución*, pero que el citado artículo 218.1 del CPP no la incorpora expresamente dentro del cuerpo del delito— y los productos —se incluyen las ganancias— del delito, que tienen su propio ámbito y funcionalidad. Se le denomina *Corpus delicti* o *Corpus criminis* o *Habeas criminis*.

El cuerpo del delito tiene una naturaleza heterogénea, en cuanto es, al tiempo, medio y objeto de investigación. Medio de investigación, porque a través de él se puede averiguar importantes extremos relativos al hecho delictivo. Objeto de investigación, en el sentido de que las materialidades que lo componen pueden ser, a su vez, objeto de diligencias investigativas de esta índole [ARAGONESES].

- B.** En cuanto al segundo ámbito de la institución, a las cosas relacionadas con el delito o necesarias para su esclarecimiento, se les denomina *PIEZAS DE CONVICCIÓN*. Son las materialidades relativamente permanentes, tales como huellas, vestigios materiales, rastros o efectos materiales, que deja el delito en su comisión, de tal modo que puedan ser utilizados para su prueba —permiten acreditar la perpetración del delito y, en ocasiones, la identificación de su autor—. Se trata de

aquellos elementos que dejan constancia de la realidad de un delito y que por ello auxilian la función investigadora (por ejemplo, armas, indumentarias, documentos, objetos varios, huellas dactilares, manchas de sangre, ropa, cabellos, fluidos corporales) [CALDERÓN-CHOCLÁN]. Como tal, tienen carácter preferente en la investigación del delito. También se les denomina “*Corpus Probatorum*”.

Para la incautación instrumental se debe poner el énfasis en que se deba tratar de bienes o cosas con aptitud verosímilmente acreditativa o corroborante del hecho delictivo mismo en su integralidad, o de circunstancias accesorias a él que sirvan indirectamente para la comprobación de algún extremo útil en la causa para el esclarecimiento de la verdad [JAUCHEN].

Si los referidos bienes se encuentran en la escena del delito, descubiertos a mérito de la pesquisa de la policía, serán objeto de recogida y conservación (artículo 208.2 del CPP) —la cosa se toma en depósito oficial [VOLK]—; y, si los tiene en su poder el propietario, poseedor, administrador o tenedor, serán objeto de un mandato judicial de incautación instrumental o de una ocupación *ex officio* si está en flagrancia delictiva o peligro inminente de su perpetración (artículo 218 del CPP) —la cosa se somete a la tutela estatal [VOLK]—. Si existe peligro por la demora (de desaparición, ocultación o perjuicio del bien), se entiende fuera de flagrancia delictiva, el fiscal *motu proprio* dispone la medida. En uno u otro caso —flagrancia o peligro por la demora—, se requiere inmediata resolución confirmatoria del juez de la Investigación Preparatoria.

Esta posición, sin duda, plantea diferencias con el Acuerdo Plenario N.º 5-2010/CJ-116, del 16 de noviembre de 2010. La necesidad de confrontar el texto de la ley nacional con la dogmática que le resulta aplicable, obliga a un cambio de perspectiva. Desde ya cabe aclarar que no es posible incluir en la noción de cuerpo del delito a los instrumentos del delito porque estos integran el decomiso y son objeto de la incautación cautelar. La regla del artículo 334 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española, que incluye expresamente a los instrumentos del delito dentro del cuerpo del delito, no ha sido reproducida por nuestro artículo 318.1 del CPP, lo que obliga a cuidar con ello las citas de la doctrina hispana.

§ 13. Aseguramiento y destino. Los bienes se sellan, si fuera posible, y se acordará su retención, conservación o envío al organismo adecuado para su depósito. Aquí rigen las reglas de la cadena de custodia para garantizar su autenticidad (artículo 220.5 del CPP) y, sobre todo, para la ejecución de las pericias que pueden recaer sobre ellos.

Los bienes incautados instrumentalmente, cumplida su utilidad investigadora, se devuelven al agraviado o a un tercero titular del mismo. Tratándose del imputado titular del bien, la devolución opera solo si no tiene relación con el delito (artículo 222.1 del CPP). La devolución puede ser provisional a fin de que sean exhibidos cuando la autoridad necesite del bien con efectos de prueba. Si se desconoce el propietario se remata el bien por la Fiscalía. En los casos de decomiso y o de pérdida de dominio el remate lo hace el CONABI (artículo 223.4 del CPP).

La destrucción tiene lugar si los bienes son intrínsecamente peligrosos (por su propia naturaleza o por el peligro real o potencial

que comporte su almacenamiento o custodia). Debe levantarse un acta y debe quedar constancia en autos de la naturaleza, calidad, cantidad, peso y medida de los bienes destruidos, incluso de su valor.

§ 14. Finalidad. Esta medida apunta a la comprobación del delito, a lo que puede servir de prueba del delito (artículo 218.1 del CPP). Su finalidad es, pues, probatoria —en pureza, de aseguramiento de fuentes de prueba—, pues tiende a asegurar que los elementos sobre los que puede fundarse la convicción judicial no serán alterados o destruidos, dificultando el juicio que debe contener la sentencia. Se limita el derecho fundamental a la propiedad con fines de esclarecimiento, de averiguación penal, de ahí su carácter instrumental.

Por ello es que, agotada su función, la lógica consecuencia es su devolución ulterior.

Los bienes que integran la noción estricta de cuerpo de delito y las piezas de convicción, en cuanto a su aseguramiento, cumplen una definida función de esclarecimiento o de convicción —la noción estricta de cuerpo de delito pertenece al Derecho Procesal Penal y no al Derecho Penal material, y sus antecedentes se remontan al antiguo procedimiento inquisitorial canónico italiano del siglo XII, a pesar de que se le atribuye a *Farinacio* el uso de este vocablo por primera ocasión en 1581 [BARRAGÁN]—. Respecto de los instrumentos y efectos —noción básicamente de Derecho Penal material—, aun cuando indirectamente también cumplen una función de convicción, sin embargo están primordialmente preordenados a la consecuencia accesoria de decomiso.

Es incorrecto sostener que la incautación, como bloque institucional, no cumple funciones duales [GÁLVEZ], en especial

la cautelar, desde que necesariamente la ocupación de un bien para fines cautelares requiere de base probatoria y ésta se puede invocar en la decisión que resuelve la acusación. Las cosas —las personas mismas, incluso— tienen también importancia probatoria para el procedimiento judicial, más aún en materia penal: ellas contienen, de ordinario, rastros del hecho punible, que permiten verificar conjeturas (indicios) acerca de la acción u omisión a averiguar [MAIER]; y, si se trata de bienes decomisables, desde luego, revelan su vinculación con el delito, de suerte que también sirven para fundar una condena, sin perjuicio de decretar su decomiso.

III. INCAUTACIÓN CAUTELAR

§ 15. Incautación cautelar. Está prevista en los artículos 316-320 del CPP. Es una medida coercitiva con función cautelar, pues apunta a garantizar la ejecución de la consecuencia accesoria de decomiso. Restringe el derecho fundamental de propiedad como consecuencia de la comisión de un injusto penal y de la relación ilícita existente entre el bien o activo y dicha conducta antijurídica. Esta relación incautación - decomiso se ve claramente establecida en el artículo 316.3 del CPP.

Cabe aclarar que en todo tipo de incautación se restringe el derecho constitucional de propiedad, comprendido él como todas aquellas facultades previstas por el orden jurídico para la relación entre personas y cosas, con inclusión, entonces, de la posesión y la tenencia de cosas y papeles, esto es no solo el dominio, entendido desde el punto de vista jurídico, sino, antes bien, de él comprendido como señorío de todo tipo sobre las cosas [MAIER].

§ 16. **Materia.** El artículo 316.1 del CPP establece que se incautan: “Los efectos provenientes de la infracción o los instrumentos con que se hubiere ejecutado, así como los objetos del delito permitidos por la ley”.

Es de entender, como consecuencia de lo anotado anteriormente, que la incautación instrumental depende básicamente de una razón de inmediatez –recogida de bienes en la escena del delito, como consecuencia de la pesquisa–, pero también cuando existe una distancia frente al hecho. Se ciñe en el cuerpo del delito y las piezas de convicción, ambas entendidas en su sentido estricto, esencialmente procesal, y en relación con el objeto del delito (*objetum scaeleris*) [vid.: § 3.A]. Está en función a la realización de diligencias de averiguación directa del hecho delictivo, y buscan hallar y asegurar el material probatorio [BENAVENTE]. Mientras que la incautación cautelar se circunscribe en los bienes o activos materia de decomiso, especialmente en los instrumentos del delito, los efectos del delito y las ganancias del delito. Están excluidos los bienes que solo o exclusivamente sirven para probar el hecho y, respecto de los objetos del delito (*objetum scaeleris*), solo alcanza a los específicamente decomisables establecidos por la ley.

La incautación cautelar también puede realizarse en las primeras diligencias (inmediatez), aunque es posible que, igualmente pero con mayor posibilidad, se realice en el curso de la investigación preparatoria por la policía o el fiscal. Si existe peligro por la demora el fiscal ordenará la incautación y si no existe se acudirá al juez para requerir la resolución cautelar correspondiente. En el primer supuesto, inmediatamente se pedirá la resolución confirmatoria al juez de la Investigación Preparatoria. En este

caso, como en el de incautación instrumental, no se requiere audiencia para acordarla –no se incorpora en sus disposiciones tal tipo de actuación previa–. El traslado está condicionado a que no se ponga en peligro la efectividad de la medida, en cuyo caso también puede disponer una audiencia (203.2, última parte, del CPP).

IV. PRESUPUESTOS DE LA INCAUTACIÓN

§ 17. **Alcances.** Toda medida que limite un derecho fundamental –la incautación, una u otra, está referida al derecho de propiedad– requiere del cumplimiento de dos presupuestos: intervención indiciaria y proporcionalidad, según el artículo VI del TP del CPP. Debe haber, en primer lugar, suficientes elementos de convicción: actos de aportación de hechos que revelen, desde un estándar de mera probabilidad delictiva –no de certeza o de elevada probabilidad objetiva propio de la sentencia [VOLK]–, que el bien está relacionado con el delito investigado. Será mínimo o plausible cuando se trata de incautación instrumental: solo se requiere relativa acreditación del hecho delictivo y juicio de relevancia probatoria del bien en relación a ese ilícito.

A. Cuando se trata de incautación cautelar, ese estándar requiere una razonada atribución del hecho punible a una persona determinada y que el bien esté vinculado a esa conducta delictiva –indicios objetivos acerca de que los bienes provengan de la comisión de un delito y no se acredite su origen lícito [GIMENO]–. Se requiere actos de investigación que revelen una sospecha fundada, esto es, que reflejen a nivel semipleno la realidad del injusto penal y el vínculo del bien con ese injusto penal y con el afectado

por la medida. En suma, se exige una sospecha fundada en datos objetivos de que se ha cometido un delito y de que al mismo está vinculado el imputado y/o el bien concernido. Los datos objetivos en que se apoya la medida apuntan a un doble sentido: (i) el de ser accesibles a terceros, pues de otro modo no serían susceptibles de control; y, (ii) que han de proporcionar una base real —es decir, elementos objetivos contrastados y significativos— de la que pueda inferirse que se ha cometido un injusto penal por una persona determinada y que el bien está vinculado a esa infracción [PÉREZ-CRUZ]. Es el *fumus commissi delicti*.

En estos casos, tiene un papel preponderante la prueba indiciaria. Los indicios que pueden valorarse, son: 1. La desproporción entre el valor de los bienes de que se trate y los ingresos de origen lícito del imputado. 2. La ocultación de la titularidad o de cualquier poder de disposición sobre los bienes mediante la utilización de personas interpuestas, o paraísos fiscales o territorios de nula tributación que oculten o dificulten la determinación de la verdadera titularidad de los bienes. 3. La transferencia de los bienes mediante operaciones que dificulten o impidan su localización o destino y que carezcan de una justificación legal o económica válida (artículo 127 bis del CP español, LO 1/2015).

La prueba indiciaria podrá consistir en las investigaciones policiales sobre que el acusado se dedicaba desde hacía tiempo a la actividad delictiva objeto del proceso penal, en el que el bien cuestionado haya sido adquirido durante ese periodo de tiempo en que el imputado se dedicaba, en términos de sospecha racional, a la actividad delictiva

en cuestión; en que el bien a incautar no haya tenido una financiación lícita y acreditada o, lo que es lo mismo, la inexistencia de patrimonio, ventas, negocios o actividades económicas capaces de justificar el incremento patrimonial producido, etc. (STSE N.º 228/2013, del 22 de marzo).

Las presunciones en este ámbito, por consiguiente, no afectan la presunción de inocencia, por cuanto lo que esta garantía no tolera es que se presuma en contra del acusado alguno de los elementos constitutivos del delito, *ni iuris et de iure*, *ni iuris tantum* (STCE N.º 87/2001, del 2 de abril). Aun cuando se normativicen en concretos preceptos estas reglas –que es el caso del delito de enriquecimiento ilícito (artículo 20 de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003)–, ello no supone una inversión de la carga de la prueba, sino una inducción acorde con las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia [PAVÍA]; por ejemplo, la falta de explicación racional en relación con sus incrementos patrimoniales, proporciona un criterio de valoración de la prueba compatible con las exigencias de la prueba del proceso penal (STSE N.º 274/1996, del 20 de mayo).

En segundo lugar, como nota intrínseca a los bienes materia de incautación cautelar debe (i) “existir peligro de que libre disponibilidad de los bienes relacionados con el delito pueda agravar o prolongar sus consecuencias o facilitar la comisión de otros delitos” (artículo 317.1 del CPP) –es el llamado *periculum in mora*–; y, (ii) estar en una relación de proporcionalidad entre injusto penal y entidad del bien peligroso (artículos 253.2 y 317.2 del CPP). La medida

debe ser idónea, necesaria y no debe existir otra medida menos gravosa para el derecho fundamental, a través de la cual pueda alcanzarse el mismo fin legítimo [GIMENO].

El artículo 254 del CPP impone la indicación de los elementos de convicción que justifican la incautación. El requerimiento fiscal debe estar motivado y también la resolución judicial (artículos 255.1 y 254.2 b del CPP), así como sustentado (artículo 203.2 del CPP).

- B. En el caso de la incautación instrumental se requiere adicionalmente que los bienes concernidos apunten al esclarecimiento del delito, que tengan una relevancia probatoria (artículo 202 del CPP). Más exigente es la incautación cautelar, pues se requiere que la ocupación del bien sea indispensable, necesaria y estrictamente proporcional; esto es, identificar el bien en orden a su titular y quien lo tenía en su poder, si está relacionado con el delito, si es indispensable incautarlo para evitar su pérdida, su ocultación o que siga haciendo más daño (“peligro de que la libre disponibilidad de los bienes relacionados con el delito puede agravar o prolongar sus consecuencias o facilitar la comisión de otros delitos”: artículo 317.1 del CPP), si se cumplen los presupuestos del decomiso (artículo 102 del CP) y si existe proporcionalidad estricta (El valor de los efectos e instrumentos del delito “guarde proporción con la naturaleza y gravedad de la infracción penal”. Artículo 103 del CP).

§ 18. Momento de la resolución judicial. Indistintamente cuando se ocupa un bien sin previo mandato judicial, se requiere una resolución confirmatoria. El pedido de esta resolución

se hace apenas operó la medida. La ley utiliza una expresión indeterminada. Así, para el caso de la incautación instrumental, el artículo 218.2 del CPP estatuye: “*el fiscal una vez que tomó conocimiento de la medida o dispuso su ejecución, requerirá al juez de la Investigación Preparatoria*”; y, para el caso de la incautación cautelar, el artículo 313.2 del CPP dispone que producida la incautación –acto seguido– “*el fiscal requerirá inmediatamente al juez de la Investigación Preparatoria la expedición de una resolución confirmatoria*”.

En clave de fiel cumplimiento de la disposición legal, la solicitud de resolución judicial confirmatoria debe realizarse en el día, ejecutada la medida por el fiscal; lo más pronto posible si existe alguna dificultad operativa objetivamente fundada.

¿Qué sucede si no se solicita la resolución confirmatoria? Se trataría de un acto procesal incompleto –anulable–, que para que surta efectos legales necesita la confirmación judicial. Como desde la perspectiva del derecho constitucional no se afecta derecho fundamental material alguno –infracción de simples normas de procedimiento–, se está ante un acto anulable que muy bien puede y debe ser saneado, cumpliéndose con el acto omitido. Por el contrario, si no se pide la confirmatoria dentro del brevísimo plazo, como se trata de un plazo impropio, no genera nulidad alguna, solo consecuencias disciplinarias para el fiscal.

Una excepción a esta regla de necesaria resolución judicial es el artículo 13 de la Ley de Contrabando, Ley N.º 28008, del 19 de junio de 2003: no se requiere resolución judicial. La Ley contra el Crimen Organizado, Ley N.º 30077, del 20 de agosto de 2013, impone una especialidad en su artículo 17, respecto de

la incautación realizada por la policía en flagrante delito o peligro inminente de su perpetración: no se requiere, a continuación, resolución confirmatoria.

§ 19. Posición del tercero. El tercero, entendido procesalmente, es la persona distinta del imputado que, por ostentar derechos sobre el bien cuyo decomiso se solicita, adquiridos por actos *inter vivos* o *mortis causa*, de los que puede verse privados en los casos previstos por el Derecho sustantivo, será afectada por los efectos materiales de la cosa juzgada de la sentencia, por lo que puede intervenir en el proceso como consecuencia de su derecho fundamental a la tutela jurisdiccional [MARCHENA-GONZALES CUÉLLAR].

El artículo 102 del Código Penal establece, materialmente, los supuestos en los que no es posible el decomiso del bien de un tercero. Desde esa perspectiva, el artículo 318.4 del CPP (según el Decreto Legislativo N.º 983, del 22 de julio de 2007) autoriza la participación del tercero en el proceso. Tiene derecho a ser oído, puede oponerse a la incautación y recurrir. El artículo 319.b del CPP (según el citado Decreto Legislativo N.º 983) dispone que el tercero puede pedir el reexamen de la incautación cautelar —si no intervino desde el inicio y, por ello, no pudo esclarecer su pretensión—, y esa decisión puede recurrirla.

§ 20. Destino del bien incautado cautelarmente. Si son bienes muebles se toman bajo custodia y si es posible se inscriben en el registro respectivo. Si son bienes inmuebles o de derechos sobre aquellos, se ocupan y se anota la medida en el registro respectivo. De igual manera se procederá cuando se trata de bienes inscribibles, que se cumplirá aun cuando no está a nombre

del imputado. La medida afecta el bien no al imputado como personal. Véase artículo 318.2 del CPP.

Pero, no es obligatorio que el bien quede en poder de la Fiscalía. Es posible, según el artículo 319.3 del CPP, si no peligra el fin de aseguramiento, se devuelva al afectado a cambio del depósito inmediato de su valor, o se entrega al afectado bajo reserva de reversión para su utilización provisional y previa caución.

V. OTROS TEMAS VINCULADOS

§ 21. Denominación de la institución. El Código Procesal Penal optó por la denominación “incautación”. No asumió el nombre de secuestro ni el de confiscación (genéricamente en el artículo 13 de la Ley N.º 28008 utiliza el vocablo “secuestro”, sin intentar una definición o diferenciación con la incautación). Tampoco asumió el título de embargo —que lo concretó a los llamados “bienes libres”—. El vocablo “decomiso” lo reservó para la consecuencia accesoria respectiva, y, en clave de homogeneidad, designó con el nombre de “incautación” a la medida procesal de aseguramiento del bien.

Los Códigos en diversos países no han adoptado denominaciones uniformes. Por eso es que en el Derecho Internacional Penal se les llama, indistintamente, embargo preventivo o incautación a la medida procesal y decomiso a la medida sustantiva (artículos 2 y 12, numerales 1 y 2, de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional; y, artículo 2, literales f y g, de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción). El artículo XV de la Convención Interamericana contra la Corrupción considera equivalente el término confiscación con el de decomiso.

§ 22. Corrupción, dinero vinculado y cuentas bancarias.

El artículo 401-A del CP estipula que los donativos, dádivas o presentes serán decomisados en los delitos de cohecho, soborno transnacional, negociación incompatible, tráfico de influencias y enriquecimiento ilícito.

El dinero en ese delito, en metálico o depositado en cuentas bancarias, es un objeto del delito sujeto a decomiso por expreso mandato legal. Es, propiamente, un objeto obtenido. Este puede ser un objeto directo, o uno indirecto cuando se obtienen bienes materiales que se intercambian, se negocian o se convierten en dinero y se depositan en una cuenta bancaria.

Es suficiente prueba para la incautación y, luego, para el decomiso, si el imputado no ejerce actividad lícita que justifique el monto del dinero en cuestión.

§ 23. Cooperación judicial internacional e incautación. Los tratados imponen la cooperación tanto para la incautación cuanto para el decomiso de bienes vinculados al delito —de corrupción, tráfico de drogas y de delincuencia organizada transnacional—. ¿Puede pedir la cooperación judicial directamente el fiscal sin intervención del juez?

El artículo 511.1. h del CPP comprende la incautación y decomiso de bienes delictivos. La cooperación judicial activa está prevista en el artículo 536 del CPP y se ejerce a través de una carta rogatoria. Prescribe el artículo 536.3 del CPP que corresponde a los jueces y fiscales, en el ámbito de sus respectivas atribuciones, cursar la carta rogatoria correspondiente. En cuanto a la incautación —y con mayor razón al decomiso— la orden judicial es fundamental —sin ella, la incautación y el decomiso

no se estabiliza jurídicamente—, por lo que adicionalmente la carta rogatoria tiene un contenido definidamente jurisdiccional, no fiscal. La incautación se consolida mediante una resolución judicial, sea originaria o confirmatoria; luego, el fiscal, por no ser su atribución legal, no está autorizado para cursar directamente cartas rogatorias en este ámbito.

Una excepción se da en el delito de contrabando, en que la incautación la realiza el fiscal, sin intervención judicial (artículo 13 de la Ley N.º 28008 del 19 de junio de 2003); luego, solo en este caso el fiscal puede instar la carta rogatoria.

VÍCTIMA Y PROCESO PENAL EN EL PERÚ

I. ASPECTOS GENERALES

§ 1. Es sabido que la víctima del delito ha padecido un secular y deliberado abandono, a pesar que el delito es concebido por la criminología, según PETERS, como una relación social [LARRAURI, 1992: 283]. Disfrutó del máximo protagonismo durante la justicia primitiva, pero después –progresivamente a partir del siglo VII y en el siglo XIII es el acusador público quien impulsa la acción penal, independiente de la víctima [SORIA, 1993: 13]– fue drásticamente “neutralizada” por el sistema legal moderno; en pureza, tal concepción se afirmó en el medioevo, que incluso hizo lo propio con el delincuente, y no fue restaurada durante el iluminismo ni con la formación de los Estados-nación, que “privilegió la acción penal pública frente a la acción privada y se desoyó a la víctima” [QUISPE FARFÁN, 2005: 292], y con ellos se entendió: (i) que el delito pasa a ser un acto contra la autoridad de derecho, (ii) que la autoridad separa progresivamente a la víctima de su agresor, (iii) que la uniformidad del derecho penal abarca

al conjunto del Estado, y (*iv*) que se exige prioritariamente una condena y esta se separa de la indemnización económica [SORIA, 1993: 14].

Tal situación, de neutralización de la víctima, aunque necesariamente relativizada con el devenir del tiempo y el cambio, ciertamente lento, de la cultura jurídica, se extendió durante gran parte de la institucionalización del Estado de derecho. Sin embargo, luego, con el auge de la Victimología –en la década del setenta del siglo pasado, al punto que en 1979 se funda la Sociedad Mundial de Victimología–, hubo una redefinición científica del rol de la víctima –desde las encuestas de victimización, desarrollos paralelos en la victimología y constitución de movimientos sociales–. Actualmente la victimología cobija tres áreas de conocimiento: (*i*) las encuestas de victimización (información acerca de las víctimas); (*ii*) la posición de la víctima en el proceso penal (los derechos de las víctimas); y, (*iii*) la atención asistencial y económica a la víctima (las necesidades de las víctimas) [LARRAURI, 1992: 286].

Por tanto, a lo largo de la historia, tres lemas ejemplifican el estatus de la víctima: protagonismo, neutralización y descubrimiento [GARCÍA PABLOS DE MOLINA, 2006, 66-67]. Y, con él, una concepción del proceso penal, tanto desde la ideología victimológica de la compensación cuanto desde la ideología victimológica de la conciliación, como un escenario en el que se desarrolla un encuentro interhumano, afectante y conflictivo, orientado a la recreación de nuevas de convivencia futura entre víctima, victimario y sociedad (sus representantes) [SAMPEDRO, 2009: 163].

La víctima, pues, asume relevancia no solo bajo el perfil dogmático-penal (existencia o intensidad de la tutela); bajo el perfil político-

criminal (constante búsqueda de un punto de equilibrio entre las garantías para el reo y la tutela para la víctima, en contraste con el proceso de *desvictimización* de la historia reciente del Derecho Penal, Derecho Procesal Penal, praxis judicial y política legislativa; y, bajo el perfil criminológico, sobre la base de la victimología [MANTOVANI, 2007: 186].

§ 2. A este redescubrimiento, sin duda, contribuyó, entre otras causas –como sería la nula y escasa relevancia de la víctima en el Derecho penal sustantivo (el fin de protección de bienes jurídicos se orientó exclusivamente hacia el castigo del delincuente, en vez de la reparación del mal causado a la víctima) y en el Derecho Procesal Penal–, el derrumbe del “mito de la resocialización” de la pena privativa de libertad [TAMARIT, 1994: 120], de la ideología del tratamiento, de la concepción terapéutica del Derecho Penal; y, contemporáneamente, el auge de la prevención general positiva integradora como fin de la pena, que propició la búsqueda de alternativas a la pena y las medidas de seguridad [LLOBET, 2008: 198]. Las esperanzas depositadas en la eficacia del tratamiento no se confirmaron empíricamente: no cabe advertir una relación causal clara entre el tratamiento y una disminución de la reincidencia posterior de los delincuentes tratados [MIR PUIG, 2008: 664]). En un Derecho Penal resocializador el centro del sistema es el delincuente, ese derecho mira hacia el futuro y no hacia el pasado, por lo que pierde importancia el hecho sufrido por la víctima [LLOBET, 2009: 197]. Cabe reconocer, de otro lado, a modo de prevención, que la experiencia demostraría que a la euforia fijada en la resocialización siguió la euforia que recae sobre la víctima [HIRSCH, 1992: 93-94].

También la entrada en crisis del Estado de bienestar y el moderno concepto de desregulación del poder estatal, incrementaron una

reformulación del Derecho Penal y la visión de la víctima. Sin embargo, la inclinación actual hacia el tema de la víctima se desprendió en verdad del retroceso de la confianza resultante como consecuencia de la perspectiva unilateral hacia el autor, orientada por los político-criminalistas de los años sesenta [HIRSCH, 1992: 97]. Lo cual, no obstante, no niega, acorde con un Derecho Penal humanitario, que se intente asistir al delincuente, en la medida en que lo permitan las necesidades de prevención general, si ello no redunde en perjuicio del sujeto, por lo que corresponde limitar al máximo las penas indeterminadas –perpetua, diremos nosotros– y ofrecer al individuo posibilidades de reinserción social [MIR PUIG, 2008: 665].

§ 3. Como consecuencia de los estudios empíricos, básicamente de carácter criminológico (la Sociología y la Psicología social en especial) y político-criminal, se llega, por lo menos, a tres conclusiones:

- A. El proceso penal moderno –que se inició, en el *civil law*, con el llamado “proceso penal mixto”– nació con el propósito deliberado de neutralizar a la víctima, en una lógica de aceptación implícita de la herencia del “proceso inquisitivo”, distanciando a los dos protagonistas enfrentados en el conflicto criminal, bajo el supuesto de que la exclusión de la víctima afirmaríase serenidad y objetividad a la aplicación del Derecho Penal –a costa, sin embargo, según se dice, de identificar interés privado e interés público, aunque en verdad subsumir el interés privado en el interés público–. La neutralización de la víctima por el Derecho Penal, sin embargo, merece tomarse en consideración porque es una característica de la teoría liberal del Estado y la teoría de

los derechos fundamentales, las cuales están interesadas en una reducción de la aplicación de la fuerza estatal y social [ALBRECHT, 2006: 46].

- B. Si bien se reconoce, desde la actual cultura jurídica, que asumir la naturaleza pública del delito, la pena y el proceso fue un notable progreso histórico, hoy se sabe que la víctima, contrario a cierto prejuicio muy extendido, exige y espera, no exclusiva ni prioritariamente, una compensación económica. De hecho, los programas de reparación más eficaces que han sido ensayados en otras latitudes consisten en: 1) La realización de prestaciones “personales” a favor de la víctima. 2) Una reparación “simbólica” en beneficio de la comunidad. No obstante lo expuesto, las bases precedentes de la neutralización de la víctima no se sostienen hoy en día. Si bien es verdad que actualmente, si se analiza el Código Penal y el Código Procesal Penal –y la legislación complementaria y las normas modificatorias–, no puede ya decirse que la participación de la víctima en el conflicto penal se desarrolla solo a efectos de determinar la responsabilidad civil [GARCÍA CAVERO, 2012: 108].
- C. La justicia penal, en tal virtud, debe revalorar con más ahínco el papel que juega la víctima en el drama criminal y en el proceso penal –la idea central de dignidad de la víctima, en tanto mínimo ontológico para la existencia y defensa de sus derechos fundamentales [SANZ HERMIDA, 2008: 21]– es el eje clave que explica el signo de los cambios normativos y propuestas político-criminales hoy en día. El Ordenamiento, por consiguiente:

- 1) Debe reconocerle derechos amplios, sin mengua del derecho de defensa del imputado –la reforma, en esta perspectiva, debe mejorar el tratamiento y la protección de los intereses de la víctima–. La justicia debe ser tanto comunicativa –no impedir o ser un obstáculo, cuando sea viable y positivo, a una relación entre víctima e infractor–, como resolutive, en cuanto que la reparación del daño se convierte en un objetivo prioritario o, mejor dicho, desde mi perspectiva, necesario y no excluible ni opuesto a la pena.
- 2) Debe dar paso incluso a prestaciones del infractor a favor de la víctima.

Pero, el interés científico en la víctima no solo apunta a que juegue un rol más dinámico en el proceso y en la definición de las consecuencias jurídicas del delito, sino que, desde el Derecho Penal, ha dado lugar a la denominada “víctimo-dogmática”. Esta se dedica al estudio de la influencia que el comportamiento activo o pasivo de la víctima y su contribución, accidental, imprudente o incluso voluntaria o intencionada, a la producción del delito puede tener en la determinación de la responsabilidad penal del autor, a veces atenuándola o, incluso, excluyéndola [LUZÓN PEÑA, 2016: 112]. Rige, aquí, el principio de autorresponsabilidad de la víctima, aunque, claro está, este razonamiento no contesta a la pregunta decisiva de si la víctima tenía a comportarse como lo hizo [LARRAURI, 1992: 293].

§ 4. Si en el proceso penal moderno el Estado tiene adjudicado el monopolio penal, en correspondencia con ello resulta la obligación para los órganos de la persecución penal de ejercitar esta persecución de manera tal que no sea desatendida la necesidad de justicia de la víctima [HIRSCH, 1992: 103].

Si se asume, como debiera ser, esta perspectiva, es de reconocer a la víctima tres derechos básicos. En primer lugar, a la disculpa del agresor; en segundo lugar, a que el agresor repare integralmente el daño causado por su acción; y, en tercer lugar, como cualquier ciudadano, a esperar la aplicación racional de la ley penal por parte de los órganos judiciales y a colaborar, para ello, en la búsqueda de la verdad, paradigma actual de la administración de justicia. Por lo demás, la participación de la víctima en el proceso penal cumple la función de contrapeso y control externo sobre los órganos de persecución penal y judiciales [MAIER, 2004: 606 y 613].

En una perspectiva más amplia, hoy en día, expandiendo la garantía de tutela jurisdiccional en sede penal, se reconoce una perspectiva del proceso penal que haga viable tres derechos amplios a favor de la víctima: derecho a saber o derecho a la verdad, derecho a la justicia y derecho a la reparación. El primero importa un derecho individual y colectivo, de suerte que un objetivo del proceso es la búsqueda de la verdad, limitada por el respeto a las garantías individuales —el Estado tiene el deber de recordar, persiguiendo el crimen—. El segundo se concreta en la posibilidad que las víctimas tienen de hacer valer sus derechos, beneficiándose de un recurso justo y eficaz —el acto de juzgar tiene como finalidad la paz social—. El tercero exige la incorporación de medidas individuales, generales y colectivas en pro de las víctimas, que es un espacio que incluso supere la aplicación del Derecho Civil [SAMPEDRO, 2009:166-168].

Enfatizar todo lo expuesto, desde luego, (i) impide convertir a la víctima en agente impulsor de reformas penales autoritarias y en estandarte de un populismo punitivo exacerbado [JERICÓ

OJER, 2014: 714], y (ii) justifica cuestionar la tendencia a la “*contrailustración*”, de una opción sin ninguna posibilidad de ponderación por la impartición de justicia eficiente –evitar la impunidad y esclarecer los hechos de modo que permita consolidar los cargos contra el imputado– en desmedro de la justicia formalizada –reconocer la vigencia de las garantías procesales y de los derechos individuales del imputado para evitar los desmanes del Estado–. Además, se debe contener la concepción que tras la víctima se desarrolla asumiendo lógicas de privatización del Derecho Penal, que no es más que un medio para crear más Derecho Penal, en donde la víctima sirve como una herramienta para el objetivo político de fomentar la reducción de los derechos civiles [ALBRECHT, 2006: 58].

Es pertinente prevenir que el viejo concepto de orden público, con el objetivo de imponer el orden legal vigente, dio pasó en las sociedades democráticas al concepto de seguridad ciudadana. Este último integra el aspecto represivo dentro de un criterio globalizador: el derecho de los ciudadanos a gozar de las libertades reconocidas, es decir, las normas deben regularse socialmente y no imponerse. La seguridad abarca, por lo tanto, aspectos psicológicos y físicos, además de los jurídico-policiales [SORIA, MAESO y RAMOS, 1993: 49]. Ello no se concilia, primero, con lógicas de populismo punitivo; y, segundo, con la restricción de derechos para controlar la delincuencia, que a final de cuentas se expanden a la ciudadanía en su conjunto.

§ 5. Los enfoques reformistas han dado lugar a numerosas propuestas político criminales y alternativas normativas, tanto en el Derecho Penal material, en el Derecho Procesal Penal y en el Derecho de ejecución penal –de variada factura y resultados–,

cuanto en el Derecho Internacional. Son especialmente llamativas en este último ámbito, primero, los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas del Delito y del Abuso del Poder, adoptados por Resolución de las Naciones Unidas N.º 40/34, del 24 de octubre de 1985 –completada en 1989 por las reglas para la aplicación de dicha declaración, aprobadas por el Consejo Económico y Social de Naciones Unidas–; segundo, la Directiva N.º 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo del 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos; y, tercero, el Reglamento de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional. Las normas de Naciones Unidas y los diversos convenios (Contra la Tortura, Derechos del Niño) y declaraciones internacionales (Cartas de Derechos de las Personas ante la Justicia en el Espacio Judicial Iberoamericano de 2002, Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad de 2008) tienen un peso importante, por lo menos, más allá de que los tratados internacionales se incorporen en la legislación interna de los Estados, para la interpretación del Derecho nacional [LLOBET, 2009: 203].

§ 6. El Derecho Internacional, si bien a nivel del denominado “derecho suave”, presenta un marco interesante para inspirar la reforma del ordenamiento jurídico, también permite trazar criterios para la configuración de planes nacionales para la promoción de las víctimas y para estructurar una jurisprudencia evolutiva que asuma en la interpretación y aplicación del Derecho esas pautas renovadoras.

Este estudio lo centraré, en esa perspectiva, en lo que el sistema penal peruano tiene incorporado, aunque por su extensión solo

en dos aspectos que el Derecho Procesal Penal nacional en orden al denominado “Estatuto procesal de la víctima” tiene planteado como puntos especialmente debatidos: 1. Víctima y reparación. 2. Requerimiento fiscal y decisión judicial: víctima como parte procesal en el proceso penal común (querellante conjunto *vs.* querellante adhesivo).

§ 7. La víctima es objeto de regulación, desde varios ángulos, por las tres ramas del Derecho Penal o, con mayor amplitud, del sistema penal, así como también por la política criminal en la configuración de políticas públicas específicas. Lo regulado en un sector del Derecho Penal no puede entenderse sin su proyección en los otros. MAIER, al respecto, con razón, acota que se trata de un problema –del papel de la víctima– que corresponde abordarlo al sistema penal en su conjunto y, por tanto, la solución debe provenir del mismo sistema penal desde una perspectiva interdisciplinaria [MAIER, 2004: 586].

A. En el Derecho Penal la discusión está centrada en la reparación integral del daño sufrido por la víctima. Esto es:

- 1.º En la posibilidad de ser integrada como uno de los fines de la pena, como reemplazo o sustituto de las penas tradicionales. Ello, según una concepción, será factible siempre en determinados supuestos respecto de los hechos de mínima o mediana gravedad en los que la necesidad de pena decaiga, es decir, si con la sola reparación se satisface aquel *plus* de afectación de la generalidad que contiene todo hecho punible [MAIER, 2004: 596]. En estos casos, se entiende, es posible colocar la reparación delante de la pena, pues esta no debe dificultar más de lo indispensable

la compensación del daño causado, los acuerdos reparatorios y su cumplimiento. Desde luego, de esta consideración favorable a la reparación están excluidos los hechos punibles graves, los que ponen de relieve el ejercicio de una violencia física extrema o la amenaza de ella; hechos que, en la mayoría de las veces, resultan irreparables naturalmente y en los que se conserva viva la idea retributiva del castigo. Pese a ello, tal posición que si bien rechaza el abolicionismo penal y se inserta en la configuración de un sistema mixto de solución del conflicto penal: comunidad y víctima, y sigue en nuestro país VILLAVICENCIO TERREROS [2006: 79-81], presenta problemas por las antinomias que de hecho crea por la mezcla de ambas perspectivas [SILVA SÁNCHEZ, 2000: 224].

Al respecto, esta “tercera vía”, siguiendo a ROXIN, podría servir más a los intereses de las víctimas que con una pena corta privativa de libertad o una pena de multa –que a menudo realmente frustran una reparación del daño por el autor–, tanto más si investigaciones empíricas han demostrado que tanto al lesionado como la comunidad otorgan nulo o escaso valor a un castigo adicional del autor ante la reparación del daño en la forma de una composición autor-víctima. La reparación del daño, en esas circunstancias, también contribuye esencialmente a la consecución de los fines de la pena –pero no es una pena–. Tiene un efecto resocializador –fomenta un reconocimiento de las normas y el autor se enfrenta con las consecuencia del delito y aprende a conocer los intereses legítimos de las víctimas–; de igual manera, es

muy útil para la prevención integradora al ofrecer una contribución considerable a la restauración de la paz pública. Por ende, la reparación sustituirá, como “tercera vía”, a la pena, o la atenuaría complementariamente, allí donde satisface los fines de la pena y las necesidades de la víctima igual o mejor que una pena no atenuada [ROXIN, 1997: 109-110]. Este criterio busca integrar la orientación a la víctima en la lógica de la función del Derecho Penal [GARCÍA CAVERO, 2012: 109] y define el efecto de la reparación como atenuación de la pena o, incluso, como posibilidad de substitución de la pena [POLAINO NAVARRETE: 2008: 106], aunque debe tomarse en consideración que en muchísimos casos la reparación, como tal, no tiene en cuenta el plus de antijuricidad por el hecho y que una difusión de la reparación puede favorecer a los más poderosos económicamente.

A las dos posiciones favorables, según grados, a la reparación desde una perspectiva del Derecho Penal, cabe oponer, sin embargo, con SCHÜNEMANN, que el Derecho Penal busca prevenir acciones socialmente dañosas prohibiéndolas bajo amenaza de pena, lo que excluye por sí una separación radical del Derecho Penal con la moral social, y la reducción del Derecho Penal a una forma de responsabilidad por daños —el Derecho de daños no comunica el mensaje de que la conducta lesiva socialmente debe ser omitida, sino más bien que es objeto de compensación económica— [SCHÜNEMANN, 2006: 21-22]. El reemplazo de la pena por la restitución es, por consiguiente, una paradoja que no obstante solo debe aceptarse en alcances muy limitados —en delitos

cuya incidencia no es tan grave, la reparación puede cumplir una función reestabilizadora, por lo que no sería necesario imponer adicionalmente una pena [GARCÍA CAVERO, 2012: 110]—. La prevención general positiva es amenazada cuando la única consecuencia es la compensación económica, que pertenece al Derecho civil y no comunica desprecio moral. Desde la prevención general, la reparación solo puede ser justificada en dos circunstancias: (i) casos de expiación genuina y (ii) donde la conducta realizada deba haber sido descriminalizada [SCHÜNEMANN, 2006: 34-36]. En esta línea, la pena concreta la vindicta pública justa del hecho y de la prevención que de ella parte hacia el autor y la generalidad; asimismo, no puede desconocerse que el análisis penal de un caso representa solo un capítulo de su solución jurídica, de suerte que para su conclusión jurídica completa también pueden jugar un papel muchas otras zonas del orden jurídico, como sería el caso del Derecho resarcitorio de los daños [HIRSCH, 1992: 109-110].

Desde la prevención general la pena cumple la función adicional de dejar claro a la colectividad que no se tolera la comisión de hechos punibles y que para el autor su realización no queda impune; y, desde la prevención integradora, la condena formal y la pena del autor sirve para confirmar en la conciencia pública la vigencia constante de la norma de comportamiento menospreciada por aquel [JESCHECK-WEIGEND, 2014: 1111-1112].

En todo caso, es necesario un cierto reencuentro entre el Derecho Penal estatal con la víctima, pero este proceso de reindividualización no puede renunciar a las funciones transindividuales y a los mecanismos de control público de la sanción estatal [ESER, 1992: 52]. La unilateralidad en la perspectiva del enfoque referido a la víctima debe evitarse cuidadosamente, como ayer lo fue respecto de la resocialización [HIRSCH, 1992: 94]. No obstante ello, siempre debe reconocerse un campo fértil a lógicas de diversión –de exclusión de la pena por la comisión de un delito para dar lugar a la compensación y, con ella, a la mejora del clima social, a propiciar una mejor disposición de la víctima hacia el delincuente, y así contribuir a una mayor responsabilización del delincuente frente a la víctima, a quien conoce y a quien sabe el daño producido–; y, con ella, encontrar una solución rápida y eficaz al conflicto social que subyace en el delito [SORIA, 1993: 150 y 154].

Considera LARRAURI que la contribución de la victimología, en este ámbito del castigo estatal, se realiza articulando un castigo al infractor que sirve *eo ipso* para satisfacer las necesidades de la víctima. Ello pretende conseguirse con la introducción de dos medidas: la compensación como castigo autónomo y el trabajo de utilidad social (*Community Service Orders*) para reparar el mal del delito a la víctima y a la sociedad [LARRAURI, 12992: 294].

- 2.º Como privilegio que aminora la reacción establecida, ya dentro del ámbito de la determinación de la pena

o en el área de las posibilidades de remisión, total o parcial, de la pena (en este último caso, es un problema del Derecho de ejecución penal ¿deben las víctimas intervenir en los incidentes de ejecución de anticipación de libertad de los penados?). Desde luego, la decisión legislativa en este sector del Ordenamiento precede al Derecho Procesal.

B. En el Derecho Procesal Penal el debate se encuentra en la participación acordada de la víctima en el proceso penal o de su posición en él. En especial, se tiene:

- 1.º La mejora de su posición cuando informa como testigo del hecho punible, para crearle cierta coraza de protección frente al abuso de los derechos defensivos por parte del imputado y su defensa: protección frente a la segunda victimización.
- 2.º El reconocimiento de la posibilidad de perseguir en el proceso penal común (el objeto penal del proceso penal), juntamente con el Ministerio Público o adhiriéndose a su persecución (intervención conjunta o adhesiva): concesión de derechos de control del ejercicio de la acción penal pública. En todo caso, el reconocimiento de un determinado papel en la persecución del delito, es lo crítico. ¿Se puede conceder al agraviado, como mínimo, un papel de colaborador, ejerciendo tareas de control y complementación? [MAIER, 2004: 636]. Todo, como veremos, indica que sí.
- 3.º La creación de institutos procesales que privilegien la reparación a él debida.

II. VÍCTIMA Y REPARACIÓN

§ 8. En las definiciones elaboradas por la doctrina se observa una doble tendencia en la definición del término víctima. Existe un concepto amplio y un concepto restringido. MENDELSON es el representante de la primera concepción, que entiende la víctima como la persona afectada por cualquier acción humana o natural —por diversos factores de origen físico, psíquico, social o político, así como ambientales o técnicos—. La segunda concepción es la más aceptada, que se limita a la legislación penal preexistente; siguiendo a VON HENTING se tiene que víctima era aquella persona que había sido lesionada objetivamente en alguno de sus bienes jurídicamente protegidos y que experimentaba subjetivamente el daño con malestar o dolor [PÉREZ RIVAS, 2017: 156].

Los citados principios de Naciones Unidas, en la línea restringida esbozada, plantean una noción ciertamente más abierta. Establece que son víctimas las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente. Incluye en esta noción, además, a los familiares o personas a cargo que tengan relación inmediata con la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización [SORIA, 1993: 25].

La víctima, en todo caso, es un sujeto real de derechos, ligado a intereses civiles y penales, como, asimismo, a su tranquilidad, a su vida privada y a su intimidad.

§ 9. El Código Procesal Penal tiene una norma - principio: el artículo IX. 3 del Título Preliminar del Código Procesal Penal,

que reconoce el ejercicio de los derechos de información y de participación procesal de la víctima, afirma la inclusión de garantías para su protección e impone un trato acorde con su condición. Ello permite sostener que la tutela de la víctima es uno de los fines del proceso penal nacional.

De otro lado, el Código Procesal Penal, bajo la denominación de “sujetos procesales” en la Sección IV del Libro I, dedica el Título IV a la víctima —esa es la denominación que asume—, en tanto figura principal o común, con un total de catorce artículos, divididos en tres capítulos. La víctima comprende tres instituciones: agraviado, actor civil y querellante particular. En pureza, desde una perspectiva general, la noción de “agraviado”, tradicional en nuestro ordenamiento procesal, se identifica con la de víctima como denominación procesal universal.

§ 10. El artículo 94 del CPP es particularmente amplio y, por cierto, acoge la propuesta internacional. El apartado 1 hace mención a dos nociones importantes: 1) la noción estricta de víctima —la víctima directa—: la directamente ofendida por el delito, esto es, la titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro por el delito; y, 2) la noción indirecta de víctima, que es toda otra persona perjudicada por las consecuencias del delito.

Cabe insistir que el sujeto pasivo del delito es el titular del bien protegido por la norma y ofendido por el hecho ilícito; no lo es cualquier persona que sufre un eventual daño del delito, sino solo el titular del bien objeto jurídico del delito y, por lo tanto, aquel que padece la ofensa *esencial* para la subsistencia del delito. El perjudicado civilmente por el hecho delictivo, es quien padece un daño resarcible; es el titular del derecho de restitución y al resarcimiento y que puede constituirse en actor civil en el proceso

penal; es quien coincide por regla con el sujeto pasivo del delito, pero no necesariamente [MANTOVANI, 2007: 184-185].

En definitiva, cabe tener claro que quienes se circunscriban a la dogmática jurídico-penal deberán decantarse por un concepto jurídico estricto de víctima (titular del bien jurídico vulnerado por el delito), en tanto que quienes se abran también a otros ámbitos, como el reparador, el asistencial o el procesal-penal, habrán de optar por el concepto victimológico de víctima, en el que quedan englobadas todas las personas físicas o jurídicas para las que se haya derivado algún tipo de daño como consecuencia mediata o inmediata del hecho delictivo [Pérez Rivas, 2017: 157].

Respecto del nivel de intervención, como parte procesal, el Código construye dos supuestos, primero, el actor civil para delitos públicos, vinculado exclusivamente al objeto civil, a la acción reparatoria, bajo el parámetro del Código Civil (artículo 98 del CPP) –aunque, de modo relevante, su participación procesal es también la de un colaborador de la acción penal, pues se le permite participar en los actos de investigación y de prueba, intervenir en el procedimiento de medidas limitativas de derechos, en algunas medidas de coerción, así como colaborar con el esclarecimiento del hecho delictivo y la intervención de su autor o partícipe (artículos 104 y 105 del CPP)– [QUISPE FARFÁN, 2005: 296]; y, segundo, el querellante particular para delitos privados (artículo 107 del CPP), con injerencia en el objeto penal y en el objeto civil –cabe aclarar que en estos delitos el Ministerio Público no interviene–.

El citado artículo 94 del CPP, además, precisa: **1.** Que en casos de delitos que tienen como resultado la muerte tienen la condición de víctimas directas los establecidos en el orden sucesorio previsto en

el artículo 816 del Código Civil. 2. Que respecto de las personas jurídicas, son agraviados los accionistas, socios, asociados o miembros, cuando el delito ha sido perpetrado por quienes las dirigen, administran o controlan –que es una noción amplia, más allá de las estrictas regulaciones del Derecho Civil y Mercantil–.

3. Que (i) en los delitos que afectan intereses colectivos o difusos –cuya titularidad lesione a un número indeterminado de personas: víctimas colectivas– o (ii) en los crímenes internacionales –previstos en el Derecho Internacional Penal Convencional–, podrán ejercer los derechos de los ofendidos directamente por el delito las diversas asociaciones cuyo objeto social se vincule directamente con esos intereses y haya sido reconocida e inscrita con anterioridad al delito.

§ 11. El agraviado, como tal, como sujeto jurídico, tiene diversos derechos procesales (artículo 95 del CPP), y el deber procesal de declarar como testigo en sede sumarial y plenarial (el llamado testigo-víctima: artículo 96 del CPP), lo que lo caracteriza no solo como mero medio de prueba –testigo–, sino como un sujeto procesal conformador del procedimiento penal [ESER, 1992: 31]. Previo a estos dispositivos, se tienen los artículos 1 y 11 del CPP, en concordancia con los artículos 326 y 459 del CPP, que otorgan al agraviado derechos tanto para denunciar la comisión de delitos públicos en su agravio ante el Ministerio Público –y recurrir en caso de denegatoria del fiscal– y para interponer querrela ante el juez en los delitos privados, cuanto para constituirse en actor civil en delitos públicos y en querrelante particular en delitos privados.

Cabe aclarar, desde ya, que no es posible pretender construir en sentido estricto una “igualdad de armas procesal” entre imputado y agraviado –la extensión de los derechos del agraviado, obviamente,

no puede concretarse a costa de las garantías procesales del imputado—. Ello es así porque la faz jurídico penal del proceso penal se refiere al problema de la existencia de la pretensión punitiva del Estado, de suerte que el acusado, en esa virtud, es aquel para quien todo está en juego; el ofendido, en cambio, es alguien para quien, en relación con lo precedentemente expuesto, solo poco está en juego [HIRSCH, 1992: 100].

El conjunto de derechos procesales de las víctimas, que luego se precisarán, tiene como regla básica que debe reconocérseles el derecho a que se investiguen las denuncias que presenten, que se realice una investigación seria y en un plazo razonable, y que quien resuelva en definitiva sea un tribunal independiente e imparcial. Desde luego, las víctimas no tienen derecho a que se llegue a condenar a alguien y menos que con base en el principio de búsqueda de la verdad material se quebranten las reglas del Estado de derecho. No se acepta un derecho a la venganza, por el Derecho Penal ha de concebirse en relación con la garantía de la convivencia en la sociedad [LLOBET, 2009: 203].

§ 12. El primer derecho es el de información de las actuaciones de la causa y de su resultado: de las actuaciones concretas y de la conclusión del procedimiento, siempre que lo solicite. El segundo derecho es el de ser escuchado, si lo solicita, cuando la decisión implique extinción o suspensión de la acción penal. El tercer derecho es el de impugnar el sobreseimiento y sentencia absolutoria. El cuarto derecho es el de recibir, en las diligencias en que intervenga, un trato digno y respetuoso, así como el derecho a la protección de su integridad; y, en procesos contra la integridad sexual, el derecho a la preservación de su identidad. El quinto derecho está reconocido en el artículo 95 del CPP, que estatuye

que la víctima tiene el derecho a que se le informe de sus derechos cuando interponga denuncia, cuando declare preventivamente o en su primera intervención en la causa. El sexto derecho, se refiere a la seguridad y protección de la intimidad de las víctimas; los artículos 248 y 249 del CPP son especialmente relevantes y cubren los aspectos más sensibles para evitar victimizaciones secundarias.

La Ley no menciona un derecho básico —séptimo derecho—: contar con asistencia jurídica. Esta omisión, a pesar de ello, no se ha interpretado en el sentido de que el agraviado no tiene derecho a designar a un letrado de su confianza. La jurisprudencia nacional lo ha calificado como un derecho implícito. De otro lado, la Ley no reconoce un derecho relevante para facilitar su participación procesal: el derecho a que se le conceda una licencia con goce de sueldo para asistir a las diligencias judiciales (así, por ejemplo, artículo 71.2 c del CPP de Costa Rica).

§ 13. Respecto al interrogatorio de la víctima en el acto oral, se tiene la regla especial del artículo 171.3 del CPP. Hace mención a los testimonios de menores y personas víctimas de hechos que las han afectado psicológicamente —que es una noción muy amplia—. En estos casos, se podrá recibir en privado, además el juez dictará las medidas para garantizar su integridad emocional y la intervención de un perito psicólogo para llevar a cabo el interrogatorio, así como permitirá la asistencia de un familiar. Otra opción está contemplada en el artículo 380 del CPP cuando el testigo víctima declara en el acto oral: primero, si es de temer que no dirá la verdad si el reo está presente, puede disponer su exclusión de la Sala de Audiencias; y, segundo, si el interrogado es de un menor de dieciseis años y la presencia del reo fuere

perjudicial para él, o lo que puede informar genere un peligro para su integridad, puede desalojar al imputado.

La vulnerabilidad, que no es un concepto cerrado, como enfatizó la STJUE, del 16 de junio de 2005, Asunto Pupino. Puede ser definida desde diversos parámetros: en primer lugar, desde presupuestos subjetivos, atendiendo a su fragilidad física o mental (menores, discapacitados, etc.); en segundo lugar, desde presupuestos fácticos, teniendo en cuenta las situaciones que pueden crear tal fragilidad (violencia sexual, terrorismo, criminalidad organizada); finalmente, desde una consideración más amplia que pone especial énfasis en valorar las circunstancias concretas de una víctima en relación al asunto concreto (víctimas que no están en condiciones de soportar una audiencia y su contribución es necesaria para establecer la verdad, como postula por ejemplo el ordenamiento alemán) [SANZ HERMIDA, 2008: 38].

Tratándose de niños por violencia sexual y contra la libertad necesariamente la declaración judicial se tomará bajo el modelo de Cámara Gessel y mediante el sistema de anticipación de prueba, diligencia que será filmada y grabada (artículo 242.1. d del CPP). Está claro, como incluso está exigido por el RPPrCPI, artículo 68, la necesaria presencia de la defensa.

Ante el riesgo de una excesiva victimización del menor de edad en estos delitos –incremento del sufrimiento al revivir experiencias traumáticas–, puede limitarse su llamada a la causa como testigo, sustituyéndose la información por otros medios de prueba documentales, indirectos o referenciales (STEDH, asunto S. N. vs. Suecia, del 2 de julio de 2002); así como, utilizarse el recurso de la anticipación de prueba (STJUE, asunto Pupino vs. Italia, del

16 de junio de 2005) [MONTESINOS GARCÍA, 2017: 241]. Incluso, si no ha sido posible acudir al testimonio del menor agraviado, es dable apostar por los testigos de referencia y/o por su declaración preliminar o sumarial, en tanto se haya garantizado en lo posible el principio de contradicción (SSTSE de 1-7-2002 y de 2-6-2006).

§ 14. Es de reclamar, a pesar de lo anotado, algunas falencias de nuestro ordenamiento en función a estas exigencias fundamentales.

Primero, las específicas disposiciones que en materia de agresión sexual y de víctimas vulnerables tiene el RPPrCPI —aunque parte de ellas han sido asumidas por la legislación procesal nacional—, tales como la exclusión de todo interrogatorio acerca de su honorabilidad, credibilidad o disponibilidad sexual; las prevenciones en el interrogatorio cuando se incide en el consentimiento al acto sexual que habría prestado la víctima; y el impedimento del hostigamiento e intimidación en el interrogatorio (artículos 70, 71 y 88.5 del CPP; y, en especial, la Ley 30364, del 23 de noviembre de 2015, y su Reglamento por Decreto Supremo N.º 009-2016-MIMP, del 27 de julio de 2016).

Segundo, la realización de intervenciones corporales a las víctimas. El artículo 212 del CPP, de fuente germana, autoriza el examen corporal por delitos que superen los cuatro años de pena privativa de libertad de agraviados, sin su consentimiento, para constatar si en su cuerpo se encuentra determinada huella o secuela del delito —son medidas realizadas en el cuerpo y no sobre el cuerpo, de suerte que el bien jurídico afectado es la integridad física, no la intimidad—. Los exámenes para la verificación de descendencia y extracción de análisis sanguíneos, sin consentimiento del

examinado, se realizarán siempre que no esté en riesgo su salud y sea indispensable para la averiguación de la verdad. Es evidente que estas diligencias se efectuarán por personal especializado y con la presencia de una persona de confianza que la víctima designe.

Cabe enfatizar que los delitos sexuales en el Perú están conminados con penas muy graves. Además, la violación sexual, por su frecuencia, es vista como un serio problema de orden público –las cifras de criminalidad sexual dan cuenta de una verdadera pandemia–. Si, además, los delincuentes sexuales tienen una tendencia a la reiteración delictiva, es razonable estimar la necesidad de esas diligencias, incluso sin el consentimiento de las víctimas. Pero, el superior interés del niño –evitar su revictimización–, en los casos de violencia sexual, ¿impide esa diligencia, no sobre el cuerpo sino en el cuerpo? Pareciera que sí, pues siempre este interés prima sobre el interés en la búsqueda de la verdad procesal. Distinto sería el caso respecto de los adultos en que tal interés superior no es de recibo.

Tercero, existen derechos extraprocesales de la víctima, sean o no partes en el proceso penal –se trata del derecho a una tutela “hacia afuera”, de una ayuda social [BERTOLINO, 1997: 61]–. Son los derechos *(i)* de asistencia (atención médica inmediata, de indicación de sus derechos, de defensa letrada, etc.); *(ii)* de ser incluidos en programas de ayuda estatal (tratamiento psicológico, apoyo laboral, promoción social, ayudas económicas o indemnizaciones –en este caso no un resarcimiento civil, sino un seguro social para aquel que haya sufrido graves daños para su salud o capacidad laboral por un delito y no puede, por otra vía, obtener compensación alguna [ESER, 1992: 29]–); y, *(iii)* de

tutela en situaciones de crisis (casas-refugio, etc.). Si bien en el área de violencia de género la ley de la materia tiene incorporado, parcialmente, estos mecanismos, en los demás delitos no se cuenta con estos programas. En el Ministerio Público, Poder Judicial y Ministerio de Justicia deben instituirse las Oficinas de Atención a la Víctima para cumplir con estas tareas de modo ordenado, en plena relación con las demás instituciones públicas, regiones y municipios, para facilitar el apoyo a las víctimas.

§ 15. La reparación, conforme con el Código Penal, ha sido definida exclusivamente desde el Derecho Civil; por tanto, es una consecuencia jurídica que conceptualmente no pertenece al Derecho Penal, sino al Derecho Civil. El artículo 392.4 del CPP concreta la reparación en la fijación de un monto específico en la sentencia: reparación mediante una suma de dinero, sin perjuicio –de ser posible– de la reintegración de la cosa despojada por la conducta delictiva.

El ámbito de la reparación civil, como la denomina el artículo 92 del CP, incluye la restitución del bien –reintegro de la cosa a quien, a consecuencia del delito, ha sido desposeído de ella–; y, si no es posible, el pago de su valor –reparación del daño–; y la indemnización de daños y perjuicios –todo mal derivado directamente del delito, que puede ser material (privación o disminución del patrimonio, que comprende el daño emergente y el lucro cesante), o moral (sufrimiento físico o psíquico o el perjuicio social), pero también el daño a la salud o biológico: integridad psicofísica, y el daño existencial: compromete la esfera de realización de la persona humana [MANTOVANI, 2015: 662]– (artículo 93 del CP). El artículo 11.2 del CPP también comprende la declaración de nulidad de los actos jurídicos que

correspondan para garantizar la restitución del bien, bajo los parámetros del artículo 15 del CPP.

Esta perspectiva, tradicional o civilista, la proyecta el Derecho Penal, entre otros supuestos, al contemplar la reparación tanto como una circunstancia de atenuación para la medición de la pena (artículo 46.1 f del CP), cuanto como una regla de conducta para la condena condicional y la suspensión del fallo condenatorio (artículos 58.4 y 64.4 del CPP) o para su revocación (artículos 59 y 65 del CP), y para conceder los beneficios penitenciarios (artículos 50-A.4 y 55-A.4 del Código de Ejecución Penal). La reparación, no obstante, como se ha señalado, solo se define en términos monetarios o económicos. De igual modo, la reparación, en esa misma perspectiva, permite al fiscal evitar el procesamiento penal según los criterios de oportunidad reconocidos en el artículo 2 del CPP —que incluye delitos de mediana gravedad—.

No se vislumbra, sin embargo, un concepto de reparación más amplio que la sola compensación económica. El entendido debe ser, con todo, que esta no debe limitarse a términos estrictamente económicos, y puede consistir en formas de trabajo social, como los trabajos para la comunidad o en formas de aceptación de determinadas condiciones apuntadas por las víctimas [CHIARA-OBLIGADO, 2007: 365]. La reparación, consecuentemente, y con cargo a una futura reforma legal, cumpliría una función más cercana a los intereses de la víctima, la cual ha de tener no solo un contenido económico (restitutorio, reparatorio e indemnizatorio), sino también uno simbólico (presentación de disculpas) y/o material (prestación de un servicio a favor de la víctima, individual o colectiva) [PRADO SALDARRIAGA, 2011: 430-431. SAMPEDRO, 2009: 169]. Con ello se cumple el criterio

retributivo en la medida en que la persona es obligada a responder por el mal y repara a la víctima a su situación inicial, y el criterio de prevención en la medida en que la sociedad y la víctima se consideran satisfechas por la imposición de la sanción [LARRAURI, 1992: 299].

En esta misma línea, es de apuntar, primero, que la reparación es, básicamente, deshacer la obra antijurídica llevada a cabo, volver las cosas al estado anterior (comisión punible) o como debía ser conforme a las previsiones de ley (en la omisión punible) –restitución al *statu quo ante*–; segundo, la reparación puede ser *in natura* o, cuando no es posible, resarcimiento por perjuicios; y, tercero, puede comprender sustitutos, como las prestaciones alejadas del daño original, que obligan en principio a un diálogo que dé lugar a un acuerdo compensatorio entre víctima y victimario [MAIER, 2004: 604].

En clave de propuesta básica se trata de que la reparación sea construida de tal manera en el ámbito de las consecuencias jurídicas, que pueda disminuir o, excepcionalmente, en ámbitos precisos, tornar prescindible la pena privativa de libertad de corta duración o de multa. Ello, no obstante, es una problemática jurídico-material, referida al sistema de consecuencias jurídicas del Derecho Penal, en la que las propuestas pasan por dotarla de un contenido que incluya prestaciones materiales e inmateriales, incluso en prestaciones de trabajo [HIRSCH, 1992: 1034-1035].

III. VÍCTIMA E INTERVENCIÓN PROCESAL

§ 16. El gran problema procesal estriba en desentrañar el rol que en el objeto penal del proceso penal, y su desarrollo y solución, debe desempeñar la víctima o agraviado. La tradición legislativa

nacional le niega una intervención procesal principal, salvo en los delitos privados: delitos contra el honor, contra la intimidad y de lesiones leves imprudentes (artículos 138, 158 y 124, primer párrafo, del CP) –solo la prevé para el ofendido por el delito–. El Código Procesal Penal solo reconoce para los delitos públicos la institución del actor civil, centrada en el objeto civil –la denominación de “actor civil” trasunta una intención clarísima del legislador: este concepto se encuentra ligado en su definición al carácter dinámico de la participación del agraviado más el *plus* de su pretensión reparatoria– [QUISPE FARFÁN, 2005: 295]. Y, como quiera que los criterios de imputación civil son distintos del penal, y atento a que la acción civil es *ex danno*, el sobreseimiento o la absolución no determina la exclusión de la reparación civil –no existe accesoriedad alguna–, sino que posibilita su fijación en la propia causa penal, cuando proceda (artículo 12.3 del CPP).

No obstante, hace falta una regla o, en todo caso, un procedimiento específico en estos casos. Esta última declaración general no tiene cobertura de aplicación: reparación civil pese al auto de sobreseimiento o a la sentencia absolutoria, pero sin reglas procesales para hacerla factible. Luego, ¿se tramitan como incidentes luego de la resolución? ¿Se exige una previa petición por el actor civil? ¿Cuál es el rol del imputado? ¿Las reglas de pruebas son las del proceso penal o del proceso civil, en tanto el primero ya cesó?

§ 17. La persecución penal, según el artículo 159.4 de la Constitución, corresponde al Ministerio Público. El fiscal es quien ejerce la acción penal, luego, no es posible que otro órgano o persona lo haga por él. El Código Procesal Penal, en esa virtud, le concede el monopolio de la acción penal: inicia el proceso

—pero puede recibir la denuncia de las víctimas o de cualquier persona—, dicta la disposición de inculpación formal, formula los requerimientos de sobreseimiento y acusatorio, e interpone los recursos pertinentes en defensa de la legalidad y del interés persecutorio.

Nuestra Constitución, consecuentemente, hace imposible la figura del “querellante conjunto”, con facultad para provocar la iniciación del juicio al margen de la posición del Ministerio Público, con capacidad para deducir la pretensión penal con independencia del fiscal, y con poder de actuación autónoma.

§ 18. Pero ¿es posible instituir la figura del “querellante adhesivo”? Constitucionalmente, no existe ningún obstáculo, puesto que esta institución, común por ejemplo en la Argentina y en Alemania (artículo 395 del OPP), no actúa autónomamente con un interés propio en el objeto penal; colabora con el Ministerio Público. La posición preferente o principal de la fiscalía se mantiene, mientras el actor adhesivo solo tiene ciertos derechos de cooperación [ESER, 1992: 24]. Existen muchas modalidades de querellante adhesivo (figuras puras o impuras, como se advierte de la legislación provincial y nacional argentina). Lo más saltante, sin embargo, es que el querellante adhesivo debe estar facultado para constituirse como tal en ofendido por el delito —se centra en el ofendido, en cuanto elemento que pertenece a la estructura del delito; no en el damnificado o perjudicado, que refleja la naturaleza privatística del ilícito civil (Sentencia de Casación-Italia, del 20 de febrero de 1987)—. Esta institución procesal se inscribe en la tendencia de incorporar a quienes afecta el delito al procedimiento que se dispone para la solución del conflicto social en el que consiste una infracción penal. Se reconoce que el interés directo del afectado

produce, al menos, el efecto saludable de evitar, en los casos concretos, la tendencia a la rutina que caracteriza a los órganos estatales [Proyecto MAIER, 1986: 657]: La tesitura favorable a esta institución se debió a distintas circunstancias, entre ellas la moderna corriente victimológica y el agobio del Ministerio Público para atender a la persecución [CREUS].

Una tal institución se reconoció en el Proyecto de Código Procesal Penal de noviembre de 2003 —sobre el particular, la influencia del Código Procesal Modelo para Iberoamérica de 1988 fue decisiva, así como el Código Procesal Penal de la Nación, Argentina—, pero no se aceptó en la Comisión que elaboró el Código Procesal Penal de julio de 2004. La víctima, en esta tesitura, está facultada para formular denuncia ante el Ministerio Público, proponer autónomamente medios de investigación y de prueba, intervenir en todos los incidentes, instar el procedimiento para forzar la acusación o, en su caso, previa impugnación ante la posición del fiscal, sostener los cargos o lograr que se designe un nuevo fiscal para que formule acusación y la defensa en el acto oral, así como interponer recursos, señaladamente el de casación [CREUS].

El efecto de esta institución es mayormente preventivo: como ningún fiscal ve con agrado el exponerse a un procedimiento de provocación de la acusación, solo se abstendrá de iniciar un procedimiento oficial en casos verdaderamente fundados. En este sentido, ya la mera existencia de esta posibilidad de control ofrece un medio importante para asegurar los intereses del ofendido [ESER, 1992: 27-28].

La víctima tiene derecho a la verdad y a participar en el proceso. Puede solicitar pruebas e intervenir en la actuación probatoria, así como formular alegaciones sobre ella e instancias sobre la

pretensión penal. Es claro: presenta instancia, pero no es quien debe formular la acusación, que por imperio constitucional corresponde al Ministerio Público. Su posición es adhesiva, no autónoma. Insta la acusación y propone, si mediara acusación, una pena dentro de la ley, de suerte que con su intervención se amplía los poderes del juez para determinarla conforme a las reglas legales de medición de la pena.

§ 19. Finalmente, en la jurisprudencia del Código Procesal Penal de 2004 se han discutido los poderes impugnatorios del actor civil cuando media sobreseimiento y sentencia absolutoria.

La Sentencia Casatoria N.º 413-2014/Lambayeque, del 7 de abril de 2015, expresó que contra una sentencia absolutoria, la apelación del actor civil no tiene posibilidades de prosperar y, por ende, ante la afirmación del principio acusatorio, solo cabe ratificarla. En ese sentido, la Ejecutoria Suprema N.º 1969-2016/Lima Norte, del 1 de diciembre de 2016, sobre la base del Código de Procedimientos Penales decidió, en igual sentido. Ambos fallos fueron expedidos por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

Es pertinente mencionar esas decisiones supremas porque revelan hasta qué punto se neutraliza la intervención de la víctima en el proceso penal y se niega su condición de parte procesal, excluyendo el ámbito y sustento de sus pretensiones. Ambas decisiones no toman en cuenta no solo las modernas tendencias respecto de la víctima en el sistema penal, sino también la garantía de tutela jurisdiccional reconocida en el artículo 139.3 de la Constitución.

§ 20. Dos de los elementos que integran el contenido constitucionalmente protegido de la tutela jurisdiccional son, primero, el

derecho a tener el status de parte y plantear sus pretensiones para la afirmación de sus derechos e intereses legítimos con plena igualdad procesal –dato último que integra, además, la garantía del debido proceso–; y, segundo, el derecho a obtener una resolución fundada en derecho.

1. El proceso civil acumulado al proceso penal se sustenta en la comisión de una conducta antijurídica que ocasiona un daño a la víctima, lo que se decide desde las reglas del Código Civil. La Ley Procesal Penal reconoce a la víctima el derecho a presentar esa pretensión y, como tal, a constituirse en parte y ejercer la garantía de defensa procesal ampliamente –especialmente el derecho a la prueba– (artículo IX TP del CPP). El derecho a la prueba, incluso, para el actor civil, está legitimado para colaborar con el esclarecimiento del hecho delictivo y la intervención de su autor o partícipe (artículo 105 del CPP).
2. El CPP define bajo qué requisitos se puede sobreseer la causa (artículo 344.2) y cuándo corresponde dictar una sentencia condenatoria (artículo II.1 TP del CPP). Además, autoriza expresamente a la víctima, como institución general o común, a recurrir contra el sobreseimiento y la sentencia absolutoria (artículo 95.1.d del CPP), sin perjuicio que también lo haga el actor civil (artículo 104 del CPP).

§ 21. Si las instituciones procesales del sobreseimiento y de la sentencia absolutoria están sujetas a requisitos preestablecidos en la ley, su incumplimiento muy bien puede ser controlado en vía recursal. El ámbito del poder de revisión del Tribunal Superior en grado, sin duda, como consecuencia del principio acusatorio, es menos intenso ante un sobreseimiento o ante una

absolución no recurrida por el fiscal, pero de ninguna manera exigua o insignificante. De por medio está el principio de legalidad procesal, incardinado en la garantía del debido proceso. El control puede y debe incluir: 1) La irreprochable aplicación del Derecho Penal material –base del funcionamiento del sistema penal en su conjunto y, en especial, del derecho sustantivo–. 2) La acertada aplicación de los requisitos legales del sobreseimiento y de la absolución –legalidad procesal–. 3) La razonable valoración individual y conjunta de toda la prueba relevante para la decisión del asunto. 4) La correcta y completa mención de los medios de investigación y de pruebas, según el caso (apropiada traslación de su contenido y la inclusión en el análisis de la prueba pertinente). 5) La debida motivación del material de prueba –control de logicidad– y del derecho material.

Es cierto que no se puede obligar al fiscal a formular acusación, pero sí es posible, según los casos, anular el requerimiento fiscal no acusatorio para la emisión de un nuevo requerimiento, disponer la investigación suplementaria o elevar la causa al Fiscal Superior en grado para el control respectivo. De otro lado, frente a una sentencia absolutoria, si el fiscal no recurre, ante la expresa autorización legal, corresponde según los casos anularla o dictar sentencia condenatoria pues existe en autos una acusación escrita y oral –la pretensión penal ya se ejerció–.

El principio acusatorio, que define el objeto del proceso y los roles de las partes, en especial del fiscal, en un juicio de ponderación, no puede primar frente a la garantía de tutela jurisdiccional, y frente al principio de legalidad procesal, que integra la garantía del debido proceso, así como tampoco frente al principio de legalidad penal.

BIBLIOGRAFÍA

AA. VV. Beling, Ernst; Ambos, Kai; y Guerrero, Oscar Julián). *Las prohibiciones probatorias*. Editorial Temis, Bogotá, 2009.

AA. VV. Cabezudo Bajo, María José. *Investigación y prueba en el proceso penal* (Gonzales-Cuéllar Serrano - Sanz Hermida, Ágata (director y coordinadora), Editorial Colex, Madrid, 2006.

AA. VV. Ferrer Beltrán, Jordy; Gascón Abellán, Marina; González Lagier, Daniel y Taruffo, Michele. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2006.

AA. VV. Gómez Colomer, Juan Luis (coordinador). *Prueba y proceso penal*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

AA.VV. Guzmán Fluja, Vicente y Flores Prada, Ignacio (directores). *Justicia penal y derecho de defensa*. Conti, Carlotta. *Las prohibiciones probatorias en el proceso penal italiano*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2024.

AA. VV. Rives Seva, Antonio (director). *La prueba en el proceso penal*. Doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, 5.^a edición, Aranzadi, Navarra, 2012.

AA. VV. Rives Seva, Antonio (Director). *La prueba en el proceso penal*. Doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, Aranzadi, Navarra, 2012.

Álvarez Rodríguez, José Ramón-Ríos Diego, Francisco José. *La entrada y registro en lugar cerrado*. Editorial Tecnos, Madrid, 2009.

Andrés Ibañes, Perfecto. *La prueba y convicción judicial en el proceso*. Hammurabi, Buenos Aires, 2009.

Aragoneses Martínez, Sara y otros. *Derecho Procesal Penal*. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2002.

Aragoneses Martínez, Sara y otros. *Derecho Procesal Penal*. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2002.

Armenta Deu, Teresa. *Estudios de Justicia Penal*. Marcial Pons, Madrid, 2014.

Armenta Deu, Teresa. *La prueba ilícita (un estudio comparado)*. 2.ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2011.

Armenta Deu, Teresa. *Lecciones de Derecho Procesal Penal*. Editorial Marcial Pons, Madrid, 2004.

Arnaiz Serrano, Amaya. “La experiencia española en el uso de la videoconferencia en el proceso penal”. www.cienciaspenales.net/files/2016/10/8amaya-arnaiz.pdf.

Asencio Mellado, José María (coordinador), y López Yagües, Verónica. *Ley de Enjuiciamiento Civil Comentada y con Jurisprudencia*. Editorial La Ley, Madrid, 2013.

Asencio Mellado, José María. *Derecho Procesal Penal*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

Asencio Mellado, José María. *Derecho Procesal Penal*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

Asencio Mellado, José María. *Derecho Procesal Penal. Estudios Fundamentales*. INPECCP Fondo Editorial, Lima, 2016.

Asencio Mellado, José María. *Introducción al Derecho Procesal*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

Atienza, Manuel. *Sobre el razonamiento judicial*. Editorial Palestra, Lima, 2017.

Barragán Salvatierra, Carlos. *Derecho Procesal Penal*. Editorial Mc Graw Hill, México, 2009.

Benavente Chorres, Hesbert, "La incautación de bienes en el Proceso Penal". En *Revista Gaceta Jurídica*. Colección 18, tomo 4, número 10, Lima, 2010.

Bertolino, Pedro. "La situación de la víctima del delito en el proceso penal de la Argentina". En AA. VV. *La víctima en el proceso penal*. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1997.

Brown, Guillermo. *Límites a la valoración de la prueba en el proceso penal*. Editorial Nova Tesis, Buenos Aires, 2002.

Cáceres Julca, Roberto. "La prueba ilícita y los instrumentos procesales para su exclusión probatoria". En *Actualidad Penal* 18, diciembre de 2015, Lima.

Cafferata Nores, José. *La prueba en el proceso penal*. Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2008.

Calderón Cerezo, A. y Choclán Montalvo, J. A. *Derecho Procesal Penal*. Editorial Dykinson, Madrid, 2002.

Calderón Cerezo, Ángel y Choclán Montalvo, José Antonio. *Derecho Procesal Penal*. Editorial Dikynson, Madrid, 2002.

Calderón Cerezo, Ángel-Choclán Montalvo, José Antonio. *Derecho Procesal Penal*. Editorial Dykinson, Madrid, 200.

Campaner Muñoz, Jaime. *La confesión precedida de la obtención inconstitucional de fuentes de prueba*. Editorial Aranzadi, Pamplona, 2015.

Cándido Conde-Pumpido Ferreiro y otros. *Código Penal-Doctrina y Jurisprudencia*. Colex, Madrid, 1997.

Carnelutti, Francesco. *Derecho Procesal Civil*. Tomo I. Editorial Jurídica Europa América, Buenos Aires, 1971.

Carrió, Alejandro D. *Garantías constitucionales en el proceso penal*. Editorial Hammurabi, 5.^a edición, Buenos Aires, 2006.

Castillo Alva. “Breves apuntes sobre la prueba ilícita”. En *Diálogo con la Jurisprudencia* 83, agosto de 2005, Lima, Gaceta Jurídica.

Castro Trigos, Hamilton. *La prueba ilícita en el proceso penal peruano*. Jurista Editores, Lima, 2009.

Chaia, Rubén A. *La prueba en el proceso penal*. Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2010.

Chiara Díaz, Carlos Alberto; Obligado, Daniel Horacio. *La reparación del daño en el proceso penal*. Editorial Nova Tesis, Rosario, 2007.

Creus, Carlos. *Derecho Procesal Penal*. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1996.

Cuello Iriarte, Gustavo. *Derecho probatorio y pruebas penales*. Editorial Legis, Bogotá, 2008.

De la Oliva, Andrés y otros. *Derecho Procesal-Introducción*. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S. A., Madrid, 2002.

De la Rosa Cortina, José Miguel. “Oralidad, Justicia Alternativa y el Ministerio Fiscal Español”. En *Jornadas Iberoamericanas: Oralidad en el proceso y justicia penal alternativa*. Instituto Nacional de Ciencias Penales, México D. F.

De Urbano Castrillo, Eduardo. *La prueba ilícita penal*. Aranzadi, Navarra, 2010.

Díaz Cabiale, José - Martín Morales, Ricardo. *La garantía constitucional de la prueba ilícitamente obtenida*. Civitas, Madrid, 2001.

Eser, Albin; Hirsch, Hans Joachin; Larrauri, Elena y otros (Maier, Julio: compilador). *De los delitos y de las víctimas*. Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 1992.

Eusamio Mazagatos, Ester - Sánchez Rubio, Ana. *La prueba ilícita en la doctrina de la Corte Suprema de Estados Unidos*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

Ferrer Beltrán, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Marcial Pons, Madrid, 2007.

Fidalgo Gallardo, Carlos. *Las “pruebas ilegales” de la Exclusionary Rule Estadounidense al artículo 11.1 LOPJ*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2003.

Flores Prada, Ignacio. “*La prueba anticipada en el proceso penal italiano*”. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

Florián, Eugenio. *Elementos de Derecho Procesal Penal*. Editorial Bosch, Barcelona, 1934.

Gálvez Muñoz, Luis. *La ineficacia de la prueba obtenida con violación de Derechos Fundamentales*. Aranzadi, Navarra, 2003.

Gálvez Villegas, Tomás Aladino. *Decomiso, incautación y secuestro*. Ideal Solución Editorial SAC, Lima, 2013.

Gamboa, Agustín. "La oralidad en las etapas previas al juicio oral". En *Revista La Ley, Revista de doctrina judicial* 23, del 7 de junio de 2006, Buenos Aires.

Garberí Llobregat, José. *Derecho Procesal Civil*. Editorial Bosch, Barcelona, 2012.

García Cavero, Percy. *Derecho Penal - Parte General*. Jurista Editores, Lima, 2012.

García Cavero, Percy. *Derecho Penal-Parte General*. Jurista Editores, Lima, 2012.

García-Pablos de Molina, Antonio. *Criminología*. Editorial INPECC, Lima, 2006.

Gimeno Sendra, Vicente. *Derecho Procesal Civil*. I. Editorial Colex, Madrid, 2007.

Gimeno Sendra, Vicente. *Derecho Procesal Penal*, Editorial Civitas, Pamplona, 2015.

Gómez Colomer, Juan Luis. *El proceso penal constitucionalizado*. Editorial Ibáñez, Bogotá, 2013.

Gómez Colomer, Juan-Luis y otros. *Derecho jurisdiccional III-Proceso Penal*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

Gonzales-Cuéllar Serrano, Nicolás. Entrada y registro en el domicilio. En *La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993.

González Cuéllar-Serrano, Nicolás. *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el proceso penal*. Editorial Cóllex, Madrid, 1990.

Gössel, Karl Heinz. *El Derecho Procesal Penal en el Estado de Derecho*. Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, 2007.

Gracia Martín, Luis (coordinador) y otros *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*. Quinta edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

Gracia Martín, Luis y otros. *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

Gracia Martín, Luis. Concepto, función y naturaleza jurídica de las consecuencias jurídicas accesorias del delito. En *Revista Penal*, N.º 38 - julio de 2016, España.

Guariglia, Fabricio. *Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal*. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005.

Guastini, Riccardo. *Las fuentes del Derecho. Fundamentos teóricos*. Ediciones Legales, Lima, 2017.

Hairabedián, Maximiliano. *Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal*. Ad Hoc, Buenos Aires, 2002.

Hassemner, Winfried. *Fundamentos de Derecho Penal*. Bosch, Barcelona, 1984.

Hendler, Edmundo S. "El significado de la oralidad en el proceso penal". www.catedrahendler.org/doctrina-in.php?id=187.

Herrera Abián, Rosario. *La inmediación como garantía procesal*. Editorial Comares, Granada, 2006.

Herrera Guerrero, Mercedes. "Prueba prohibida y ponderación de intereses". En *Actualidad Penal* 18, diciembre de 2015, Lima.

Hurtado Pozo, José; Prado Saldarriaga, Víctor. *Derecho Penal - Parte General*. Tomo II, Editorial IDEMSA, Lima, 2011.

Jauchen, Eduardo: *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Rubinza Culzoni Editores, Santa Fe-Argentina, 2012.

Jericó Ojer, Leticia. "La atenuante de reparación del año y su vinculación con los procesos de mediación Penal". En AA. VV. *Dogmática del Derecho material y procesal y política criminal contemporánea*. Tomo II, Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2014.

Jescheck, Hans-Heinrich y Weigend, Thomas. *Tratado de Derecho Penal*. Instituto Pacífico, Lima, 2014.

Jescheck, Hans-Heinrich; Weigend, Thomas. *Tratado de Derecho Penal, Parte General*. Volumen II, Editorial Pacífico, Lima, 2014.

Llobet Rodríguez, Javier. *Proceso Penal comentado*. Editorial Continental, San José-Costa Rica, 2009.

López Barja de Quiroga, Jacobo. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Editorial Aranzadi, Navarra, 2004.

López Betancourt, Eduardo. *Derecho Procesal Penal*. Editorial Iure Editores, México D. F., 2011.

Luzón Peña, Diego-Manuel. *Derecho Penal-Parte General, Editorial*. IB de F, Buenos Aires, 2016.

Maier, Julio B. J. *Derecho Procesal Penal I. Fundamentos*. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2.^a edición, 2004.

Maier, Julio B. J. *Derecho Procesal Penal*. Tomo II, Ediciones del Puerto, Buenos Aires, 2004.

Maier, Julio B.J. *Derecho Procesal Penal*. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2011.

Mantovani, Ferrando. *Los principios del Derecho Penal*. Ediciones Legales, Lima, 2015.

Manzini, Vincenzo. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Editorial Jurídica Europa América, Buenos Aires, 1952.

Marchena Gómez, Manuel – González-Cuéllar Serrano, Nicolás. *La Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2005*. Castillo de Luna Ediciones Jurídicas, Madrid, 2015.

Martínez García, Elena. *Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

Martínez Jiménez, José. *Derecho Procesal Penal*. Editorial Tecnos, Madrid, 2015.

Maurach, Reinhart, Zipf, Heinz, y Gossel, Karl Heinz. *Derecho Penal - Parte General*. Tomo II, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1994.

Mestre Ordóñez, José Fernando-Rojas Quiñónez, Sergio. “La oralidad procesal. De sus postulados teóricos a su reglamentación adecuada”. En *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal* 39, 2013.

Mir Puig, Santiago. *Derecho Penal - Parte General*, Editorial Repertor, Barcelona, 2008.

Mira Ros, Corazón. *El expediente judicial electrónico*. Editorial Dykinson, Madrid, 2010.

Miranda Estrampes, Manuel. *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*. J. M. Bosch Editor, 2.^a edición, Barcelona, 2004.

Miranda Estrampes, Manuel. *La prueba en el proceso penal acusatorio*. Jurista Editores, Lima, 2012.

Mixán Máss, Florencio. *Juicio oral*. B. L. G. Editorial, Trujillo, 2003.

Montero Aroca, Juan y otros. *Derecho Jurisdiccional*. Tomo III: Proceso Penal. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

Montero Aroca, Juan. *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil: los poderes del juez y la oralidad*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

Montesinos García, Ana. “La lectura o reproducción de las declaraciones sumariales de los menores en el juicio oral”. En AA. VV. *El proceso penal - cuestiones fundamentales*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

Montón Redondo, Alberto y otros. *Derecho Jurisdiccional III-Proceso Penal*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

Mora Mora, Paulino. “La importancia del juicio oral en el proceso penal”. www.corteidh.or.cr/tablas/r17072.pdf.

Moreno Catena, Víctor. *Derecho Procesal Penal*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

Neyra Flores, José Antonio. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Tomo II, IDEMSA, Lima, 2015.

Nieva Fenoll, Jordi. “Los problemas de la oralidad”. En *Revista Justicia*. Madrid, 2007.

Nieva Fenoll, Jordi. *Derecho Procesal I. Introducción*. Editorial Marcial Pons, Madrid, 2014.

Nieva Fenoll, Jordi. *Proceso penal y delitos de corrupción*. En revista *InDret*. Barcelona, marzo de 2013.

Núñez, Ricardo C. *Derecho Penal Argentino*. Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1959.

Ochoa Moreno, Benjamín. “La Implementación de la oralidad en el proceso laboral”. En *Informes de Investigación*. Grupo: Derecho Laboral y Seguridad Social. Bogotá, 2005.

Ortells Ramos, Manuel. “Problemas de la oralidad en el proceso penal español”. En *Revista Mexicana de Justicia*, enero-diciembre 2013, UNAM.

Ostos, José Martín y otros. *Materiales de Derecho Procesal*. Tomo III, Editorial Tecnos, Madrid, 2011.

Parra Quijano, Jairo. *Manual de Derecho Probatorio*. Librería Ediciones del Profesional Ltda., 18.^a edición, Bogotá, 2013.

Paz Panduro, Moisés; Anglas Lostaunau, Carlos. “La víctima en el proceso penal peruano. ¿El Estado brinda la atención que requiere?”. En AA. VV. *El sistema penal y su aplicación teórico-práctico*. Adrus D&L Editores, Lima, 2013.

Paz Rubio, José María y otros. *La prueba en el proceso penal*. Editorial Colex, Madrid, 1999.

Pérez Rivas, Natalia. “El derecho de la víctima a ser informada en el sistema penal español”. En *Revista Penal* 39, Enero de 2017, Valencia.

Pérez-Cruz Martín, Agustín-Jesús y otros. *Derecho Procesal Penal*. Editorial Civitas, Pamplona, 2009.

Pérez-Ragone, Álvaro. *Oralidad y prueba en Alemania. Informe Nacional*.

Picó I Junoy, Joan. “El principio de oralidad en el proceso civil español”. www.uv.es/coloquio/coloquio/informes/ip25esp.pdf.

Planchadell Gargallo, Andrea. “La víctima en el nuevo Código Procesal Penal desde la perspectiva de las exigencias europeas”. En AA. VV. *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

Polaino Navarrete, Miguel. *Introducción al Derecho Penal*. Editorial Grijley, Lima, 2008.

Quispe Farfán, Fany Soledad y otros (coordinadores): *El nuevo Proceso Penal*. Editorial Palestra, Lima, 2005.

Rodríguez Sol, Luis. *Registro domiciliario y prueba ilícita*. Editorial Comares, Granada, 1998.

Roxin, Claus. *Derecho Penal - Parte General*. Tomo I, Editorial Civitas, Madrid, 1997.

Roxin, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000.

Sampedro Arrubla, Julio Andrés. “La víctima”. En AA.VV. *Comentarios al Nuevo Código Procesal Penal*. ARA Editores, Lima, 2009.

San Martín Castro, César: *Derecho Procesal Penal*. Lecciones. Fondo Editorial INPECCP-CENALES, Lima, 2015.

Sánchez Córdova, Juan. *La prueba prohibida y nulidad de actuados*. Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2017.

Sanz Hermida, Ágata. *La situación jurídica de la víctima en el proceso penal*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

Schlüchter, Ellen. *Derecho Procesal Penal*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

Schmidt, Eberhard. *Los fundamentos teóricos y constitucionales del Derecho Procesal Penal*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1957.

Schünemann, Bernd. Albreth, Peter-Alexis, y otros. *La víctima en el sistema penal*. Editorial Grijley, Lima, 2006.

Soler, Sebastián. *Derecho Penal Argentino*. Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1983.

Soria Verde, Miguel Ángel (compilador). *La víctima: entre la justicia y la delincuencia*. Ediciones PPU, Barcelona, 1993.

Struensee, Eberhard. "La prueba prohibida". En *Revista Peruana de Ciencias Penales* 4, Lima, Julio-diciembre de 1994.

Talavera Elguera, Pablo. *La prueba en el nuevo proceso penal*. Academia de la Magistratura, Lima, 2009.

Tamarit Sumalla. *La reparación a la víctima en el Derecho Penal*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.

Taruffo, Michele. *La prueba*. Marcial Pons, Madrid, 2008.

Taruffo, Michele. *Simply la verdad*. Marcial Pons, Madrid, 2010.

Tonini, Paolo - Conti, Carlotta. *Il diritto delle prove penali*. 1.ª edición, Giufree Editore, Milano, 2012.

Uriarte Valiente, Luis M. – Farto Piay, Tomás. *El proceso penal español: jurisprudencia sistematizada*. Editorial La Ley, Madrid, 2007.

Villar Ramírez, Manuela Rosana. “La prueba ilícita”. En *Actualidad Penal* 18, diciembre de 2015, Lima.

Villavicencio Terreros, Felipe. *Derecho Penal - Parte General*. Editorial Grijley, Lima, 2006.

Vives Antón, Tomás y otro. *Derecho Penal - Parte General*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

Volk, Klaus. “El principio de oralidad en el proceso penal”. En *Revista Mexicana de Justicia* 25-26, enero-diciembre 2016, UNAM.

Volk, Klaus. *Curso fundamental de Derecho Procesal Penal*. Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2016.

Volk, Klaus. *La verdad sobre la verdad y otros estudios*. Ad Hoc Editorial, Buenos Aires, 2007.

Zaffaroni, Eugenio Raul y Slokar, Alejandro. *Derecho Penal – Parte General*. Ediar Editora, Buenos Aires, 2000.

Zapata García, María Francisca. *La prueba ilícita*. Lexis-Nexis, Santiago, 2004.